





# **INFORMES EN DERECHO**

---

**ESTUDIOS DE DERECHO PENAL JUVENIL II**

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

Santiago de Chile Diciembre 2011

Defensoría Penal Pública  
Libertador General Bernardo O'Higgins 1449 piso 8  
Santiago

“Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión,  
de manera alguna y por cualquier medio sin autorización  
previa del autor y los editores”.

Registro de propiedad intelectual N° 180.058

Santiago - Chile

I.S.B.N N° 978-956-8349-29-5 (Volumen 2)

I.S.B.N N° 978-956-8349-23-3 (Obra completa)

Volumen 2

Producción y Edición:  
Unidad de Defensa Penal Juvenil  
Defensoría Nacional  
Defensoría Penal Pública

# ÍNDICE

---

	PRESENTACIÓN.....	7
1.	FINES Y DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES <i>Por Carlos Tiffer Sotomayor</i> .....	11
2.	LEALTAD, PATERNALISMO Y DERECHOS: TEORÍA DEL ASESORAMIENTO AL CLIENTE Y ROL DEL ABOGADO DEL NIÑO EN CASOS DE DELINCUENCIA. <i>Por Kristin Henning</i> .....	45
3.	SIGNIFICADO DE LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL DE MENORES: DEL PRONÓSTICO DE PELIGROSIDAD A LA CULPABILIDAD. <i>Por Beatriz Cruz Márquez</i> .....	125
4.	LA PRESCRIPCIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA LEY 20.084. <i>Por Héctor Hernández Basualto</i> .....	155
5.	DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CONCURSO DE DELITOS EN LA LEY 20.084. <i>Por Francisco Maldonado Fuentes</i> .....	169
6.	LOS ALCANCES DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL (LEY N° 20.084) <i>Por Mauricio Duce Julio</i> .....	239
7.	SUSTITUCIÓN Y REMISIÓN DE SANCIONES PENALES DE ADOLESCENTES. CRITERIOS Y LÍMITES PARA LAS DECISIONES EN SEDE DE CONTROL JUDICIAL DE LAS SANCIONES. <i>Por Jaime Couso Salas</i> .....	269



## PRESENTACIÓN

---

Este libro que es uno de los frutos del compromiso de la Defensoría Penal Pública por la implementación de una defensa especializada de adolescentes y por contribuir seriamente a la construcción de un sistema de justicia juvenil respetuoso de sus derechos humanos y garantías."Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil II"es, como su nombre lo indica, el segundo volumen de esta serie en que se pone a disposición del público un conjunto de estudios, informes y artículos sobre cuestiones relevantes a dicho sistema, que la Defensoría ha desarrollado en los últimos años.

El libro se inicia con un artículo del profesor costarricense Carlos Tiffer Sotomayor que desarrolla el crucial tema de los "Fines y determinación de las sanciones penales juveniles". El profesor Tiffer, consultor de ILANUD y UNICEF, es uno de los principales gestores de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, importante antecedente de nuestra legislación en la materia. Asimismo, ha sido un importante asesor en diversos procesos de reformas legislativas que, en materia de derechos del niño y responsabilidad penal juvenil, han tenido lugar en América Latina.

En segundo lugar, se ofrece una traducción del trabajo de la profesora estadounidense Kristin Henning, "Loyalty, paternalism, and rights: client counseling theory and the role of child's counsel in delinquency cases" ("Lealtad, paternalismo y derechos: teoría del asesoramiento al cliente y rol del abogado del niño en casos de delincuencia"), que trata sobre uno de los aspectos fundamentales de un sistema de justicia juvenil democrático, reafirmando la crucial función del abogado defensor de adolescentes. Kristin Henning es Profesora Asociada de Derecho en Georgetown University Law Center y Directora Adjunta del Juvenile Justice Center de Mid-Atlantic.

El tercer artículo "Significado de la reincidencia en el derecho penal de menores: del pronóstico de peligrosidad a la culpabilidad", corresponde a la profesora española Beatriz Cruz Márquez docente e investigadora de la Universidad de Extremadura. En él se presenta un interesante aná-

lisis sobre el estado de la cuestión de la investigación criminológica relativa a la reincidencia, proponiendo derechamente que la depuración del conocimiento existente, así como el planteamiento de análisis que permitan avanzar en la configuración de intervenciones cada vez más ajustadas a las características de cada menor, no es óbice para promover la inclusión de estos factores al comprobar y medir su culpabilidad.

El aporte de estos profesores extranjeros no se limita a los artículos contenidos en este libro, que constituyen un marco general de referencia para nuestra labor como defensores de jóvenes, pues los tres participaron en actividades de capacitación organizados por la Unidad de Defensa Penal Juvenil para defensores y otros profesionales de la Defensoría Penal Pública, así como en otras actividades de índole académica destinada a jueces, abogados, operadores del sistema de justicia juvenil, académicos y público en general.

Los restantes artículos son representativos del esfuerzo permanente de la Defensoría por sistematizar y aclarar las particularidades de nuestra legislación en materia penal juvenil, en esta oportunidad a través de informes en derecho encargados a connotados profesores nacionales.

El profesor Héctor Hernández, se refiere a “La prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal en la Ley 20.084”, agotando de manera muy precisa las especificidades de esta institución en los casos en que el imputado o condenado es un adolescente.

En el quinto artículo de esta publicación, el profesor Francisco Maldonado Fuentes, propone de manera extensa e informada como solucionar los múltiples problemas que presenta para defensores, fiscales y jueces el tema de la “Determinación de la pena y concurso de delitos en la Ley 20.084”.

Posteriormente, del profesor Mauricio Duce Julio, se incluye el informe sobre “Los alcances del inciso primero del artículo 31 de la ley de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (Ley 20.084)”, referido específicamente a una de las partes de dicho inciso que indica que “El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad”, explicando certeramente las limitaciones a las facultades de investigación del Ministerio Público relacionadas con la garantía de los adolescentes a no autoincriminarse.



## **DOCUMENTOS OFICIALES**

### ESTUDIOS DE DERECHO PENAL JUVENIL II

En fin, el profesor Jaime Couso Salas, trata dos de las instituciones más emblemáticas del nuevo derecho penal juvenil chileno, cuales son la sustitución y la remisión de condenas, explicando acabadamente los criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones.

Esperamos que este trabajo que ponemos a vuestra disposición sea de utilidad para defensores, jueces, fiscales, profesionales y educadores que trabajan con adolescentes y, en general para todos los interesados en el sistema de justicia juvenil chileno.



# 1. FINES Y DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES

Por Carlos Tiffer Sotomayor\*

## Presentación\*\*

Los fines de las sanciones penales juveniles y los criterios de su determinación, son temas complejos. Nada sencillos o simples de explicar. Sin embargo, si el Derecho Penal Juvenil, pretende ser un verdadero Derecho Penal para los adolescentes debe abordar estos temas. Polémicos por un lado, ya que desde la Política Criminal tienen una enorme relevancia social y técnicos por otro lado, ya que los temas se encuentran vinculados a una larga discusión en el derecho penal. Este artículo tiene como principal objetivo presentar en forma escrita los principales argumentos expuestos en la ponencia oral realizada en Chile. Se inicia con un importante tema, presentando la sanción penal juvenil como elemento caracterizador del Derecho Penal Juvenil, vigente en el modelo de responsabilidad tanto en Chile como en Costa Rica. Lo que obliga a confrontar los objetivos del Derecho Penal Juvenil y su relación con el Derecho Penal de los Adultos. Se expone también una idea fundamental para comprender el tema teleológico de las sanciones, el carácter negativo, como un disvalor y limitación de derechos. Desde tiempos antiguos, diferentes pensadores desde la filosofía, la teología, la sociología, la psicología y desde luego el Derecho, se han ocupado del tema del castigo, su función y su finalidad. Sin embargo, desde el ámbito del Derecho Penal Juvenil, apenas iniciamos esta discusión.

\* Profesor de la Universidad de Costa Rica, licenciado en derecho de la Universidad de Costa Rica, posee una Maestría en Derecho (Legum Magister, LL.M) de la Universidad de Friburgo, Alemania y un Doctorado en Derecho (Doctor der Rechte, Dr. Jur.) en la Universidad Greifswald, Alemania.

\*\* Gracias a la generosa invitación de la Defensoría Penal Pública de Chile, entre el 27 y el 30 de septiembre del 2010 tuve la oportunidad de compartir con colegas chilenos, defensores públicos penales juveniles, fiscales y jueces, los temas de esta ponencia.

Pero no podemos obviar las interpretaciones fundamentales y tradicionales que han dominado la discusión, como las teorías retributivas y relativas de las penas. Se expone una posición en esta larga discusión, en relación a los fines de la sanción penal juvenil y se propone como fin de estas sanciones, el principio educativo. El cual también resulta polémico y no aceptado por toda la doctrina uniformemente, por esta razón se presentan argumentos a favor y argumentos en contra. Los fines de las sanciones tienen que reflejarse tanto al momento de la determinación como durante su ejecución. Por eso, se exponen también criterios mínimos que deben ser considerados en todo caso por los jueces, tales como: el criterio de la ultima ratio, el criterio de la culpabilidad, el criterio de la flexibilidad y por último, los criterios de la no estigmatización y reinserción social. El juez penal juvenil realmente se encuentra con dificultades, incluso mayores que el juez penal de adultos, a la hora de la determinación de la sanción. Ya que, no solo los criterios legislativos son amplios, vagos e imprecisos, como en el Derecho Penal de los Adultos, sino que en la justicia penal juvenil se presenta un catálogo vasto de alternativas de sanciones. Por último, se hace una comparación de la regulación legislativa sobre los fines de las sanciones penales juveniles y los criterios de determinación, tanto en la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense como en la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes chilena.

## **1. La sanción penal juvenil como elemento caracterizador del modelo de responsabilidad**

Presentar los fines de la sanción penal en general, y en particular de las sanciones penales juveniles, nos lleva inevitablemente a la problemática de los fines del Derecho Penal Juvenil, lo cual también se encuentra vinculado con el modelo de justicia juvenil, particularmente el modelo responsabilizador que se encuentra vigente tanto en Costa Rica como en Chile.

Lo primero que deberíamos de plantearnos es, cuáles son los fines que se está persiguiendo con el Derecho Penal Juvenil, si este Derecho debería de estar estructurado diferente al Derecho Penal de los Adultos y también, si los fines que se persiguen en la justicia penal de adultos son compatibles con la idea de un Derecho Penal Juvenil.

Actualmente la respuesta a estas interrogantes sin duda resulta clara. La sola condición de los sujetos destinatarios del Derecho Penal Juvenil, justificaría la organización de un Derecho Penal diferente al de los adultos. Ya que los adolescentes se caracterizan por encontrarse en un proceso de formación, los cuales se ubican entre la edad de la niñez y la adultez. También referente a los fines que se persiguen en el Derecho Penal Juvenil, la sola condición de adolescentes obliga a que estos fines sean distintos al de los adultos y que estén acordes con las condiciones subjetivas de los destinatarios de las normas penales juveniles.

También es importante, dejar planteado la vinculación que tiene la organización del Derecho Penal Juvenil y los fines de la sanción penal juvenil, con la concepción política del Estado. Por ello, dentro del Estado Democrático al cual aspiramos y pretendemos vivir, se requiere también de una estructuración particular del Derecho Penal Juvenil, que permita un juzgamiento contra las personas menores de edad acorde al cumplimiento de los estándares internacionales, para considerar un proceso justo, limpio y transparente. También en el Estado Democrático, la imposición de una sanción debe de justificarse en sus fines, no sería aceptable una sanción penal ni para adultos, ni menos para adolescentes, que no cumpla una finalidad. La sanción por la sanción, resulta incompatible con los fines del Estado Democrático. Consecuentemente, la única finalidad válida de las sanciones en general y en particular de una sanción impuesta a una persona menor de edad, es su función social. La cual tiene que reflejarse en una organización interinstitucional pública y privada que permita cumplir efectivamente esa finalidad.

Aparte de lo anterior, es de reconocer que lo que caracteriza al Derecho Penal Juvenil no son las normas de carácter procesal. Independientemente que el proceso penal juvenil tenga particularidades en relación con el Derecho Procesal Penal de los adultos. La especificidad se encuentra en el Derecho Penal Juvenil sustantivo, es decir en las sanciones penales juveniles.

El modelo responsabilizador se caracteriza precisamente, por el acercamiento de la justicia penal de adultos al juzgamiento de las personas menores de edad, particularmente en cuanto a sus derechos y garantías. En la justicia penal juvenil debe de reforzarse estos derechos y garantías con mayores beneficios para los adolescentes, porque de lo contrario, no se diferenciaría la justicia juvenil en comparación con la adulta. Consecuentemente, si la justicia penal juvenil no es más blanda, respecto a la justicia penal de adultos, no encontraríamos razón para su especialidad. Perdería toda razón la organización de la justicia penal juvenil dentro de la justicia ordinaria.

Este modelo de responsabilidad, al establecer como principio fundamental, que los adolescentes en un rango determinado de edad, son responsables por los actos que infrinjan las leyes penales, implica que necesariamente debe establecerse consecuencias legales por estos actos, es decir sanciones. Si bien es cierto, algunos modelos de justicia juvenil establecen como sanciones para los adolescentes, las mismas que se establecen para adultos, solo que por lo general con una disminución o reducción de los montos. Tanto el modelo chileno como el costarricense, establecen sanciones específicas para estos adolescentes, diferenciada de los adultos. Por lo que precisamente son estas sanciones las que diferencian el Derecho Penal Juvenil en comparación con el Derecho Penal de los Adultos.

El modelo responsabilizador no sólo fija sanciones diferentes para los adolescentes, sino que también se caracteriza por establecer una amplia gama de sanciones, que van desde la amonestación hasta la privación de la libertad. Por último, también en este modelo, las sanciones buscan principios diferentes al de los adultos y por lo menos desde un punto de vista teórico y ojalá también práctico, las sanciones ambulatorias como las socioeducativas, deben asumir el carácter de sanciones principales, en comparación con las sanciones privativas de libertad, que resultan ser las principales en la justicia penal de adultos.

## **2. La sanción penal juvenil como un castigo. Su connotación negativa**

Anteriormente expusimos, que el elemento caracterizador del modelo responsabilizador de justicia penal juvenil vigente en la mayoría de los países de nuestra región latinoamericana, es la sanción o consecuencias legales por la comisión de hechos delictivos. Esta consecuencia no la denominamos medida, como el modelo tutelar, ya que el Derecho Penal de medidas es el que se caracteriza por la peligrosidad, por ello pretendemos superar estos criterios en el Derecho Penal Juvenil, con la construcción de un Derecho Penal orientado al acto y no al autor. Además estas medidas de seguridad tenían como características fundamentales el ser indeterminadas, tanto en su naturaleza como en su temporalidad. Lo cual resulta inaceptable en el Estado Democrático. Pero tampoco la señalamos pena, ya que de esta forma es como la justicia penal de los adultos denomina a las consecuencias legales, por eso es que prefiero designarla como sanción. Ya que, implica por un lado la superación del Derecho Penal de medidas, y por otro lado se diferencia del Derecho Penal de Adultos. Puede ser que este término sea criticable o incluso que se le califique de eufemismo, pero también es importante reconocer que se debe de marcar diferencias y que el Derecho Penal Juvenil se encuentra en construcción, ya que es un derecho relativamente nuevo, y considero conveniente el uso de una terminología que nos permita superar el modelo tutelar y por otro lado nos diferencie del Derecho Penal de los Adultos, el cual se encuentra orientado en fines retributivos de la pena principalmente.

Lo relevante de este modelo responsabilizador, es que la consecuencia por la comisión de un acto delictivo es una sanción y esta es concebida como un castigo es decir, como un mal. ¿Cuál es la forma y modo de aplicar ese castigo y además, cuál es la finalidad con la que se impone ese castigo?; es precisamente lo que debe particularizar el Derecho Penal Juvenil.

En este modelo responsabilizador vigente, la sanción se establece como un castigo porque

tiene una connotación negativa, que se fundamenta principalmente en dos aspectos. Por un lado, se trata de un disvalor, porque es precisamente la consecuencia de la afectación de valores fundamentales que la sociedad ha protegido por medio del Derecho Penal. En este primer aspecto, la conducta delictiva de la persona menor de edad, al igual que la de un adulto, tiene una desvalorización social. Un segundo aspecto relevante de esta connotación negativa de la sanción, se encuentra en que restringe o limita derechos fundamentales. Como por ejemplo, cuando se priva de libertad a una persona menor de edad, se le está limitando su derecho al libre tránsito, lo mismo que cuando se le imponen otro tipo de sanciones, como por ejemplo la libertad asistida, el servicio a favor de la comunidad, órdenes de orientación y supervisión, todas ellas implican límites a derechos fundamentales.

En donde se refleja con toda claridad, que las consecuencias legales por los actos delictivos de las personas menores de edad son percibidas como un castigo, es desde la óptica de la política criminal. Que incluso se propugna por una concepción del castigo por el castigo, llegando algunas veces a casos extremos hasta promoverse la venganza. Lamentablemente los fines retributivos de las teorías absolutas de las penas, aún tienen vigencia. Por eso, no es aceptado en forma pacífica o generalizada que la sanción penal juvenil se determine solo con fines rehabilitadores o resocializadores.

Conforme lo anterior, no resulta pacífica o unitaria la definición de los fines de las sanciones penales juveniles. Sobre todo, con las corrientes actuales de la política criminal, especialmente en algunos países de América Latina, en donde se ha fundamentado esta política criminal en la seguridad ciudadana, a través de la llamada "mano dura", abandonando incluso en forma expresa funciones tradicionales de las sanciones como fines resocializadores. Actualmente, la idea del endurecimiento de las sanciones tanto para adultos como adolescente, lo mismo que la reducción de las garantías procesales como discurso dominante, excluye tesis finalistas orientadas a la reincorporación social. Aunque desde luego no estemos de acuerdo en esto, es parte de la realidad actual que no podemos dejar de mencionar.

Esta tendencia de política criminal actual, también se refleja en el ámbito del Derecho Penal Juvenil, a través de propuestas legislativas que buscan aumentar las sanciones, reducir las garantías y bajar la edad de la responsabilidad penal. O bien a través de prácticas como por ejemplo, los toques de queda o detenciones masivas, retenes policiales buscando sospechosos y lamentablemente en muchos países latinoamericanos, ser joven es sinónimo de sospechoso. Sin embargo, el pesimismo que reina en el Derecho Penal de Adultos no ha cubierto en su totalidad al Derecho Penal Juvenil. En donde todavía, tanto en el ámbito legislativo como

jurisprudencial, existen posibilidades para el cumplimiento de fines de la sanción que contengan un contenido social. Por lo que, pese al contenido negativo de la sanción penal juvenil, los fines asignados a la justicia penal juvenil deben estar orientados principalmente por el interés superior de la persona menor de edad.

Por lo anterior, resulta fundamental resaltar en primer lugar las finalidades del Derecho Penal Juvenil y de las sanciones penales juveniles de contenido socioeducativo.

### **3. Entre la prevención general y la prevención especial**

Resulta importante antes de ubicarnos en el principio educativo como finalidad primordial de las sanciones penales juveniles, hacer algunas consideraciones previas sobre las penas y su fundamento en el Derecho Penal. La discusión sobre este tema ha sido larga y extensa en la doctrina penal.

Desde la antigüedad ha estado presente en todas las culturas no sólo la idea del delito, sino sobre todo la idea del castigo. La forma más antigua de imponer castigos surge de la Ley del Talión. Especialmente del castigo corporal, que se caracterizaba principalmente en infringir un daño físico en el individuo, provocar dolor en las formas mas variadas, llegando a la tortura, generalmente como antecedente a la pena de muerte.

El surgimiento de la privación de la libertad como pena, la cual podemos calificar como relativamente reciente en la historia de la humanidad, significó un avance en la idea del castigo. Actualmente la pena de prisión es la sanción principal que se utiliza universalmente para la represión de la criminalidad de adultos, aunque también hay que reconocer lamentablemente, que los castigos corporales e incluso la pena de muerte mantienen vigencia en varios países del mundo.

El surgimiento del Estado en la Edad Media provoca que la venganza privada termine y el castigo adquiera un carácter público, lo que implica también un cambio en la naturaleza del castigo y las finalidades para la imposición de las penas. También el Estado al adquirir esta función, necesita de la creación de una organización de justicia para administrar la aplicación de las penas.

La necesidad del castigo ya sea como venganza privada o como una función pública, ha sido tanto afirmada como negada. Las ideas abolicionistas no son para nada nuevas en el pensa-



miento jurídico. Diferentes filósofos, políticos y juristas han teorizado sobre la necesidad o no de castigar (Tomás Moro, Bacon, Tolstoi, Beccaria, Foucault, Bentham, Feurbach).

Sobre la fundamentación de la pena, las teorías son muy variadas y han girado entre las construcciones absolutas y relativas. Para explicar los fines de las sanciones penales juveniles, resulta necesario explicar aunque sea brevemente el concepto y estructuración de estas teorías.

Las teorías absolutas (Kant y Hegel son sus principales exponentes), se caracterizan precisamente porque el fundamento de la pena se encuentra sólo en el delito. La pena no debe cumplir ninguna finalidad, la pena es un mal que proviene de otro mal: el delito. Por eso la pena es la compensación de la culpa, es la vindicación o expiación del delincuente. En las teorías absolutas se fundamentó la idea de la retribución de la pena. La pena ve más hacia el pasado.

Por el contrario las teorías relativas (Feurbach y von Liszt son connotados representantes), surgen precisamente como parte del pensamiento de la Ilustración, con el movimiento de la humanización de las prisiones, ya que se pensaba que la pena debe de tener una finalidad y que los legisladores deben de preocuparse más por la prevención del delito, que por el castigo. Ejemplo de esto, es la obra de César de Bonessana, Marques de Beccaria (1738-1794) quien con su obra "De los delitos y de las penas", conmovió los cimientos del mundo intelectual de la época al postular que "es mejor prevenir los delitos, que penarlos". De ahí que se establezcan en estas teorías relativas que la pena no es un fin en sí mismo, sino por el contrario un medio para lograr el fin, y se fundamentan estas teorías en dos ideas centrales. En que el fin de la pena debe ser impedir nuevos delitos y por otro lado, que las penas deben influir en el delincuente. Es decir, a objetivos útiles que beneficien a la sociedad y al delincuente. Que se expresan en las teorías de la prevención general o de la prevención especial, ambas con vertientes positivas y negativas. Es decir, la pena ve más hacia el futuro.

Entre las teorías absolutas y teorías relativas, se puede afirmar con toda seguridad que tienen mayor aceptación las teorías relativas de la pena. Aunque resulta interesante que las teorías absolutas aún mantienen vigencia en el imaginario individual y colectivo de la sociedad.

El desarrollo teórico sobre las teorías relativas ha sido sumamente amplio y ha girado sobre dos posiciones opuestas, las cuales se denominan: Teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial, y más recientemente siguiendo la clasificación de Roxin; teorías de la compensación entre autor o víctima, o las denominadas de la prevención integradora.

Lo que caracteriza estas teorías relativas, es que tienen en común en primer lugar que la sanción cumpla una finalidad y que la pena incida en el condenado, de tal forma que se busca evitar la nueva comisión de delitos, ya sea a través de fines de prevención general o fines de prevención especial. Es decir, pensando en beneficiar a la sociedad o al delincuente.

Cuando se señala la prevención general esta se enfoca en dos ideas principales. En la prevención general positiva, que busca como finalidad la prevalencia del orden jurídico, es decir la reafirmación del sistema de valores en los que se fundamenta la conciencia jurídica del Estado. Mientras que la prevención general negativa, busca a través de las penas la intimidación de otros, es decir, postula que a través de la pena terceros o en general la colectividad se va a persuadir de la comisión de delitos. Estos fines de la prevención general tienen plena vigencia principalmente en los países de América Latina, según la política criminal fundamentada en la seguridad ciudadana, a pesar que su fundamento es más teórico que pragmático. Sin que existan evidencias empíricas que confirmen su utilidad. Es decir, que la pena sea útil a la sociedad.

La prevención especial o individual, se clasifica también en una prevención especial positiva y una prevención especial negativa. Cuando nos referimos a la prevención especial positiva, se postula que la sanción busca una finalidad resocializadora o rehabilitadora, o bien como denominamos en el ámbito del Derecho Penal Juvenil, una función educativa. Por el contrario, la prevención especial negativa busca más bien, a través de la intimidación e incluso amenaza o miedo, que el sujeto se abstenga de la comisión de delitos. Es decir, que la pena sea útil al delincuente.

Ante estos dos dilemas que plantea la prevención general y la prevención especial, surge una teoría intermedia llamada teoría de la compensación, que se fundamenta en el principio de la reparación y que busca nivelar derechos e intereses entre autores y víctimas. Lo cual tiene también una fundamentación teórica y poco pragmática, aunque el carácter ecléctico entre la combinación de los intereses del autor y de la víctima hacen de esta teoría una posición muy interesante, sobre todo a través de los mecanismos de reparación. Lo cual tiene también una gran vigencia y gran potencial en el Derecho Penal Juvenil.

El dilema de los fines de la prevención general y la prevención especial en el Derecho Penal de Adultos, debe ser enfocado en el Derecho Penal Juvenil desde una óptica particular. El modelo responsabilizador en el que se orienta tanto la legislación chilena como la costarricense, parten de la superación del conocido modelo tutelar, para establecer como premisa

fundamental al adolescente como sujeto de derechos. Esto conlleva a dos consideraciones importantes. La primera, considerar la responsabilidad penal de los adolescentes a partir de cierta edad y cuando se demuestre su culpabilidad en la infracción penal. La segunda consecuencia importante, es que este modelo también establece como premisa fundamental las condiciones individuales o personales de los sujetos destinatarios de estas normas. Es decir, las condiciones subjetivas del autor.

La combinación de estos dos aspectos, por un lado la idea de la responsabilidad y por otro lado las condiciones del autor, nos llevan a reconocer la necesidad de la presencia de los fines generales y los fines preventivos especiales de las sanciones penales juveniles. Lo que coincide con las denominadas teorías unificadoras o teorías de la unión, dentro de las teorías de la pena según Roxin<sup>1</sup>. Es decir, los fines no como simple retribución, expiacionistas, pero tampoco solo fines resocializadores o rehabilitadores. Sino más bien, como una síntesis de ambas teorías.

#### **4. El principio educativo como finalidad primordial**

Si bien es cierto, como se mencionó anteriormente, en la justicia penal juvenil convergen tanto fines de prevención general como fines de prevención especial, también es cierto que en el Derecho Penal Juvenil los fines de la prevención especial positiva deben de predominar, precisamente para diferenciarse del Derecho Penal de Adultos. Sin que los fines de prevención especial exclusivamente permitan la imposición de una sanción. Ya que si se permitiera la imposición de una sanción, sólo por los fines de la prevención especial positiva, para la búsqueda de los fines educativos, no se habría superado el modelo tutelar. Por esto no se puede negar que desde un ámbito legislativo e incluso en la determinación de las sanciones penales juveniles, no se abandonan los fines de la prevención general.

No se trata de ajustarse a una teoría ecléctica sin tomar posición clara respecto al tema. Se trata más bien de buscar una síntesis de ambas teorías. Tampoco significa que no se pueda resolver este dilema entre fines de prevención general y fines de prevención especial. Por lo menos en el caso costarricense este equilibrio se logra a través del principio de la proporcionalidad que busca resolver el caso en concreto y obliga a los jueces a la imposición de una

---

<sup>1</sup> En detalle sobre los fines y justificación de las penas y las medidas de seguridad, así como de las llamadas teorías unificadoras, ver: Roxin, C. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera Edición. Civitas, 1997. Madrid. págs. 78-110.

sanción considerando siempre la proporcionalidad, particularmente los subprincipios de la idoneidad y la necesidad de la sanción. La cual debe cumplir con el requisito procesal de la fundamentación tanto del hecho como de la sanción.

Sin embargo, como se mencionó la especificidad del Derecho Penal Juvenil se encuentra precisamente en las sanciones, en comparación con el Derecho Penal de Adultos. Por esto, resulta tan importante que la finalidad de la sanción penal juvenil se oriente por fines de prevención especial positiva. Considerando especialmente, las condiciones particulares de los autores, quienes precisamente por su condición de adolescentes que se encuentran en proceso de formación, se requiere incidir positivamente en ellos y no hay mejor forma que incidir a través del principio educativo, para estos sujetos en desarrollo.

Dar una definición del principio educativo como fin primordial de las sanciones penales juveniles, siempre va a resultar problemático y limitado. Sin embargo, para efectos explicativos en esta ponencia proponemos la siguiente definición:

Son todas aquellas estrategias o programas, públicos o privados, en el Estado Democrático, que al momento de la imposición de una sanción penal juvenil, como durante su ejecución, se consideran para apartar al adolescente del delito y fomentar la responsabilidad de sus actos frente a terceros. Se trata de educarlo en la responsabilidad.

Algunos aspectos generales del principio educativo que podemos mencionar son los siguientes:

- El principio educativo junto con el interés superior del niño y la protección integral forman el fundamento del nuevo derecho de la infancia, bajo el carácter de sujetos de derechos.
- Del carácter de sujetos de derecho, se deduce que los niños no solamente tienen derechos, sino también obligaciones, de donde surge su responsabilidad por los hechos delictivos que pudieran cometer.
- El Derecho penal Juvenil parte de que está dirigido a sujetos responsables y no a inimputables.
- Los sujetos destinatarios del Derecho Penal Juvenil, se encuentran en una etapa de desarrollo en la que se debe incidir positivamente en la formación de su personalidad.
- El principio educativo puede tener vigencia también durante las fases del proceso penal juvenil. Sobre todo, en las formas de desjudicialización, aunque su principal manifiesta-

ción se debe expresar al momento de la determinación de la sanción y especialmente durante el tiempo de la ejecución de la sanción.

- El principio educativo le imprime una característica fundamental y diferenciadora al Derecho Penal Juvenil.
- El principio educativo obliga al desarrollo de políticas públicas de prevención del delito juvenil.
- Debe entenderse el principio educativo dentro de la concepción del Estado Democrático y de Derecho.
- No debe estar dirigido a obtener un cambio interno en el adolescente, ya que implica una violación al principio de la dignidad humana. No se trata de la imposición de ciertos valores.
- Debe dirigirse principalmente a evitar las reincidencias, apartar al adolescente de delitos futuros.
- No debe entenderse que en todo caso el delito juvenil es la demostración de un déficit educativo.
- Por esto la finalidad educativa de la sanción penal juvenil, no debe ser llenar un déficit educativo del adolescente, salvo que esté relacionado con el delito que se le atribuye.
- La aplicación del principio educativo debe adecuarse al principio de la proporcionalidad.
- El principio educativo no debe convertirse en un “caballo troyano en el Estado de Derecho” (Gerke, Jutta, Schumann).
- No debe utilizarse para limitar garantías penales o procesales.
- Por último es posible la combinación de los fines de prevención general y especial, aunque en el Derecho Penal Juvenil la preponderancia deben ser los fines de prevención especial positivos reflejados en la finalidad educativa de las sanciones.

También es importante reconocer que el principio educativo en la justicia penal juvenil, no es aceptado por una totalidad de la doctrina (ejemplo de ello es Albrecht, Peter-Alexis), especialmente por dos razones según lo entiendo. La primera porque en el pasado modelo tutelar se puso un énfasis especial en la idea educativa, es conocido que este modelo ha tenido una larga vigencia en América Latina y consideró a los niños no como sujetos de derecho, sino como objetos de intervención. La otra razón principal es que, por medio del principio educativo, se pueden afectar garantías del Estado de Derecho. La primera es una razón de tipo histórica, afortunadamente ya casi superada y la otra de orden político. Sobre esta última razón, tan solo indicar, que el Estado Democrático es la aspiración en la que pretendemos vivir. El concepto del principio educativo está pensado desde luego en concordancia con el Estado Democráti-

co y de Derecho. Y no con otras formas de organización política como por ejemplo, el Estado Policia, el Estado Autoritario o el Estado Totalitario.

En síntesis, podemos presentar los argumentos a favor y en contra del principio educativo de la siguiente manera:

Argumentos en contra:

- El derecho penal en general (y en particular el penal juvenil) no debe tener una función educativa.  
Supone erróneamente que la criminalidad juvenil proviene de un déficit educativo.
- La educación de los menores de edad es una responsabilidad de los padres, no del Estado.
- Es un peligro a los principios de la dignidad de las personas.  
No hay forma de establecer su cumplimiento. De saber que el joven esta "sanado" (P.A., Albrecht).
- Forma subrepticia de quebrantar las garantías del Estado de Derecho.  
Sería una forma de mantener el modelo tutelar.

Argumentos a favor:

- El principio educativo diferencia al Derecho Penal Juvenil del Derecho Penal de Adultos.
- La finalidad educativa está acorde con la edad de formación en la que se encuentran los adolescentes.
- La posibilidad que sea mal utilizado no significa su descalificación.
- La sanción penal juvenil requiere de una finalidad y lo más conveniente por la edad de los sujetos destinatarios de la norma resulta ser el principio educativo.
- Resulta una respuesta menos violenta que la violencia que se quiere reprimir.
- Tiene capacidad de limitar la ejecución de la pena privativa de libertad.
- Condiciona la ejecución de las sanciones, especialmente las privativas de libertad a fines educativos (infraestructura, programas, personal).
- Cumplimiento de los fines preventivos especiales positivos.
- El principio educativo lo que debe buscar, principalmente, es evitar la reincidencia (Kaiser, Dünkel, Ostendorf). Opinión mayoritaria de la doctrina.
- El principio educativo en todo caso, debe de realizarse en respeto del principio de la dignidad humana.

Es claro que los argumentos a favor del principio educativo resultan de mayor valor y fundamento en comparación con los argumentos en contra. La imposición de una sanción penal juvenil no puede fundamentarse solo en el interés de la justicia o la sociedad, debe buscarse fines educativos, tratar de apartar al adolescente del delito, fomentar su responsabilidad frente a terceros, es decir, tratar de educarlo en la responsabilidad de sus actos.

## 5. Contenido del concepto de la determinación de la sanción

Los fines de la prevención especial positiva, es decir, el cumplimiento del principio educativo, se logra a través de una correcta determinación de la sanción. Por esto, es tan importante relacionar el tema de los fines de las sanciones, con los criterios de determinación. Lo mismo que con el ámbito de la ejecución de las sanciones, tema este último no desarrollado en la presente exposición escrita.

Resulta útil, a efecto de comprender ambos conceptos, intentar una definición de ¿qué se entiende por la determinación de la sanción? En primer lugar habría que señalar que la determinación de la sanción es el acto jurisdiccional por naturaleza. Consiste siempre en una decisión del juez. Los otros sujetos procesales como el defensor o el fiscal, deben de argumentar y exponer dentro de su teoría del caso, las razones por las se debe o no sancionar al acusado. Pero la decisión está en manos del juez. Por esto es que la determinación de las sanciones siempre ha sido considerada, no del todo en forma correcta, un acto típico de discrecionalidad judicial.

Podríamos definir la determinación de las sanciones de una manera simple pero correcta, como aquél acto jurisdiccional mediante el cual el juez fija la sanción y el quantum de la misma. Sin embargo, el concepto comprende otros importantes aspectos. Particularmente se refiere a tres: la elección o clase de sanción, el monto o extensión de la sanción y el modo de la ejecución. Este último contenido se refiere a cómo se le dará cumplimiento y bajo que condiciones se llevará a cabo la imposición de la sanción. Por lo que es importante vincular este tema a la ejecución y cumplimiento de las sanciones. También en algunos sistemas, dentro de la determinación de la sanción, estaría comprendido la indemnización por el daño producido -cuando proceda- y su forma de cumplimiento.

Generalmente casi todos los códigos penales, e incluso también las leyes de justicia penal juvenil que se orientan en el modelo responsabilizador, establecen criterios de determinación

de las sanciones. Sin embargo, estos resultan ser muchas veces demasiado amplios. Nunca son unívocos y frecuentemente presentan problemas de interpretación. Incluso muchas veces, se presentan dificultades para conciliar uno u otro criterio. Tal es el caso de los señalamientos que se hacen de que el juez debe considerar por un lado la gravedad del hecho y por el otro lado, las posibilidades de reinserción social. Sin embargo, estas dificultades de interpretación, no significa que no se puedan dar criterios seguros para determinar la sanción.

Particularmente en relación a la justicia juvenil, la finalidad de la sanción con fines de prevención especial positiva, debe de orientar en todo caso al juez en la determinación de la sanción. Además de la aplicación del ya mencionado principio de proporcionalidad, que nos sirve principalmente para la justicia en el caso en concreto, considerando siempre los subprincipios de la necesidad y la idoneidad de la sanción escogida.

En materia penal juvenil, también el juez se enfrenta a los dilemas de la determinación de la sanción que se enfrentan los jueces de adultos. Los cuales, giran en otorgarle mayor relevancia al hecho o a las condiciones subjetivas del autor, como se mencionó anteriormente. Solo a través de la ponderación y el equilibrio que se debe de buscar en la armonización de los principios de la prevención general y de la prevención especial, podemos encontrar una respuesta satisfactoria.

En todo caso, siempre hay que considerar que los fines en general de la justicia penal juvenil, tienen que ser muy modestos. Y no pretender, a través de la justicia juvenil y menos a través de las sanciones, subsanar las deficiencias sociales, educativas o conductuales de los adolescentes.

También esta amplitud de criterios para la determinación de las sanciones, provoca que se presenten dificultades prácticas. Como por ejemplo diferentes sanciones para hechos similares. Es frecuente la queja por parte de los sentenciados, jóvenes o adultos, de la diferente respuesta o sanción, por hechos similares o equivalentes. Estos problemas prácticos también deben de enfrentarse y la mejor propuesta de solución sin duda se encuentra en la capacitación, particularmente de los jueces, y en los criterios unificadores de la jurisprudencia. Criterios que deben encontrarse debidamente fundamentados en la sentencia.



## 6. Amplitud del catálogo sancionatorio penal juvenil

En la determinación de las sanciones, son diferentes los intereses que están en juego. Por un lado, los intereses de la sociedad, los cuales se orientan por criterios de la prevención general. Por otro lado, los intereses del imputado, que si el sistema pone un énfasis especial en las condiciones subjetivas del autor, se orientará la sanción por criterios de prevención especial. Un tercer interés que no puede ser dejado de considerar por parte de los jueces, más en la actualidad, son los intereses de la víctima. Que no necesariamente se orientan en todo caso, hacia los fines de la prevención general. Esto último particularmente en la justicia juvenil. Muchas veces a las víctimas lo que les interesa es que los adolescentes no vuelvan a cometer los delitos, o que se reincorporen socialmente. No necesariamente que se le imponga un castigo por la protección de los bienes jurídicos o como prevalencia del ordenamiento jurídico, como sucede generalmente en la justicia penal de adultos.

Estos diversos intereses también se encuentran presentes y deben ser considerados por el juez a la hora de la determinación de la sanción. Para conciliar de la mejor forma estos diferentes intereses, es que en la justicia juvenil, siguiendo el acervo de las Naciones Unidas, -particularmente las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores-, se establecen catálogos amplios de sanciones. A diferencia de lo que sucede en la justicia penal de los adultos, en donde la pena de prisión se presenta como la principal y -muchas veces- única respuesta del sistema penal al delito.

Ejemplo de lo anterior son las legislaciones actuales costarricenses y chilenas de responsabilidad penal juvenil, que establecen ambas una pluralidad de sanciones penales juveniles. Lo cual representa otra dificultad para el juez penal juvenil a la hora de determinar la sanción, que además cumpla con los fines específicos de sanciones penales juveniles.

En el caso costarricense, según el artículo 121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, el catálogo es sumamente amplio. Se inicia con las sanciones socioeducativas como: la amonestación y la advertencia, la libertad asistida, la prestación de servicios a la comunidad y la reparación de daños a la víctima. Además, las órdenes de orientación y supervisión tales como: instalarse en una residencia o cambiarla, adquirir un trabajo, abandonar el trato con determinadas personas, abstenerse de ingerir sustancias adictivas, eliminar las visitas a determinados lugares, el internamiento con tratamiento en un centro de salud para las adicciones y matricularse en un centro educativo. Como último recurso, también la ley establece las sanciones privativas de

libertad, las cuales ha fijado en tres categorías: el internamiento domiciliario, el internamiento durante el tiempo libre y el internamiento en centros especializados, como la sanción más drástica.

Un aspecto muy negativo que no se puede dejar de mencionar en el caso costarricense, son los montos establecidos para la privación de libertad, especialmente el internamiento en un centro especializado. Que puede ser fijado por el juez hasta en diez años, para los adolescentes entre doce y menos quince años de edad y en quince años, para adolescentes entre quince y menos de dieciocho años de edad. Este extremo probablemente convierte la legislación costarricense, en una de las más severas de la región. Afortunadamente y por el buen criterio de los jueces, la imposición de estos extremos se ha dado solo en casos excepcionales<sup>2</sup>.

En el caso chileno, el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, establece también expresamente, sanciones supletorias a las del Código Penal y las divide en penas para delitos y penas para faltas. Para los delitos establece seis diferentes tipos de sanciones; el internamiento en régimen cerrado o semi cerrado con programa de reinserción social, la libertad asistida especial, la libertad asistida, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reparación del daño causado. Para las faltas establece: la prestación de servicios de comunidad, la reparación del daño causado, la multa y la amonestación. También prevé como pena accesoria, la prohibición de conducir vehículos motorizados. Además, el juez puede según la circunstancias del adolescente, someterlo a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

Sin lugar a dudas, los jueces penales juveniles costarricenses y chilenos, tienen mayores dificultades para la determinación de la sanción. No solo por el claro amplio catálogo de sanciones, sino también porque los criterios de determinación, como mencionamos antes, son demasiado amplios e imprecisos. Por lo que se requiere siempre analizar con profundidad cada caso en concreto, para escoger la sanción más idónea a los fines que se busca cumplir con la justicia penal juvenil.

---

2 También ha contribuido a esta excepcionalidad, límites legales que se encuentra en la misma ley, para la imposición de la privación de la libertad contra personas menores de edad. Ya que solo se puede aplicar en los siguientes casos: a) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años. b) Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

## 7. Propuesta de criterios mínimos de determinación de la sanción penal juvenil

Efectivamente como lo mencionamos en el punto anterior, una de las dificultades de la determinación de la sanción, es precisamente su amplitud y falta de criterios únicos, lo que produce sin duda una amplia interpretación. Si a lo anterior le sumamos los catálogos tan extensos de las sanciones y una regulación legal imprecisa, tenemos como resultado que la labor del juez se vuelve sumamente compleja, de ahí la importancia de establecer criterios de determinación que puedan orientarlo en esta difícil y compleja tarea.

Para efectos de la presente ponencia, me voy a permitir presentar ideas generales sobre los criterios mínimos que considero debe el juez reflexionar, a la hora de definirse por una determinada sanción penal juvenil. Sin lugar a dudas, no se trata de una lista taxativa, sino criterios que considero deben de ser valorados en todo caso.

### A. Criterio de la *ultima ratio*

Como primer criterio a considerar, es la *ultima ratio*, que no es otra cosa que el cumplimiento de la intervención mínima. En todo caso, la imposición de una sanción penal juvenil debe ser el último recurso y solo cuando no sea posible la resolución del caso por otros medios o alternativas procesales. La cual se fundamenta en un importante principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante Convención), que establece, que siempre que sea apropiado y deseado por los Estados partes de esta Convención, se adoptarán todas las medidas para tratar a los niños sin recurrir a los procedimientos judiciales. La obligación de los Estados según la Convención, es establecer una política criminal orientada a la utilización de medidas alternas diferentes al procedimiento judicial. El juez siempre debería preguntarse si es posible resolver el caso sin el dictado de una sanción.

Lo anterior se debe expresar en el diseño legislativo, especialmente en las normas de carácter procesal, precisamente para buscar salidas alternas al proceso y reducir la intervención del Estado en conflictos penales, cuando estén involucradas personas menores de edad. Por cuanto, la justicia penal juvenil debe utilizarse solo para resolver conflictos graves. Es decir, conflictos en los que realmente sea necesaria la intervención de los órganos de la justicia, particularmente cuando no se haya podido solucionar este conflicto a través de procedimientos diversos al judicial.

La mejor opción en la mayoría de los casos es la no intervención, esto por cuanto sabemos que la mayoría de los adolescentes se encuentran involucrados en delitos de mínima grave-

dad, que en su mayoría son bagatelas. Sin que esto signifique, el no reconocimiento de delitos cometidos por adolescentes de mediana e incluso de extrema gravedad. Precisamente para estos últimos, el sistema de justicia penal juvenil debe de dar respuesta.

Pero lo más importante, es reconocer que la mayoría de los adolescentes no están involucrados en acciones delictivas, son en realidad una minoría los que tienen conflicto con la ley penal, aunque muchas veces se percibe que los adolescentes se encuentran masivamente involucrados en conductas delictivas, o "antisociales" lo cual es más bien producto de prejuicios, estereotipos o desinformaciones sobre la niñez y la adolescencia.

Un argumento importante para sostener este criterio, es la naturaleza del delito juvenil. La cual, debe tener un contenido diferente al delito de los adultos, precisamente para que sirva de fundamento a los fines de la justicia penal juvenil y que los criterios de determinación de las sanciones, se diferencien también del Derecho Penal de los Adultos. En todo caso, el delito juvenil debe ser considerado como un episodio de juventud, un error situacional (Kaiser)<sup>3</sup>. Entender el delito juvenil como un episodio, como un pasaje, significa que la conducta transgresional puede ser superada. Por el contrario, no debe entenderse el delito juvenil, como el inicio de una carrera delictiva.

Algunas formas de reducir la intervención penal, las podemos clasificar de la siguiente manera. En un primer nivel, como aquellas soluciones procesales a cargo de la policía y del Ministerio Fiscal, como por ejemplo pueden ser los archivos fiscales<sup>4</sup>, en donde la Fiscalía decide no continuar con la investigación; lo mismo que el criterio de oportunidad<sup>5</sup>, en donde también el Ministerio Público renuncia al principio de la persecución penal. Así mismo, la remisión de casos, en donde para este primer nivel cumple un fin importante para reducir el número de adolescentes en el sistema de justicia penal. La remisión, es un instituto específico del Dere-

---

3 Kaiser G. Kriminologie. 3. Auflage. C.F. Müller Verlag. Heidelberg. 1996. Pág. 608.

4 Conforme al ordenamiento procesal penal costarricense, en el artículo 298 se encuentra regulado el instituto del archivo fiscal, el cual se explica de la siguiente manera: El archivo fiscal supone el cese de la investigación por parte de la policía y el Ministerio Público, sin perjuicio de que con posterioridad pueda perseguirse la investigación si aparecen nuevos datos que permitan identificar al imputado.

5 El criterio de oportunidad se encuentra regulado en el artículo 22 del Código Procesal Penal y se explica, como aquella facultad conferida por ley al representante del Ministerio Público, para solicitar a su superior jerárquico, para que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el participe o con exigua contribución de este. b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, etc.

cho Penal Juvenil, y al utilizarse se reduce el número de los adolescentes en el sistema penal y consecuentemente también se reduce la imposición de eventuales sanciones.

Un segundo nivel de intervención mínima que debe orientar el modelo de justicia juvenil, se ubica en el ámbito puramente jurisdiccional. En este nivel, es muy importante la conciliación<sup>6</sup> o en general, los acuerdos entre el autor y la víctima que busquen solucionar el conflicto, sin necesidad de que el proceso concluya con el dictado de una sentencia. La potencialidad del uso de estos mecanismos en la justicia juvenil es muy amplia, ya que como se indicó no siempre la víctima busca al instaurar un proceso judicial, que se le imponga un castigo al adolescente. También tiene una gran vigencia y utilidad, la suspensión del proceso a prueba<sup>7</sup>, la cual es otra oportunidad para que el adolescente sometido a un proceso no termine con la imposición de una eventual sanción. La reparación integral del daño<sup>8</sup>, también tiene una gran utilidad en la justicia juvenil, no solo para el cumplimiento de los fines, sino sobre todo para reducir las posibilidades de una sanción penal juvenil.

6 La conciliación se encuentra regulada en el Código Procesal Penal en el artículo 36, y forma parte los medios que extinguen la acción penal. Se aplica cuando se llega a una acuerdo entre el imputado y la víctima, en aquellas faltas o contravenciones, en delitos de acción pública a instancia privada que admitan la suspensión condicional de la pena, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. En la Ley de Justicia Penal Juvenil se encuentra regulada en el artículo 64, el cual establece: "La conciliación procederá en todos los casos en que es admisible para la justicia penal de adultos."

7 El artículo 25 del Código Procesal Penal costarricense, regula el instituto de la suspensión del procedimiento a prueba. A través de éste instituto, se persigue no solamente evitar la ejecución de la pena que se pudiera imponer, sino incluso evitar la misma persecución penal. En la ley se regula de la siguiente manera: "Procedencia. Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la aplicación de este instituto siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida, ni con la extinción de la acción penal por la reparación del daño a la conciliación. No procederá la medida en los delitos dolosos, cuando el hecho se haya cometido por medio de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas. La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima..." De igual manera, el artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, regula el instituto de la suspensión del procedimiento a prueba. La ley establece lo siguiente: "Resuelta la procedencia de la acusación, el juez, a solicitud de parte, podrá ordenar la suspensión del proceso a prueba, en todos los casos en que proceda la ejecución condicional de la sanción para el menor de edad. Junto con la suspensión del proceso a prueba, el juez podrá decretar cualquiera de las órdenes de orientación y supervisión establecidas en esta ley. Esta suspensión interrumpirá el plazo de la prescripción."

8 En el artículo 30 inciso j) del Código Procesal Penal de Costa Rica, se incorpora el instituto de la reparación integral del daño, como una causa de extinción de la acción penal, y la ley la regula de la siguiente forma: "La acción penal se extinguirá por las causas siguientes: j) La reparación integral a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin fuerza en las cosas ni violencia sobre las personas y en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso. Esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado con esta medida ni con la suspensión del proceso a prueba o la conciliación. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios. En la Ley de Justicia Penal Juvenil se establece la figura de la reparación de los daños en su artículo 127, que establece: "La reparación de los daños a la víctima del delito consiste en la prestación directa del trabajo, por el menor de edad en favor de la víctima, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá el consentimiento de la víctima y del menor de edad; además, la aprobación del Juez. Con el acuerdo de la víctima y el menor de edad, la pena podrá sustituirse por una suma de dinero que el Juez fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho. La sanción se considerará cumplida cuando el Juez determine que el daño ha sido reparado en la mejor forma posible."

Más que criterios específicos de determinación de las sanciones, lo antes señalado forma parte de la intervención mínima y de la desjudicialización, aunque sin duda tiene incidencia en el tema sancionatorio. Entre más utilización tengan las formas de desjudicialización menos serán las sanciones a imponer.

El principio de la *ultima ratio* como criterio de la determinación de las sanciones, se refleja especialmente, en el uso de las sanciones no privativas de libertad como primer recurso (sanciones ambulatorias), y dejar solo como la última posibilidad, la sanción privativa de libertad (sanciones estacionarias)

Este criterio de la *ultima ratio*, tratándose de personas menores de edad a las cuales se les puede imponer una privación de libertad, debe ser en todo caso considerado por el juez, solo cuando no sea posible imponer otro tipo de sanción menos gravosa. Ya que en algunos casos, resulta inevitable que el proceso llegue hasta la fase o etapa de juicio, y también habrá algunos casos en los que procede el dictado de una sentencia condenatoria y la sanción a imponer es la sanción privativa de libertad.

Cuando haya que imponer esta sanción privativa de libertad, el criterio de la *ultima ratio* debería estar limitado en primer lugar, por la misma ley. Es decir, la misma legislación debería establecer con precisión, en qué casos procede la posibilidad de imponer esta gravosa sanción.

El confinamiento de las personas menores de edad, debe ser utilizado como último recurso y por el menor tiempo posible. La privación de libertad resulta en casi todos los casos negativa. Si bien es cierto, la política criminal actual promueve como respuesta casi única la cárcel, los jueces penales juveniles deben de reflexionar sobre los efectos negativos de la privación de la libertad en los jóvenes. Además, reconocer que la seguridad ciudadana fundada en la privación de la libertad es de naturaleza transitoria. Por el contrario, una privación de libertad excesiva lo que produce generalmente es más delito y asegura en casi todos los casos, la reincidencia.

En el Derecho Penal Juvenil la jerarquía de las sanciones debe invertirse, en comparación con el Derecho Penal de Adultos. Anteriormente, mencionamos el catalogo amplio de sanciones que caracteriza a la justicia penal juvenil. Precisamente por existir una pluralidad de sanciones en este Derecho, es que se propone que los jueces, a la hora de determinar la sanción, consideren en primer lugar la utilización de consecuencias o sanciones socioeducativas ambulatorias.

rias o bien que permanezca en libertad junto a su familia. Dejando solo para los casos graves y cuando no sea posible la imposición de otras sanciones, la sanción privativa de la libertad por el menor tiempo posible. Ya que es por todos sabido, los efectos negativos que tiene la privación de la libertad en el proceso de desarrollo en que se encuentran los adolescentes.

#### B. Criterio de la culpabilidad

El criterio de culpabilidad es un concepto amplio y complejo dentro de la teoría del delito que requeriría un espacio mayor, para incluir todos los aspectos relacionados con este tema, lo cual no es posible en esta ponencia<sup>9</sup>. Por lo anterior, tan solo me permitiré presentar algunas ideas, en forma sumaria y especialmente vinculado con la justicia penal juvenil.

Es sabido que tradicionalmente, el modelo tutelar tenía como postulado que las personas menores de edad eran inimputables y consecuentemente no podían ser declaradas culpables. Aunque esta idea encerraba otros objetivos, sirvió también para considerar eufemísticamente que las personas menores de edad no eran responsables por sus actos delictivos. Aunque mucho se ha avanzado principalmente en el ámbito legislativo, tal es el caso de las legislaciones costarricenses y chilenas, todavía estas confusiones persisten, pero más por razones de índole política que jurídica.

No debería actualmente haber ningún tipo de confusión sobre estos conceptos, especialmente desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989. Esto por cuanto la Convención, claramente establece en el artículo 40.3, que los niños, no solamente pueden ser acusados de infringir las leyes penales, sino también pueden ser declarados culpables. Mayor claridad no puede haber, de la incorporación del principio de culpabilidad en el ámbito internacional, cuando los sujetos de la Convención infrinjan la ley penal. Lo que se debe determinar en cada país- la Convención no tomó posición al respecto- es la edad mínima a partir de la cual se adquiere esta capacidad de culpabilidad, es un tema de la política criminal. En el caso costarricense, el legislador la fijó en 12 años, mientras que en el caso chileno, el legislador la fijó en 14 años.

La incorporación del principio de la culpabilidad, conlleva a dos ideas fundamentales para la estructuración legislativa y jurisprudencial, de cualquier sistema de justicia penal juvenil. Uno es el concepto de imputabilidad y el otro el de responsabilidad. Es decir, si una persona pue-

<sup>9</sup> Como sería interesante desarrollar la relación del concepto de culpabilidad, con los conceptos de las teorías de la pena: absolutas, relativas, integradoras (Hegel, Kant, von Liszt, Eser).

de ser declarada culpable, es porque resulta imputable y consecuentemente es responsable legalmente por la acción u omisión realizada. Salvo claro los casos de excepción, como por ejemplo los trastornos mentales permanentes o transitorios.

Quizás esta explicación previa podría considerarse innecesaria, pero lamentablemente todavía algunos cuestionan la responsabilidad penal de las personas menores de edad y su capacidad de imputabilidad. También al respecto se presentan aún confusiones conceptuales. Lo importante por último, en esta previa aclaración, es que el grado de responsabilidad de un adolescente es diferente al de un adulto, y debe determinarse precisamente modulando su culpabilidad en el caso en concreto.

Lo anterior nos sirve para confirmar, la incorporación del principio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil. No podría ser de otra manera, porque la culpabilidad forma parte de una garantía constitucional, ya que en el Estado Democrático sería inaceptable, la imposición de una sanción penal sin la demostración previa de la culpabilidad. Es aquí en donde adquiere vigencia el conocido principio del Derecho Penal, *nulla poena sine culpa*. Por lo que la incorporación del principio de la culpabilidad, no solo significa el abandono del viejo modelo tutelar, sino el cumplimiento de una garantía constitucional, que debe existir tanto en el Derecho Penal de Adultos, como en el Derecho Penal Juvenil.

El principio de la culpabilidad se constituye en la base para la determinación de la sanción, su previa existencia resulta un presupuesto indispensable. No podría estar legitimado el Estado en una intervención sin haber demostrado la culpabilidad, además no estaría justificada la imposición de una sanción. Pero, en el Estado Democrático la pena es la consecuencia de la demostración de la culpabilidad, no es un fin en si mismo, sino más bien es un medio para satisfacer otros fines. Tratándose de personas menores de edad, estos fines no pueden ser otros que fines de contenido social. Tal y como lo mencionamos anteriormente, la sanción penal juvenil tiene que incidir en el adolescente y la mejor incidencia positiva se logra a través del principio educativo.

La culpabilidad sirve para la determinación de la sanción. En el Derecho Penal de Adultos, el ideal es que la sanción sea el reflejo de la culpabilidad. En la medida en que esa sanción mantenga un equilibrio con el grado de demostración de la culpabilidad, podríamos señalar que el juez ha determinado correctamente la sanción, sin que pueda la sanción sobrepasar la culpabilidad. Es lo que se conoce como la prohibición del rebasamiento de la culpabilidad. En el Derecho Penal Juvenil, esta regla es válida, pero el énfasis se pone más bien en la dis-



minución de la sanción con el grado de culpabilidad, a efecto de cumplir con los fines de la prevención especial positiva. Esto quiere decir, que la sanción puede ser disminuida hasta tanto lo permitan los criterios preventivos. Es decir, la culpabilidad orientada en la prevención.

La culpabilidad, implica considerar siempre dos aspectos. Uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo. Cuando hablamos del carácter objetivo, nos estamos refiriendo al hecho, y por eso se afirma que la culpabilidad se determina por el hecho y precisamente en esto se fundamenta el derecho penal del acto. El carácter subjetivo, se refiere al grado de reprochabilidad que se le debe exigir al autor. Es decir, nos estamos refiriendo a las condiciones subjetivas del autor y a su grado de reprochabilidad, precisamente por no haberse comportado conforme al Derecho.

El elemento objetivo de la culpabilidad, puede ser el mismo cuando se refiere a adultos y jóvenes. La gravedad del hecho es la misma. Por ejemplo, tan grave es que un adulto le de muerte a una persona, como que esta conducta la realice una persona menor de edad. Objetivamente, este hecho resulta grave independientemente de que se trate de un adulto o un adolescente su autor. Lo que sucede es que generalmente las conductas delictivas graves de los adolescentes producen una mayor alarma social y son generalmente consideradas de mayor gravedad, pero vistas desde el elemento objetivo de la culpabilidad, se trata de la misma gravedad del hecho.<sup>10</sup>

Lo que resulta muy diferente en comparación con los adultos, es el grado de reprochabilidad por no haberse comportado conforme al Derecho, cuando se trata de un adolescente. Aquí el elemento subjetivo de la culpabilidad debe ser considerado de una manera diferente al de los adultos, porque los adolescentes son personas que se encuentran en un proceso de desarrollo de su personalidad y no son adultos, ni tampoco adultos pequeños. Precisamente por esto no se les puede dar el mismo tratamiento legal y la respuesta del sistema penal debe ser diferente.

Es en este último elemento de la culpabilidad, es donde el juez debe de considerar la disminución de la sanción para el cumplimiento de los fines de la prevención especial positiva. Si el juez a la hora de determinar la sanción, no considera esta diferencia y particularidad de los adolescentes, al formularle el grado de reproche, en realidad estaría aplicando criterios del Derecho Penal de Adultos y no criterios especiales y diferenciadores.

<sup>10</sup> Sin lugar a dudas aquí se abre otro gran tema interesante, que no es objeto de este trabajo, que es el tratamiento noticioso que los medios confieren a la delincuencia juvenil.

Esta consideración que siempre se tiene que hacer al momento de la determinación de la sanción, que resulta en combinar estos factores objetivos y subjetivos, no deben medirse de acuerdo a los parámetros del Derecho Penal de los Adultos, sino deben considerarse las particularidades de la delincuencia juvenil. Muy especialmente, el carácter episódico del delito juvenil y el proceso de madurez en que se encuentran estos sujetos. Lo mismo que las condiciones sociales y ambientales de la persona menor de edad.

En la justicia juvenil muy especialmente, la culpabilidad debe complementarse con el principio de la proporcionalidad. Particularmente a través de los subprincipios de la necesidad y de la idoneidad. Además debe buscarse la sanción menos gravosa para la obtención de los fines preventivos (Zipf).

Por ultimo, por resultar una idea muy sugestiva, como todas las que nos ofrece el Profesor argentino Zaffaroni, con respecto a la culpabilidad de los jóvenes, considera este jurista que debe utilizarse amplios aspectos, tales como lo que él denomina la "co-culpabilidad de la sociedad", la que tiene gran relevancia en la delincuencia juvenil, en relación a las carencias afectivas, educativas y sociales que han tenido los jóvenes en su vida. Esta interesante reflexión, nos debe hacer pensar en el elemento subjetivo antes mencionado, ¿pueden ciertos adolescentes precisamente comportarse conforme al Derecho? Esta pregunta también deben de formularse los jueces o por lo menos, considerar estos factores sociales y personales de la vida de los adolescentes. Importante es que en el Derecho Penal Juvenil la sanción puede ser menor que la culpabilidad, fundamentada precisamente en estos factores de riesgo. Incluso podría perfectamente renunciarse a la sanción si con ello se cumple con los fines de la prevención especial positiva. Es decir, los fines educativos.

### C. Criterio de la proporcionalidad

Anteriormente afirmamos, que el principio de la culpabilidad debe complementarse con el de la proporcionalidad. Este último principio, resulta fundamental para la determinación de las sanciones. Ya que la proporcionalidad, es una categoría jurídica desarrollada particularmente por el Derecho Constitucional, el cual busca equilibrar el dilema de la protección de los bienes jurídicos, a través de limitaciones a los derechos fundamentales. Es precisamente a través de la proporcionalidad que se busca equilibrar este dilema. La proporcionalidad funciona como un principio para establecer límites a los abusos del poder estatal, por lo que actualmente se considera una garantía para los derechos de los ciudadanos. En pocas palabras, la proporcionalidad no es otra cosa que la prohibición de excesos por parte del Estado, especialmente cuando utiliza el Derecho Penal.

La proporcionalidad contiene dos subprincipios fundamentales que tienen plena vigencia en el Derecho Penal Juvenil, que son la idoneidad y la necesidad. El primero hace referencia a la obligatoriedad de todos los poderes públicos de cumplir en su funcionamiento, con los fines que se persiguen. De ahí que toda actividad pública se encuentra constitucionalmente obligada a respetar el principio de idoneidad en la creación y aplicación normativa. Es por esto, que la idoneidad de un acto siempre debe ser considerada en la medida que se adecue a los fines propuestos en la norma. Mientras que el subprincipio de la necesidad, entiende que cualquier actividad pública debe realizarse procurando la menor afectación de los derechos de los ciudadanos y que los poderes del Estado deben de escoger, entre todas las medidas posibles aplicables, las que menos afecten los derechos fundamentales. Tanto la idoneidad como la necesidad, deben de justificarse y fundamentarse para que la actividad pública sea acorde a la proporcionalidad y consecuente con la Constitución.

En la justicia penal juvenil, la aplicación del principio de la proporcionalidad, lo mismo que los subprincipios de la idoneidad y de la necesidad, resulta indispensable. Los cuales deben de reflejarse siempre al momento de que el juez determina la sanción, es decir, en su sentencia condenatoria. La escogencia del tipo de sanción y el monto de la pena, deben ser proporcionales. El juez debe de escoger entre la amplia gama de sanciones penales juveniles, la que menos afecte los derechos fundamentales de los jóvenes y las sanciones que mejor cumplan los fines que las mismas persiguen. Si la sanción penal juvenil no cumple con el principio de la proporcionalidad, sería contraria a la Constitución. La sentencia tendría el vicio o defecto, muy común por cierto, de falta de fundamentación o una fundamentación errónea.

Pero la proporcionalidad también nos sirve para determinar la sanción caso a caso y para poner en vigencia el principio de la justicia, en el caso en concreto. Junto con la culpabilidad, en donde indicamos que el juez debe combinar factores como la gravedad del hecho y las condiciones personales del autor, también se deben considerar muy especialmente la idoneidad y necesidad de la sanción penal juvenil. Solo con la combinación de estos tres factores; gravedad del hecho, condiciones personales y proporcionalidad, nos garantizamos el cumplimiento de los fines de la sanción penal juvenil. Lo mismo que una correcta determinación de la sanción<sup>11</sup>.

#### D. Criterio de la flexibilidad

En el momento en que el juez delibera para la determinación de la sanción, debería de considerar siempre el principio de la flexibilidad. En el caso costarricense, como en otras legislacio-

---

<sup>11</sup> En detalle sobre el principio de proporcionalidad en la justicia juvenil, ver: Capítulo III, Derecho Penal Juvenil, Tiffer, Lobet, Duenkel. 2002. págs. 253-305.

nes, las sanciones que el juez puede imponer, las puede decretar en forma conjunta, alternas, revocables, suspendidas o sustituidas por cualquier otra menos gravosa. Esta posibilidad que el legislador le confiere al juez, es una característica particular del Derecho Penal Juvenil, en comparación con el Derecho Penal de Adultos, en donde a cada delito corresponde una pena en particular, generalmente la pena de prisión. Al contrario, en el Derecho Penal Juvenil el juez debe buscar la sanción de acuerdo a la combinación de los factores antes señalados y que cumpla de la mejor forma los fines propuestos. La flexibilidad expresada en esta legislación, nos hace concluir que los jueces penales juveniles tienen parámetros más amplios para determinar la sanción. Lo que debe orientar al juez penal juvenil, al momento de imponer la sanción son sus fines, que en el caso costarricense se mencionan expresamente como primordialmente educativos.

La flexibilidad también presupone, una justicia más benigna para los adolescentes en comparación con los adultos. Esto último se justifica no solo en la realidad delictiva de los adolescentes, que en su gran mayoría los delitos cometidos son conductas de bagatela o de mínima afectación a los bienes jurídicos fundamentales. Sino también, se justifica precisamente por los sujetos destinatarios de estas normas penales. Los adolescentes en su mayoría son personas que pueden con mayor facilidad enrumbar su vida y apartarse del delito. Por esto es tan importante, que los jueces consideren el principio de la flexibilidad a la hora de escoger la sanción por un delito cometido por un adolescente. Ya que también es una forma de poner en vigencia el concepto de delito juvenil, como un episodio de juventud. Además, de considerar estos amplios aspectos propuestos por el profesor Zaffaroni antes señalados.

La flexibilidad no significa arbitrariedad. El juez a la hora de determinar la sanción, está obligado a fundamentarla y a indicar expresamente cuáles son las razones por las que impone una sanción, por ejemplo en forma conjunta o alterna, lo mismo que cuándo esta pueda ser suspendida o sustituida. Efectivamente el juez tiene un ámbito valorativo, pero debe estar restringido en primer lugar por la misma ley y en segundo lugar, por la necesaria fundamentación legal de sus decisiones. Para precisamente controlar la fundamentación de la sentencia y particularmente de la sanción, es que deben contemplarse en las legislaciones recursos legales amplios y efectivos que permitan la revisión integral de las sentencias penales.

También es importante señalar con relación a la flexibilidad, al momento de la determinación de la sanción, la necesidad de reglas claras, especialmente sobre la imposición de las sanciones privativas de libertad. Lo anterior por cuanto, esta sanción afecta derechos fundamentales relevantes. En el caso costarricense la flexibilidad de los jueces si se encuentra limitada, en

relación a la sanción privativa de libertad. Ya que procede solamente para delitos dolosos sancionados en el Código Penal, con penas mayores a seis años y cuando se haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión. Además, se establece como un importante límite para el juez, que la sanción privativa de libertad, nunca puede aplicarse para un adolescente, cuando no proceda para un adulto.

#### E. Criterio de la no estigmatización y reinserción social

Tal y como manifestamos en un inicio, la sanción penal juvenil tiene una connotación negativa, ya que es consecuencia de la afectación de un bien jurídico valioso para la comunidad y por otro lado, implica restricción de derechos.

Sin embargo, esta connotación negativa no significa que deba producirse una estigmatización adversa y que la sanción se convierta en un obstáculo a la reinserción social. Porque, precisamente tal y como se ha expuesto, la sanción penal juvenil debe cumplir una función social. No cumplir esta función sería atentar contra los mismos fines para los cuales las sanciones penales juvenil han sido creadas. El ideal sería que la sanción influya positivamente en apartar al adolescente del delito y que, le permita su reinserción social, pero el ideal no siempre se logra. Sin embargo, el juez al momento de decidir un tipo de sanción debe considerar una mínima estigmatización y en una máxima posibilidad de reinserción social para el adolescente sentenciado. El juez a la hora de decidir por el tipo de sanción y su duración, debe preocuparse por no afectar las posibilidades de los adolescentes de superar el episodio delictivo.

Este criterio de la no estigmatización y la reinserción social, precisamente se logra a través del principio de la proporcionalidad. Particularmente, utilizando los subprincipios de la idoneidad y la necesidad. En todo caso, el juez debe preguntarse si con la sanción escogida, por ejemplo el servicio a favor de la comunidad o la libertad asistida, se cumple mejor con los fines postulados de la sanción. Igualmente, debería preguntarse si ¿es necesaria la sanción?, por ejemplo, en el caso de la privación de la libertad y si por medio de esta sanción, se van a lograr los fines preventivos especiales positivos. Estas respuestas a la utilización del principio de la proporcionalidad, deben encontrarse debidamente fundamentadas en las sentencias.

Es sabido también, que las sanciones no privativas de libertad (ambulatorias), son las que producen menor estigmatización y mayores posibilidades de reinserción social. Es por esto que hemos propuesto, que en el Derecho Penal Juvenil se consideren como sanciones principales, las sanciones socioeducativas y las órdenes de orientación y supervisión. Como accesorias, las sanciones privativas de libertad. Cuando sea necesaria esta última sanción, debe de ser

por el menor tiempo posible. Porque la socialización se produce en libertad. Realmente las posibilidades de reinserción social y la no estigmatización, no se logra imponiendo largas sanciones privativas de libertad, mucho menos aplicables a personas menores de edad.

El dilema que se les presenta a todos los jueces penales juveniles es que, para la aplicación de estas sanciones, que permitan el cumplimiento de estos principios, muchas veces no depende del organismo judicial. Porque los Estados han sido muchas veces incapaces de crear los programas e instituciones para que se puedan llevar a cabo sanciones que favorezcan la no estigmatización y la reinserción social. Como por ejemplo, la libertad asistida, el servicio a favor de la comunidad, los programas de desintoxicación e incluso, las sanciones privativas cortas como la libertad durante los fines de semana. Consecuentemente, los jueces se encuentran con una lamentable realidad que consiste en la falta de estos programas e instituciones dónde ejecutar estas sanciones. Por lo que en algunas ocasiones no le queda al juez otra alternativa que imponer sanciones privativas de libertad.

Sin lugar a dudas, la estrategia que los Estados deberían de seguir sería fomentar la práctica de las sanciones en el ámbito abierto o en libertad. De lo contrario, se hará uso de la privación de la libertad y todos sabemos los efectos negativos que produce esta sanción. Los adolescentes en lugar de reincorporarse estarían, por el contrario, cada vez más excluidos y estigmatizados socialmente. Esto último, es lo que precisamente produce más delito. En lugar de prevenirlo estaríamos promoviéndolo.

## **8. Regulación legislativa del fin y determinación de las sanciones penales juveniles**

### A. Legislación costarricense<sup>12</sup>

Tan solo, como una referencia de carácter legislativo, a continuación presentaré las normas contenidas tanto en la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense (LJPJ), como en la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente chilena. A efecto de constatar, la recepción o incorporación de los principios expuestos, para el establecimiento de las finalidades de las sanciones penales juveniles, así como los criterios legislativos para la determinación de las sanciones.

---

<sup>12</sup> Ley de Justicia Penal Juvenil. (Ley N° 7576). República de Costa Rica. 1996. Ver dirección electrónica: [http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=19385&nValor3=74841&strTipM=TC](http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=19385&nValor3=74841&strTipM=TC)

El artículo 25 de la LJPJ, incorporó dos principios que anteriormente hemos señalado, y resultan fundamentales al momento de la imposición de la sanción, como son, el principio de la racionalidad y el principio de la proporcionalidad. Ambos principios, son los parámetros necesarios para ponderar, los diferentes intereses sociales en conflicto que ya señalamos. Además, a través del principio de la proporcionalidad, se obliga a que los jueces consideren los subprincipios de la idoneidad y de la necesidad, los cuales son una garantía para una correcta determinación de la sanción y el respeto de sus fines.

El artículo 122 LJPJ, establece los criterios que el juez debe considerar para la determinación de la sanción. Tal y como lo mencionamos anteriormente, estos criterios resultan ser sumamente amplios, lo que requieren interpretación por parte de los jueces, la cual debe estar debidamente fundamentada para no llegar a niveles de arbitrariedad. Estos criterios legislativos del artículo 122, los podemos dividir en dos grupos. Un primer grupo, que podemos denominar criterios subjetivos, y que se relaciona con las condiciones personales del autor, tales como por ejemplo, la historia de vida de las personas menores de edad antes del hecho punible, para todo lo que le beneficie desde luego. Así como sus circunstancias personales, familiares y sociales. Otro grupo, lo podemos denominar criterios objetivos, y están orientados al hecho delictivo, como por ejemplo la comprobación del hecho delictivo, así como el grado de participación del adolescente en estos hechos. Esta división de criterios objetivos y subjetivos, es precisamente el procedimiento mediante el cual, se debe comprobar la culpabilidad, como lo hemos explicado a través del elemento subjetivo y objetivo. Lo que permite también, la combinación de los fines de la prevención general con la prevención especial, y con la prevalencia de estos últimos.

El artículo 123 de la legislación costarricense, es quizás el más interesante, ya que es el que establece de manera expresa la finalidad de las sanciones penales juveniles. Expresamente este artículo señala, que la finalidad de las sanciones debe ser "*primordialmente educativa*". De lo anterior, se deducen algunas importantes conclusiones. Primero, que el legislador se ha orientado por los fines de la prevención especial positiva. Segundo, que estos fines precisamente en razón de la edad de los sujetos destinatarios de la Ley, deben de tener un carácter educativo. Y tercero, que no se excluyen otros fines. Por lo que el legislador costarricense, se ha orientado por las denominadas teorías de la unión o unificadoras, en donde se procura combinar, los principios de la prevención general con la prevención especial, pero prevaleciendo estos fines preventivos especiales, ya que se señalan como prioritarios.

También de este artículo se deduce, el principio de la flexibilidad y la facultad de los jueces de establecer sanciones conjuntas, alternas o sustitutivas.

A continuación, para una mayor claridad, transcribimos el texto legislativo de la legislación comentada.

ARTÍCULO 25: Principio de racionalidad y proporcionalidad.

Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o el delito cometido.

ARTÍCULO 122: Determinación de la sanción aplicable.

Para determinar la sanción aplicable se debe tener en cuenta:

- a) La vida del menor de edad antes de la conducta punible.
- b) La comprobación del acto delictivo.
- c) La comprobación de que el menor de edad ha participado en el hecho delictivo.
- d) La capacidad para cumplir la sanción; asimismo, la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta.
- e) La edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales.
- f) Los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños.

ARTÍCULO 123: Forma de aplicación.

Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen. La aplicación de las sanciones podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Las sanciones podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas.

El Juez podrá ordenar la aplicación de las sanciones previstas en esta ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa.

#### B. Legislación chilena<sup>13</sup>

En el caso chileno, el artículo 20 de su Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, se deduce en primer lugar, que el legislador estableció también expresamente finalidades de las sanciones penales juveniles. Sin embargo, el énfasis se establece, en la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos cometidos. Ya que fija como objetivo, hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos. Aunque también señala, que esta responsabilidad debe hacerse con una intervención socioeducativa, para buscar la integración social plena de los adolescentes. Aunque esto último referido al ámbito de la ejecución de la sanción.

---

<sup>13</sup> Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. (Ley N° 20.084). República de Chile. Ver dirección electrónica: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=244803>



A criterio del suscrito, a pesar de que el legislador chileno, no ha señalado una finalidad primordial para las sanciones penales juveniles; como si ocurre en el caso costarricense. También, ha combinado estos factores objetivos y subjetivos, al momento que los jueces tengan que determinar la sanción. Es decir, entre factores de hecho y condiciones subjetivas del autor.

Es tarea del intérprete y de la jurisprudencia, la combinación de ambos factores y fijar las prioridades. La doctrina mayoritaria (Kaiser, Dünkel, Ostendorf) lo que recomienda, es la prevalencia de los fines de la prevención especial positiva, tratándose del juzgamiento de las personas menores de edad. De tal forma, que también la legislación chilena debería orientarse por estos fines preventivos especiales, estableciendo prioritariamente los fines socioeducativos, no solo en la intervención o ejecución de las sanciones, sino también al momento de que el juez determine el tipo y duración de la sanción.

Con respecto a los criterios de determinación de la sanción en la legislación chilena, también resulta válido, lo que mencionamos en un inicio, respecto a que los contenidos señalados resultan por lo general sumamente amplios, vagos e incluso contradictorios entre si. Por lo que requieren de interpretación y armonización, sobre todo guiándonos por los fines establecidos para las sanciones penales juveniles.

Al igual que el caso costarricense, se combinan elementos objetivos y subjetivos, para la determinación de las sanciones. Respecto al primer tipo de elementos, podemos señalar la gravedad del hecho o la extensión del mal causado con la ejecución del delito. Pero también, combina aspectos de índole subjetivo, como la edad del adolescente infractor y sus necesidades de desarrollo e integración social. Por lo que también, es posible en el caso chileno, concluir que el legislador trata de combinar los fines de la prevención general con la prevención especial, orientándose por las teorías unificadoras de la penas.

De relevancia para el caso chileno, es la incorporación también expresa, de un subprincipio de la proporcionalidad, que es la idoneidad, cuando señala expresamente la vinculación de la elección de la sanción con la idoneidad. Para fomentar el respeto que los adolescentes deben tener, por los derechos y libertades de las personas. Además, correctamente vincula la idoneidad de la sanción con su finalidad, la cual se establece, como la satisfacción de las necesidades de desarrollo e integración social. Por lo que este subprincipio de la proporcionalidad, debe convertirse en un eje rector, cuando los jueces tengan que determinar una sanción penal juvenil contra un adolescente.

A continuación para una mayor claridad transcribimos el texto legislativo de los artículos comentados.

Artículo 20: Finalidad de las sanciones y otras consecuencias.

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

Artículo 24: Criterios de determinación de la pena.

Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

- a) La gravedad del ilícito de que se trate;
- b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
- c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
- d) La edad del adolescente infractor;
- e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y
- f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

## **9. Comentarios finales**

El tema de la finalidad de las sanciones, lo mismo que su determinación, resulta sumamente complejo y amplio. Sin embargo, he tratado de exponer los aspectos más relevantes en la presente ponencia. Importante de señalar es que, los fines de las sanciones penales juveniles deben de estar vinculados con los fines del Derecho Penal Juvenil. Por lo que, no se puede analizar los fines de la sanción, sin considerar la naturaleza y contenidos del Derecho Penal Juvenil.

Por lo anterior, es que hemos afirmado que los fines del Derecho Penal Juvenil deben de ser muy modestos. El principio que debe orientar el contenido de este Derecho, lo encontramos en la misma Convención de los Derechos del Niño, que establece que siempre que sea apropiado y deseable, es obligación de los Estados partes adoptar todas las medidas para resolver los

conflictos de los niños, sin recurrir a los procedimientos judiciales. Por lo que, un importante contenido del Derecho Penal Juvenil debe ser el principio de intervención mínima, el cual se logra a través de la desjudicialización.

Si el Derecho Penal Juvenil pretende ser un verdadero Derecho Penal, las finalidades de la sanción penal juvenil también debe de entenderse dentro de las teorías de la finalidad de la pena, desarrolladas por la doctrina del Derecho Penal. Aquí resulta claro, que hay por lo menos tres teorías dentro de la concepción relativa de las penas. Que son a saber, las teorías de la prevención general, las teorías de la prevención especial y las teorías unificadoras de la pena o teorías de la unión. Desde un punto de vista legislativo, tanto en el caso costarricense como en el caso chileno, aparte de incluir el principio de la culpabilidad como una garantía, se combinan aspectos de prevención general y de prevención especial. La legislación costarricense resulta sumamente clara, con respecto al tema de los fines de la sanción penal juvenil, ya que establece en forma expresa que estos tienen una finalidad primordialmente educativa. Lo que significa, que lo educativo no es el único fin, ni tampoco desde luego, suficiente para la imposición de una sanción. Por lo que no se excluyen otros fines de prevención general, principalmente representados en el respeto de los bienes jurídicos y la prevalencia del ordenamiento jurídico. Es al juez, en el caso concreto y a través del principio de proporcionalidad, que le compete establecer la sanción juvenil idónea.

Las dificultades teóricas y prácticas para la determinación de las sanciones, no significa la falta de presupuestos claros para su determinación. Efectivamente en ambas legislaciones costarricense y chilena, se establecen criterios amplios y generales, y no únicos para la determinación de las sanciones. Sin embargo, estos criterios combinan aspectos objetivos y subjetivos. Los cuales resultan también, criterios a considerar al momento de la determinación de la culpabilidad, tales como la gravedad del hecho y las condiciones personales del autor. Solo a través de esta combinación de factores, se puede determinar correctamente la sanción, la cual, debe seleccionarse orientada en los fines establecidos por ley a las sanciones penales juveniles. Criterios que deben encontrarse debidamente fundamentos en la sentencia penal, lo cual forma parte de las garantías judiciales que deben respetarse internacionalmente.





## 2. LEALTAD, PATERNALISMO Y DERECHOS: TEORÍA DEL ASESORAMIENTO AL CLIENTE Y ROL DEL ABOGADO DEL NIÑO EN CASOS DE DELINCUENCIA ©\*

Por Kristin Henning\*\*

“[Mi primera tarea es] ayudar a estos niños. Si no están de acuerdo conmigo, no me importa. Yo sé cuál es su mejor interés”.<sup>1</sup> Cita de un abogado defensor del niño en Texas. Octubre de 2000.

“A veces los traicionamos. No tengo claro si he de ser un defensor o actuar en el mejor interés del niño”. Cita de un abogado defensor de niños en el Estado de Maine. Octubre de 2003.<sup>2</sup>

---

© 2005 Kristin Henning. Los individuos y las instituciones sin fines de lucro pueden reproducir y distribuir copias de este artículo en cualquier formato, a su precio o por debajo de éste, con fines educativos, siempre que cada copia identifique el autor, proporcione una cita de la *Notre Dame Law Review*, e incluya la precaución de la nota de derecho de copia.

\* Publicado en *Notre Dame Law Review Vol. 81:1 (2005)*, bajo el título “Loyalty, paternalism, and rights: client counseling theory and the role of child’s counsel in delinquency cases”. Traducido por Carmen Gloria Olivero bajo la supervisión y posterior edición de Gonzalo Berrios.

\*\* Profesora Asociada de Derecho, Georgetown University Law Center; Directora Adjunta, Juvenile Justice Center; J.D., Yale School Law; L.L.M., Georgetown Law Center; A.B. Duke University. Doy las gracias a Wally Mlyniec y Annette Appell, por la cuidadosa lectura, detallados comentarios sobre los primeros borradores y también agradezco a Angela Serranzana y Kathleen Pirozzolo por su valiosa ayuda en la investigación.

1 TEX. APPLESEED FAIR DEF. PROJECT ON INDIGENT DEF. PRACTICES IN TEX. “Juvenile Chapter, Selling Justice Short: Juvenile Indigent Defense in Texas 24 (2000) (más adelante Evaluación de Texas), disponible en <http://www.texasappleseed.net/inprint/pdf/sellshort.pdf>

2 ABA JUVENILE JUSTICE CENTER AND NEW ENGLAND JUVENILE DEFENDER CENTER, Maine: “An Assessment of Access to Counsel and Quality of Representation in Delinquency Proceedings” 28 (2003) (de aquí en adelante Evaluación de Maine). Disponible en [http://www.w.soros.org/initiatives/justice/articles\\_publications/publications/juvenile\\_indigent\\_defense\\_20031001/mereport.pdf](http://www.w.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/publications/juvenile_indigent_defense_20031001/mereport.pdf).

“Tengo un defensor público, que no es lo mismo que tener un abogado. Él trabaja con el juez, no como un abogado de verdad. Si fuera real, entonces no estaría de acuerdo con el juez”. Cita de niño acusado en Washington. Octubre de 2003.<sup>3</sup>

“El propósito de la fase [de disposición] es para que todas las partes ayuden en el desarrollo de un plan de disposición. El abogado del niño en esta etapa debe considerar y recomendar lo que es el mejor interés del niño, incluso si ello es contrario a los deseos del niño”.<sup>4</sup> Cita de juez de Illinois. 1995.

En el caso hito *In re Gault* de 1967<sup>5</sup>, el Tribunal Supremo dictaminó que la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda garantiza a un niño acusado el derecho a asistencia legal en casos de delincuencia.<sup>6</sup> En 1979 y 1980, la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia (OJJDP) y la Asociación de Abogados Americanos (ABA), respectivamente, publicaron los Estándares de Justicia Juvenil (Juvenile Justice Standards) que instruyen a los abogados de niños a proporcionar al niño asesoría entusiasta según lo indique el cliente, en todas las etapas de los procesos por delincuencia.<sup>7</sup> Desde entonces, numerosos académicos y líderes de la comunidad de justicia juvenil han aprobado un modelo tradicional de defensa en los casos de delincuencia, dirigido por el cliente.<sup>8</sup>

Sin embargo, a pesar del peso de las opiniones de los expertos, el rol de la defensa celosa del interés expresado por el cliente está lejos de ser uniforme en el ejercicio de la justicia juvenil.

3 ABA JUVENILE JUSTICE CENTER ET AL., Washington: “An Assessment of Access to Counsel and Quality Representation in Delinquency Proceedings” 32 (2003) (de aquí en adelante Evaluación de Washington). Disponible en [http://www.soros.org/initiatives/justice/articles\\_publications/juvenile\\_indigent\\_defense\\_20031001/wareport.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/juvenile_indigent_defense_20031001/wareport.pdf).

4 *In re W.C.*, 657 N.E.2, 908,918 (Illinois, 1995).

5 387 U.S. 1 (1967).

6 *Id.*, en 41.

7 Estándares Relativos a los Abogados Privados 3.1 (a), 9.4 (a) (IJA-ABA Joint Comm'n on Juvenile Justice Standards 1979). En 1971 se comenzó con el Proyecto de Justicia Juvenil del Instituto de Administración Judicial. Los estándares fueron publicadas por primera vez como un proyecto provisional en 1975 y 1976, y los borradores finales revisados se publicaron en 1980 por el Comité Consultivo Nacional para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, EE.UU. Departamento de Justicia, Estándares para la Administración de Justicia Juvenil (1979).

8 Ver por ejemplo Martin Guggenheim, “*The Right to Be Represented but Not Heard: Reflections on Legal Representation for Children*”, 59 N. Y. U. L. REV. 76 (1984); Ellen Marrus, “Best-Interest Equals Zealous Advocacy: A Not So Radical View of Holistic Representation for Children Accused of Crime”, 62 MD. L. REV. 288 (2003); Wallace J. Mylniec, “*Who Decides: Decision Making in Juvenile Delinquency Proceedings*”, en *ETHICAL PROBLEMS FACING THE CRIMINAL DEFENSE LAWYER* 105, 109 (Rodney J. Uphoff ed., 1995); Lisa A. Stanger, Note, “*Conflicts Between Attorney and Social Workers Representing Children in Delinquency Proceedings*”, 65 FORDHAM L. REV. 1123 (1996).

Como se deduce de la evidencia anecdótica en el comienzo de este artículo, la defensa por el mejor interés del cliente persiste en la práctica de muchos tribunales juveniles en todo el país. En marcado contraste con el modelo del interés expresado del cliente, un abogado que basa la defensa en el mejor interés del niño puede descontar o ignorar por completo los deseos del cliente niño y tomar decisiones que él o ella creen que es más apropiado para el cuidado o la rehabilitación del niño.<sup>9</sup>

La larga adhesión al modelo de defensa basado en el mejor interés del cliente se puede atribuir a un sinnúmero de variables sistémicas o normativas, incluyendo importantes limitaciones en el lenguaje y la sujeción a la decisión del caso *In re Gault*; la insuficiencia del estado en la implementación del derecho juvenil a contar con la asesoría legal de un abogado; la muy enraizada historia del paternalismo en el sistema de justicia juvenil; y las objeciones normativas a ceder autoridad a los niños. A pesar de la ausencia de objeciones normativas con respecto al modelo de defensa enfocado en el cliente, el abogado defensor más entusiasta a menudo encontrará difícil y a veces imposible entablar con niños y adolescentes un modelo tradicional de defensa enfocado en el cliente. Las limitaciones cognitivas en la capacidad de los jóvenes para tomar decisiones junto a la frecuente falta de confianza de los jóvenes en los adultos, sumado a la limitada habilidad para recordar y narrar la información y, a menudo, un sistema de valores pobre y cambiante, pueden frustrar el tradicional paradigma abogado-cliente.

Lamentablemente, las Reglas Modelo de Conducta Profesional han sido sólo marginalmente útiles para proporcionar orientación a los abogados que representan a clientes con capacidad cognitiva disminuida. Incluso el compromiso simbólico de las Reglas con una "normal" o "tradicional" relación abogado-cliente con los niños<sup>10</sup>, por sí mismo no proporciona apoyo con una imagen particularmente clara de cómo debe ser la relación abogado-cliente en un determinado contexto. Dentro de la rúbrica de defensa "tradicional" basada en el interés expresado del cliente, parece haber una amplia gama de paradigmas abogado-cliente éticamente

9 Emily Buss, "'You're My What?' The Problem of Children's Misperceptions of Their Lawyer's Roles", 64 *FORDHAM L. REV.* 1699,1701-02 (1996) (establece que el modelo del mejor interés involucra la sustitución de la opinión del cliente-niño por la opinión del abogado); Elizabeth Laffitte, "*Model Rule 1.14: The Well-Intended Rule Still Leave Some Questions Unanswered*", 17 *GEO J. LEGAL ETHICS* 313,327 (2004) (establece que el modelo del mejor interés puede resultar en "un dilema moral al desear aplicar lo que el abogado siente que es el mejor interés del cliente, aun cuando no sea lo que desea el cliente").

10 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14(a) (2003) ("Cuando la capacidad de un cliente para tomar decisiones, consideradas adecuadas, respecto a la representación por un abogado, es disminuida, ya sea por ser niño, impedimento mental o por alguna otra razón, el abogado debe, en la medida de lo posible, mantener una relación abogado-cliente normal con el cliente").

aceptados. Los paradigmas viables pueden diferir en cuanto a la cantidad de información que el cliente proporcionará a su abogado, y viceversa; en cuán específicos serán los puntos de decisión asignados entre el abogado y el cliente, y cuánta asesoría y/o apoyo no legal y moral puede ofrecer el abogado. Cuando los clientes son niños o adolescentes, los paradigmas también pueden diferir en cómo los padres pueden influenciar en la relación abogado-niño. Dada la amplitud y complejidad de los factores que deben ser considerados en la selección de un marco apropiado para la relación abogado-cliente en un caso de delincuencia, es evidente que ya no podemos examinar la dupla abogado-cliente a través de la lente binaria de la defensa basada en los mejores intereses del cliente, frente a la tradicional defensa basada en los intereses expresados por el cliente.

Este artículo trata de identificar un marco para la relación abogado-cliente niño, que: 1) otorgue un significado sustantivo al derecho constitucional de los niños a contar con la asesoría de un abogado en casos de delincuencia, 2) cumpla los mandatos éticos de las Reglas Modelo de Conducta Profesional, 3) tenga la flexibilidad para dar cabida a las limitaciones cognitivas y que al mismo tiempo realce la capacidad para tomar decisiones de los niños y adolescentes, y 4) que involucre a los padres en diversos aspectos de los casos de delincuencia sin poner en peligro la inviolabilidad de la relación abogado-cliente o sacrificar los derechos fundamentales, la dignidad y la autonomía del cliente niño.

En la Parte I de este artículo, me referiré brevemente a la historia del derecho a un abogado en casos de delincuencia, prestando especial atención a la elaboración de un consenso profesional sobre el papel del abogado en estos procedimientos. También examinaré las barreras normativas, sistémicas y prácticas que impiden el consenso profesional para llegar a las masas de los profesionales en los tribunales juveniles.

En las Partes II y III, me he alejado del análisis binario de los modelos de defensa basados en el mejor interés/el interés expresado del cliente para explorar toda la gama de modelos de relación abogado-cliente que podrían ser apropiados en casos de delincuencia. La Parte II examinará en primer lugar los diversos modelos de defensa por el "mejor interés" y de juicio sustituido que parecen haber evolucionado en respuesta directa a las preocupaciones sobre las opiniones respecto a la limitada capacidad cognitiva y el pobre juicio de valor del niño. Específicamente, en la Parte II se examinarán las formas en las cuales en estos modelos los abogados, padres y tutores, pueden arrogarse el poder sobre la relación abogado-cliente y, finalmente, se llega a la conclusión de que ninguno de los modelos del "mejor interés" o de sustitución de decisiones protege adecuadamente el derecho del niño a ser asesorado por



un abogado o al abogado de cumplir con las obligaciones éticas que le imponen las Reglas Modelo de Conducta Profesional.

En la Parte III se tendrá en cuenta la continuidad de los “tradicionales” modelos de defensa basados en el interés expresado del cliente, en los que parece híper dominar el abogado en un extremo del espectro, y un híper dominio del cliente por el otro. En última instancia estoy menos preocupada por la nomenclatura que identifica los diversos modelos, más bien, intento identificar las características de cada modelo que pueda acomodarse mejor a los competitivos, pero no siempre incompatibles objetivos de la justicia juvenil, de autonomía del cliente, justicia fundamental y rehabilitación de los jóvenes, con las a menudo disminuidas capacidades cognitivas y psicosociales.

Este artículo concluye instando a los expertos, analistas y profesionales a abandonar los estereotipos anticuados y presunciones sobre la capacidad cognitiva de los niños, y apoya un modelo colaborativo de defensa en el que los abogados puedan educar a los niños y los adolescentes acerca de las consecuencias a corto y a largo plazo de todas las potenciales decisiones relacionadas con los casos; conducir con paciencia a los jóvenes a través de los pros y los contras de cada opción, y realzar sus capacidades en continua evolución para tomar decisiones. Este artículo reconoce que a través de la colaboración, el abogado puede mejorar las perspectivas de rehabilitación de los niños mediante la obtención de la aceptación y la cooperación del niño, y comprometiendo a los padres y demás personas interesadas en el proceso de toma de decisiones, con el debido respeto a esos adultos. Con un modelo de colaboración como marco predeterminado, los modelos de defensa basados en el “mejor interés” y el “interés expresado” del cliente deben encontrar un punto de compromiso y lograr una mayor uniformidad para la representación de los niños acusados.

## 1. Visión histórica del rol del defensor de niño en casos de delincuencia

### A. Ambigüedades del Caso Gault y Debate Preliminar sobre el Rol del Abogado

Antes del siglo XIX, el Derecho común no diferenciaba entre adultos y niños acusados de delito.<sup>11</sup> A mediados y a fines del siglo XIX, los reformistas comenzaron a ver a los niños de manera

11 Dean J. Champion, *THE JUVENILE JUSTICE SYSTEM: DELINQUENCY, PROCESSING AND THE LAW* 8-10 (1992) (explica que en Inglaterra y los Estados Unidos, más allá de la edad de siete años, la ley no distingue por edad o género al otorgar castigos, y los delincuentes adultos y niños debían compartir alojamiento en las mismas cárceles); Julian W. Mack, “*The Chancery Procedure in the Juvenile Court*”, en *THE CHILD, THE CLINIC AND THE COURT* 310, 31’ (1925); ver además,

diferente y llegaron a creer que los niños podrían ser apartados de la delincuencia a través de la rehabilitación en lugar de castigarlos en retribución de sus delitos.<sup>12</sup> En 1899, los reformadores de Illinois crearon el primer tribunal de menores independiente arraigado en esta nueva filosofía rehabilitadora, paternalista.<sup>13</sup> En 1914, los tribunales de menores se habían extendido por todo el país.<sup>14</sup> Antes de la sentencia del Tribunal Supremo en *In re Gault*, los reformistas consideraron innecesaria la asistencia de un abogado para niños y adolescentes, ya que los tribunales juveniles no fueron diseñados para castigar delincuentes.<sup>15</sup> Sin embargo, a pesar de las supuestamente buenas intenciones de los jueces y otros funcionarios del tribunal juvenil, se puso de manifiesto, a comienzos de la década de 1960, que las regularidades procesales e incluso la justicia fundamental estaban siendo sacrificadas en favor de algún tipo de compromiso simbólico con la rehabilitación. *In re Gault* y sus consecuencias, buscaron la importación de la equidad en los procesos de niños mediante la identificación de una serie de derechos fundamentales que les deben ser garantizados en casos de delincuencia.<sup>16</sup> El derecho a un abogado fue uno de los más importantes derechos conferidos en esta época de la historia procesal del tribunal juvenil.

Aunque el caso *Gault* claramente marcó una diferencia al garantizar a los niños el derecho a ser asesorados por un abogado en casos de delincuencia, las ambigüedades en el lenguaje del caso llevaron a confusiones acerca de los roles, responsabilidades y las lealtades que el abogado de niños debía asumir. En la década posterior al caso *Gault*, hubo una serie de comentarios de expertos sobre el papel de los abogados en las distintas etapas de los casos

---

Richard J. Bonnie & Thomas Grisso, "Adjudicative Competence and Youthful Offenders" (demuestra que a pesar de que no había reglas de categorización que separaran a los niños de los adultos, respecto a la culpabilidad, algunas veces los jueces no consideraban la infancia en los procesos y otras veces, los niños jóvenes eran mantenidos en cárceles separadas), en *YOUTH ON TRIAL: A DEVELOPMENTAL PERSPECTIVE ON JUVENILE JUSTICE* 73, 80 (Thomas Grisso & Robert G. Schwartz eds., 2000).

12 Richard Kay & Daniel Segal, "The Role of the Attorney in Juvenile Court Proceedings: A Non-Polar Approach", 61, *GEO. L. J.* 1401.1402 (1973).

13 David Tanenhaus, "The Evaluation of Juvenile Courts in the Early Twentieth Century: Beyond the Myth of Immaculate Construction", en *A CENTURY OF JUVENILE JUSTICE*, 42-43. (Margaret K. Roseheim et al. eds., 2002).

14 Herbert H. Lou, *JUVENILE COURTS IN THE UNITED STATES* 24 (1927).

15 Ver Bonnie & Grisso, supra nota 11, en 82-83; Kay & Segal supra nota 12, en 1403.

16 *Breed v. Jones*, 421. U.S. 519-541 (1975) (establece que la cláusula de "doble enjuiciamiento", prohíbe la acusación de un niño en tribunal penal de adultos, en donde los niños ya habían sido juzgados en el tribunal juvenil); *In re Winship*, 397 U.S. 358, 368 (1970) (establece que la Constitución requiere que el inculpado debe ser probado culpable, más allá de la duda razonable en los procesos por delincuencia); *In re Gault*, 387 U.S. 1, 33-36 (1967) (establece que la Constitución garantiza notificación adecuada de los cargos, derecho a abogado, privilegio contra la auto-incriminación, y derechos de confrontar y contrainterrogar).

de delincuencia.<sup>17</sup> La confusión pareció surgir en tres áreas principales. En primer lugar, los comentaristas preguntaron si el papel del abogado en la fase de adjudicación (juicio) del caso de delincuencia debía reflejar el papel de supuesto adversario que le correspondería al abogado en los casos penales de adultos, en lugar de ajustarse a la filosofía paternalista del tribunal de menores, del mejor interés del niño.<sup>18</sup> Gran parte de la confusión inicial surgió del deseo del Tribunal de asegurar las necesarias garantías procesales sin que ello implicara despojar al sistema de justicia juvenil de sus elementos más benignos.<sup>19</sup> El Tribunal declaró específicamente que la "domesticación constitucional" no estaba destinada a deshacer el enfoque de rehabilitación del tribunal juvenil.<sup>20</sup> Si bien el Tribunal, por una parte, no vio ninguna diferencia de fondo y significativa entre los procesos penales de adultos y las audiencias de adjudicación de jóvenes<sup>21</sup>; en una nota al pie de página, el Tribunal llegó a declarar que "el reconocimiento del derecho a un abogado implica no interferir, si no es necesario, con los objetivos especiales de los procedimientos del tribunal juvenil; de hecho, parece que el abogado puede desempeñar un papel importante en el proceso de rehabilitación".<sup>22</sup> Mientras que algunos comentaristas argumentaron que la obligación del abogado con su cliente debe ser la misma en materias de adultos y niños,<sup>23</sup> otros sostuvieron que el modelo de defensa basado en el mejor interés del cliente se justifica por la diferencia inherente entre los objetivos de rehabilitación de los tribunales juveniles y el enfoque de disuasión retributiva de los tribunales penales.<sup>24</sup> Otros partidarios

17 Elyce Z. Ferster et al., "The Juvenile Justice System: In Search of the Role of Counsel", 39 FORDHAM L. REV. 375 (1971); Kay & Segal, *supra* nota 12; Monrad G. Paulsen, "Juvenile Courts and the Legacy of '67", 43 IND. L. L. 527 (1968); Anthony Platt et al., "In Defense of Youth: A Case Study of the Public Defender in Juvenile Court", 43 IND. L. J. 619 (1968); Daniel L. Skoler, "The Right to Counsel and the Role of Counsel in Juvenile Court Proceedings", 43 IND. L. J. 558 (1968).

18 Ferster et al., *supra* nota 17, en 384-385; Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1401.

19 *Gault*, 387 U.S. en 21 (discute la creencia del tribunal de que "mantener los estándares del debido proceso" no requiere que el estado abandone los "beneficios sustantivos" de los procesos juveniles separados de los procesos de adultos); ver también Kay & Segal, *supra* nota 12 en 1409 (sosteniendo que la ambigüedad del caso *Gault* fue aún más confundida por la decisión posterior de la Corte Suprema en el caso *McKeiver v. Pennsylvania*, 403 U.S. 528, 548-49 (1971) que reafirmó el derecho del estado a tratar a los jóvenes de manera distinta que a los adultos).

20 *Gault*, 387 U.S. en 22.

21 *Id.* en 35-36 (rechaza la idea de que el oficial de libertad condicional o el juez puedan proteger adecuadamente los intereses del niño y nota que "un proceso en el que el problema es si el niño va a ser encontrado 'delincuente' y sometido a la pérdida de su libertad por años, es de seriedad comparable a una acusación de delito grave").

22 *Id.* en 38 n. 64.

23 Ferster et al., *supra* nota 17, en 384-85; Kay & Segal, *supra* nota 12, at 1404.

24 Jacob L. Issacs, "Role of the Lawyer in Representing Minors in the New Family Court", 12, BUFF. L. REV. 501-507 (1962); Kay & Segal, *supra* nota 122, at 1403; Anthony Platt & Ruth Friedman, "Limits of Advocacy: Occupational Hazards in Juvenile Court", 116 U. PA. L. REV. 1156, 1179 (1968); ver también Janet Gilbert et al., "Applying Therapeutic Principles to a Family-Focused Juvenile Justice Model (Delinquency)", 52, ALA. L. REV. 1153, 1161 (2001); Katherine R. Kruse, "Justice, Ethics, and Interdisciplinary Teaching and Practice: Lawyers Should Be Lawyers, but What Does That Mean?: A Response to Aiken & Wizner and Smith", 14 WASH. U. J. L. & POL'Y 49, 80 (2004) (proporciona un debate histórico).

de la defensa paternalista cuestionaron aún si el niño era capaz de determinar sus propios intereses y conducir la defensa.<sup>25</sup>

En un segundo ámbito de confusión, los primeros comentaristas cuestionaron si el papel del abogado en la fase de disposición (sentencia) de un caso de delincuencia debía diferir del rol del abogado en la fase de adjudicación. En el caso *Gault*, el Tribunal limitó explícitamente su participación a las audiencias de adjudicación y optó por no pronunciarse sobre si debían o no observarse los requisitos del debido proceso en las audiencias para determinar la sentencia del niño delincuente.<sup>26</sup> En otra nota al pie de página, el Tribunal afirmó que “los problemas de tratamiento previos a la adjudicación de los jóvenes, y de la disposición posterior a la adjudicación, son únicos para los procesos juveniles; por lo tanto, lo que sostenemos con esta opinión respecto a los requisitos procesales en la etapa de adjudicación no tiene aplicabilidad necesaria en otras etapas del proceso juvenil”.<sup>27</sup> Aunque el Tribunal reconoce explícitamente que un niño necesita la asesoría de un abogado en “cada etapa del proceso de delincuencia en su contra”,<sup>28</sup> las palabras de la nota al pie de página y la decisión de no extenderla de la fase de adjudicación dejó abierta la posibilidad de que un niño pueda que ni siquiera tenga derecho a un abogado en la fase de disposición.<sup>29</sup> Incluso si no está constitucionalmente garantizado,<sup>30</sup> la gran mayoría de los cincuenta estados, hoy en día garantiza al niño acusado el derecho legal a un abogado en la etapa de disposición.<sup>31</sup>

---

25 Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1402.1411.

26 387 U.S., en 13, 27.

27 *Id.* en 31 n.48.

28 *Id.* en 36.

29 Irónicamente, el Tribunal pasó entonces a examinar la Ley del Tribunal de Familia de Nueva York como un modelo de la tendencia a nombrar a un abogado. El fragmento seleccionado de la Ley de Nueva York afirma explícitamente que “el abogado es a menudo indispensable para la realización práctica del debido proceso de ley y pueden ser útiles en la toma razonada de decisiones de hecho y en órdenes de disposición adecuadas”. *Id.* en 40.

30 Posterior al caso *Gault*, los fallos en el contexto penal del adulto pueden proporcionar un mayor apoyo para un argumento constitucional para el derecho del niño a un abogado en la fase de disposición de un caso juvenil. En concreto, el Tribunal Supremo en *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972) y una serie de casos que siguieron, sostuvo que el derecho a un abogado no puede regirse por la clasificación del delito o de si se requiere un juicio con jurado, y que ninguna persona puede ser privada de su libertad sin la asesoría de un abogado, a menos y hasta que dicho derecho ha sido, consciente e inteligentemente renunciado. El debate en el contexto juvenil es probable que se enfoque en si la colocación en un centro de rehabilitación es lo suficientemente similar a la “prisión” como para constituir una pérdida de libertad, garantizando la protección del debido proceso.

31 Véase por ejemplo, ALA. CODE 12-15 -63(a) (LexisNexis 1995( “todas las etapas”); ALASKA STAT. 47.12.040 (2004) (“todas las etapas”); ARIZ. REC. STAT. ANN 8.221 (Supp.2004) (“en todos los procesos que involucran crímenes”); ARK. CODE ANN 9.27-316 (Supp.2003) (“todas las etapas”); CONN .GEN. STAT. ANN 46b.135 (West 2005) (“al inicio de cual-

Los estatutos, sin embargo, no se ocupan de si el papel de los abogados pueden diferir en las distintas fases de los procesos por delincuencia.

Mientras que algunos de los primeros comentaristas alegaron que la posición contenciosa era necesaria en cada fase del caso para proteger los derechos constitucionales del niño,<sup>32</sup> otros apoyaron un rol adversarial sólo en la fase de adjudicación e hicieron suyo el modelo de defensa basado en el mejor interés del cliente en otras fases de más rehabilitación como la fase de disposición.<sup>33</sup> En un análisis con aún más matices, algunos analistas sostuvieron que la función del abogado debe variar de acuerdo a la adecuación de los servicios y el tratamiento ofrecido por el tribunal juvenil.<sup>34</sup> Es decir, en aquellos casos o jurisdicciones en las que los servicios de rehabilitación son claramente insuficientes e incluso perjudiciales para el niño, el abogado debe asumir el papel de adversario suspicaz en la lucha contra la colocación del niño en las instalaciones respectivas. En las jurisdicciones donde los servicios son adecuados y

---

quier proceso concerniente a la delincuencia alegada de un niño"); D. CODE ANN.16-304 (LexisNexis 2005) ("en todas las etapas críticas, incluso durante la admisión y negación en los alegatos... y todas las etapas posteriores"); FLA. STAT.ANN.985-203(1) (West Sup.2005) ("todas las etapas"); GA. CODE ANN 15-11-16 2005 ("todas las etapas"); 705 ILL. COMP. STAT. ANN 405/1-5- (West Sup. 2005) ("todas las etapas"); IOWA CODE ANN. 232.11 (West 2000) ("derecho a abogado garantizado al momento de la custodia, durante la detención, en la audiencia de renuncia, en la audiencia de adjudicación, en la audiencia de disposición, y en las audiencias para revisar y modificar la orden de disposición"); KAN. STAT.ANN.35-1606 (2000) ("en todas las etapas"); LA. CHILD: CODE ANN. art 809 (2004) ("en todas las etapas"); MEX. REV. STAT. ANN. tit.15, 3306 (2003) ("en todas las etapas"); MD. CODE ANN., CTS & JUD. PROC. 3-8A-20 (LexisNexis 2004) ("todas las etapas"); MASS. ANN. LAWS ch.119-29 (LexisNexis 2004) ("en todas las audiencias"); MICH. COMP. LAWS ANN. 712a.17c (West 2004) ("en todas las etapas del proceso"); MISS. CODE ANN 43-21-201 (West 2004) ("en todas las etapas"); MO. ANN. STAT. 211.211 (West 2004) ("todos los procesos"); MONT. CODE ANN. 41-5-1413 (2003) ("todas las etapas"); NEB. REV. STAT. 43-272 (2003) ("todos los procesos"); NEV. REV. STAT. ANN. 62D.030 (LexisNexis 2004) ("todas las etapas"); NJ.STAT.ANN.24:4A-39 (West 1987) ("en todas las etapas críticas del proceso, en el cual la opinión del tribunal puede resultar en un compromiso institucional del niño"); NM. STAT. ANN 32A-2-14 (LexisNexis SUPP.2005) ("todas las etapas"); NC. GEN. STAT. 7B-2000 (2003) ("todos los procesos"); OHIO REV. CODE. ANN 2151.352 (LexisNexis Sup.2004) ("todas las etapas"); 42 PA. CONS. STAT. ANN. 6337 (West SUPP.2005) ("todas las etapas"); TENN. CODE ANN. 37-126 (2001) ("todas las etapas"); TEX. FAM. CODE. ANN. 51.10 (Vernon 2004) ("todas las etapas"); UTAH CODE ANN. 78.3a-913 (SUPP.2005) ("todas las etapas"); WASH. REV. CODE ANN. 13.40.140 (West 2004) ("todas las etapas críticas"); W. AV. CODE ANN. 49.5-9 (LexisNexis 2003) ("todas las etapas"); WIS.STAT.Ann.938.23 (West Supp. 2003) ("todas las etapas"); WYO. STAT. ANN. 14-6-222 (2004) ("todas las etapas"); A.A. v. State, 538 P.2d 1004, 1005 (Alaska 1975) ("todas las etapas"); State ex rel. D.D.H. v. Dostert, 269 S.E: 2d 401, 412 (W.Va.1980) ("etapa de disposición"). Sólo en unos pocos estatutos del derecho a un abogado, se hizo algún esfuerzo para aclarar el rol que debía asumir el abogado en la etapa de disposición o cualquier otra etapa de un caso de delincuencia. Véase infra Parte I.C.2 para el debate adicional de la interpretación estatutaria o consuetudinaria del derecho a un abogado en casos de delincuencia.

32 Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1418 (citando a Jacob L. Isaacs en "The Lawyer in the Juvenile Court", 10 CRIM. L.Q. 222-235 (1968).

33 Ferster et al., *supra* nota 17, en 384-85; Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1402.

34 Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1414-15, 1420.

apropiados, el abogado del niño debe actuar como un miembro del equipo del tribunal juvenil.

En un tercer ámbito de confusión, los comentaristas cuestionaron el papel que deben desempeñar los padres en la dirección al abogado del niño.<sup>35</sup> Esta preocupación adicional surgió de las deliberaciones del Tribunal en *Gault* acerca del “derecho de los padres a la custodia” de su hijo y la sugerencia de que los padres pueden tener interés en el debido proceso en los procesos por delincuencia, precisamente porque ese derecho está en peligro.<sup>36</sup> Aparentemente para proteger los derechos de los padres, el Tribunal concluyó que las nociones fundamentales de justicia y el debido proceso garantizan al niño y a sus padres el derecho a la notificación de los cargos específicos y alegatos, la notificación del derecho del niño a estar representado por un abogado, y la notificación de que se nombrará un abogado para el niño si éste o sus padres no pueden pagar uno.<sup>37</sup> Desde el caso *Gault*, algunos estados han incluso reconocido a los padres como una de las partes formales en el proceso de delincuencia y han otorgado a los padres el derecho legal independiente al asesoramiento de un abogado.<sup>38</sup> Curiosamente, en una de sus primeras llamadas a comparecer ante la acción del tribunal de primera instancia, los padres de *Gault* afirmaron que era un error del tribunal juvenil quitarles la custodia de su hijo sin primero encontrar que eran incompetentes.<sup>39</sup> Los padres no volvieron a plantear este tema en la apelación ante el Tribunal Supremo y el Tribunal expresamente declinó enfrentarlo al igual que otros asuntos que no estaban ventilándose directamente ante él.<sup>40</sup> De ese modo, el Tribunal no se hizo cargo de esto en el caso *Gault* y desde entonces nunca ha sostenido que los padres deben ser declarados no aptos antes de que un niño pueda ser removido de su hogar, en un proceso de delincuencia. Sin embargo, el lenguaje del caso *Gault* llevó a algunos primeros comentaristas a darle razón al hecho de que incluso cuando al niño se le asigna un abogado de oficio, los padres mantienen importante autoridad sobre el caso y la dirección del

---

35 Id. en 1420-23; véase también Ferster et al., *supra* nota 17, en 382 (debate sobre posibles conflictos entre padres y niño).

36 *In re Gault*, 387 U.S. 1, 34 (1967).

37 Id., en 41.

38 Véase, por ejemplo ARIZ. REV. STAT. ANN. 8-227 (Supp. 2004); GA. CODE ANN 15-11-6 (2005) (“Una de las partes está habilitada para ser representada legalmente por un abogado en todas las etapas de un proceso que alega delincuencia... Si los intereses de dos o más partes entran en conflicto, se debe otorgar asesoría legal a cada una de las partes en forma separada”); IDAHO CODE ANN 20-514 (2004); MASS. ANN LAWS CH.119, 29 (LexisNexis 2004); MO. ANN. STAT.211-211(West 2004); NEV. REV. STAT.62D-100 (LexisNexis Supp 2004); OKLA. STAT. ANN. tit.10, 24 (West 2004); SC. CODE ANN.20-7-110 (Supp.2004). *Sánchez v. Walker County Family Department and Social Services*, 299 S.E.2d 66, 69-70 (Ga.1976) (reconoce que los padres son parte en procesos que involucran a sus hijos bajo la ley de Georgia, ahora codificada como GA. CODE ANN. 15-11-6).

39 *Gault*, 387 U.S. en 10.

40 Id. en 10-11.

abogado del niño.<sup>41</sup>

En su libro *“Before the Best Interest of the Child”*, Joseph Goldstein, Anna Freud y Albert Solnit leyeron las palabras de Gault en su declaración “derecho a la custodia” como una señal de aprobación del derecho de los padres a tomar una decisión sobre lo que sus hijos necesitan.<sup>42</sup> En sus propias palabras:

“No hay ninguna indicación en *Gault*, y sería contrario a su tenor, que un abogado pueda representar independientemente al niño sobre la objeción de los padres y antes de su descalificación como los representantes exclusivos de sus intereses. Proteger la familia, proteger al niño del estado -no de sus padres- es fundamental para la contención en el caso *Gault*...”<sup>43</sup>

Otros comentaristas tempranos reconocieron el potencial de conflictos entre el niño y los padres y no fueron tan rápidos para interpretar el derecho a la defensa como un derecho de los padres sobre el niño.<sup>44</sup> Estos comentaristas reconocieron que los conflictos son particularmente comunes en los casos en que un padre es la parte que entabla el procedimiento contra el niño, o cuando en el curso de la defensa de un niño el abogado defensor tendrá que utilizar la información que podría llevar a cargos penales o civiles en contra de los padres por descuidar al niño o contribuir a la delincuencia del niño.<sup>45</sup>

En última instancia, la confusión generada por la conflictiva agenda del Tribunal en el caso *Gault* dejó a los jueces juveniles, a los defensores de niños y a los juristas insertos en el debate sobre el rol del abogado defensor. El tira y afloja entre el paternalismo discrecional y el modelo adversarial del debido proceso de la era *pre-Gault*, ciertamente no fue mejorado, sino agravado por el lenguaje utilizado en *Gault*.<sup>46</sup>

#### B. Consenso entre Expertos Jurídicos y Líderes Profesionales

No obstante el debate inicial, a principios de la década de 1980 pareció evolucionar un consenso entre los comentaristas académicos y los líderes profesionales en la comunidad jurídica

41 Ver a Joseph Goldstein et al., *BEFORE THE BEST-INTEREST OF THE CHILD*, 129-129 (1979). Además, véase el debate *infra* Parte II. B.

42 Goldstein et al., *supra* nota 41, en 128.

43 *Id.* en 129.

44 Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1420-23.

45 *Id.*

46 *Id.* en 1409.

juvenil en relación con el papel adecuado de los abogados en casos de delincuencia. El liderazgo profesional, representado por la OJJDP, la ABA y el Instituto de Administración Judicial (IJA, por sus siglas en inglés) emitió una serie de estándares para regir la administración de justicia para los niños acusados de crímenes.<sup>47</sup> Estos estándares aprobaron de manera uniforme un modelo adversarial de representación para los niños basada en el interés expresado del cliente en todas las fases de los casos de delincuencia.

Estos estándares emitidos por la Comisión Mixta IJA-ABA (Estándares IJA-ABA) plantean la función del abogado de niños como sigue:

Por mucho que esté comprometido, el deber principal del abogado es la representación de los intereses legítimos del cliente.<sup>48</sup>

En general, la determinación del interés del cliente en el proceso y, por lo tanto, la declaración de culpabilidad, es en última instancia responsabilidad del cliente después de consultarlo a fondo con su abogado.<sup>49</sup>

Normalmente, el abogado no debe hacer o acordar una específica recomendación disposicional sin el consentimiento del cliente...<sup>50</sup> El deber del abogado es insistir en que se debe seguir el procedimiento adecuado en toda la etapa de disposición y las órdenes declaradas deben basarse en pruebas confiables y suficientes.<sup>51</sup>

A mediados de la década de 1980, una opinión similar fue aprobada de manera uniforme en la academia jurídica. El artículo del profesor Martin Guggenheim de 1984 sobre la representación legal de los niños constituye un importante punto de referencia en el análisis sobre este tema.<sup>52</sup> Guggenheim identifica el derecho del cliente para controlar a su abogado como el principal medio por el cual el cliente puede ejercer o renunciar a los derechos sustantivos que se le han establecido.<sup>53</sup>

---

47 Estándares Relativos a los Abogados Privados 3.1 (a) (Comisión Conjunta IJA-ABA sobre Estándares Juveniles).

48 Id.

49 Id. 3.1 (b) (i).

50 Id. 9.3 (a).

51 Id. 9.4 (a).

52 Guggenheim, *supra* nota 8, en 86. El artículo de Guggenheim debe considerarse un trabajo pionero ya que es ampliamente citado, no sólo por otros estudiosos, sino también por comités de ética local y estatal, tribunales de apelación y profesionales que escriben manuales de trabajo.

53 Id. en 80-81.



Sostiene, además, que el papel del abogado debe variar en función de la edad del niño y la naturaleza de los derechos que están en juego en el procedimiento.<sup>54</sup> Así, en los casos de delincuencia, donde los niños tienden a ser mayores y los derechos fundamentales como los conferidos en *Gault* son sustanciales, Guggenheim sostiene que el modelo de defensa centrado en el cliente es esencial.<sup>55</sup>

Hoy en día, aun cuando persista el desacuerdo entre los expertos acerca del papel del abogado en los procesos de abuso, negligencia y otros procesos relacionados con niños,<sup>56</sup> el peso de la opinión académica, hoy por hoy, apoya firmemente el tradicional modelo adversarial de defensa centrado en el interés expresado del cliente.<sup>57</sup> En 1996, un grupo de defensores de niños y académicos convocó a un simposio en la Escuela de Derecho de Fordham para discutir diversos aspectos de la representación legal de los niños.<sup>58</sup> En este simposio los defensores y estudiosos desarrollaron una serie de recomendaciones y rechazaron expresamente el modelo de representación de niños basado en el mejor interés del “tutor ad litem” en todos los casos en que tal modelo no estaba legalmente ordenado por la jurisdicción competente.<sup>59</sup> Gran parte de los comentarios más recientes se fundamentan no sólo en el análisis basado en los derechos de Guggenheim, sino también en las Reglas Modelo de Conducta Profesional

54 Id. en 86-88, 92-93.

55 Id. 86-88.

56 Para ejemplos representativos, véase Jean Koh Peters REPRESENTING CHILDREN IN CHILD PROTECTIVE PROCEEDINGS: ETHICAL AND PRACTICAL DIMENSIONS 3-2(b) (1) en 51 (1997); Emily Buss, “Confronting Developmental Barriers to the Empowerment of Child Clients”, 84 CORNELL L. REV. 895,900-01 (1999); Donald N. Duquette, “Legal Representation for Children in Protection Proceedings: Two Distinct Lawyer Roles Are Required”, 34 FAM. L. W. 441 (2000); David R. Katner, “Coming to Praise, Not To Bury, the New ABA Standards of Practice for Lawyer Who Represent Children in Abuse and Neglect Cases”, 14 GEO. J. LEGAL ETHICS 103 (2000); Jean Koh Peters, “The Roles and Content of Best-Interest in Client-Directed Lawyering for Children in Child Protective Proceedings”, 64 FORDHAM L. REV. 1505, 1507 (1996). Véase además, *Del. Comm. on Prof'l Ethics, Informal Op. 2001-1* (2001) (apoyando el modelo de defensa en el mejor interés del niño en casos de protección, sin importar la crítica de Peters y otros).

57 Para ejemplos representativos, véase Janet Ainsworth, “Re-imagining Childhood and Reconstructing the Legal Order: The Case for Abolishing the Juvenile Court”, 69 N.C. L. REV.1083, 1129-30 (1991); Marrus, *supra* nota 8, en 334; Mlyniec, *supra* nota 8 en 109; Melinda G. Schmidt et al., “I Know the Child Is My Client, but Who Am I?”, 64 FORDHAM L. REV.1917, 1942 (1996); Stanger, *supra* nota 8, at 1125 (manifiesta la aceptación superficial del modelo de defensa basado en el defensor celoso).

58 Bruce A. Green & Bernardine Dohrn, “Foreword: Children and the Ethical Practice of Law”, 64 FORDHAM L. REV. 1281 1283.

59 Id. at 1294; “Recommendations of the Conference on Ethical Issues in the Legal Representation of Children”, 64, FORDHAM L. REV. 1301, 1302 (1996).

que exhortan a los abogados a mantener una relación "normal" con sus clientes en la medida de lo razonablemente posible, aun cuando la capacidad de tomar decisiones del cliente sea disminuida.<sup>60</sup>

Sin embargo, a pesar de cualquier evidencia de un consenso académico, es claro que el modelo de defensa celosa centrado en el interés expresado del cliente, en la práctica, está lejos de ser uniforme en todo el país.<sup>61</sup> La ABA, en colaboración con otros organismos de justicia juvenil sin fines de lucro, ha realizado una serie de evaluaciones estatales sobre la representación de jóvenes indigentes en casos de delincuencia.<sup>62</sup> En cada estado, expertos consultores

60 Reglas Modelo de Conducta Profesional. Regla 1.14 (2003); véase por ejemplo Samuel M. Davis, "The Role of the Attorney in Child Advocacy" 32 U. LOUISVILLE J. FAM. L. 817 (1994); James D. Gallagher & Cara M. Kearney, "Representing a Client with Diminished Capacity: Where the Law Stands and Where It Needs to Go", 16 GEO. J. LEGAL ETHICS 597 (2003); Laffitte supra nota 9.

61 Katherine Hunt Federle, "The Ethics of Empowerment: Rethinking the Role of Lawyers in Interviewing and Counseling the Child Client", 64 FORDHAM L. REV. 1655-79 (1996) ("Los abogados han seguido identificándose con un papel no adversarial, debido a la hostilidad de los jueces de los tribunales juveniles y una creencia general en la conveniencia de servir a los mejores intereses del cliente"); ver también infra notas 66-69.

62 Para discutir la metodología de la evaluación, ver a Susanne M. Bookser, Nota "Making Gault Meaningful: Access to Counsel and Quality of Representation in Delinquency Proceedings from Indigent Youth", 3 WHITTIER J. CHILD & FAM. ADVOC. 297 (2004). A estas alturas se han publicado las evaluaciones de 12 estados: ABA JUVENILE JUSTICE CENTER & S. CENTER FOR HUMAN RIGHTS, GEORGIA: AN ASSESSMENT OF ACCESS TO COUNSEL AND QUALITY OF REPRESENTATION IN DELINQUENCY PROCEEDINGS (2001) (de aquí en adelante, Evaluación de Georgia) disponible en <http://www.njdc.info/pdf/georgia.pdf>; ABA JUVENILE JUSTICE CENTER NATIONAL JUV. DEFENDER CTR. ET AL., KENTUCKY: ADVANCING JUSTICE: AN ASSESSMENT OF ACCESS TO COUNSEL AND QUALITY OF REPRESENTATION IN DELINQUENCY PROCEEDINGS (2002) (de aquí en adelante, Evaluación de Kentucky), disponible en [http://www.njdc.info/pdf/kentucky\\_assessment.pdf](http://www.njdc.info/pdf/kentucky_assessment.pdf); ABA. CT., THE CHILDREN LEFT BEHIND: AND ASSESSMENT OF ACCESS TO COUNSEL AN QUALITY OF REPRESENTATION IN DELINQUENCY PROCEEDINGS IN LOUISIANA (2001) (de aquí en adelante, Evaluación de Louisiana), disponible en <http://www.njdc.info/pdf/LAreport.pdf>; MAINE ASSESSMENT, supra nota 2; ABA JUVENILE JUSTICE CTR. & MID-ATL. JUVENILE DEFENDER CTR., MARYLAND: AN ASSESSMENT OF ACCESS TO COUNSEL AND QUALITY OF REPRESENTATION IN DELINQUENCY PROCEEDINGS, (de aquí en adelante, Evaluación de Maryland), disponible en:

[http://www.soros.org/initiative/justice/article\\_publications/publications/juvenile\\_indigent\\_defense\\_2003-1001/mdreport.pdf](http://www.soros.org/initiative/justice/article_publications/publications/juvenile_indigent_defense_2003-1001/mdreport.pdf); ABA JUVENILE JUSTICE CTR., MONTANA: AN ASSESSMENT OF ACCESS TO COUNSEL AND QUALITY OF REPRESENTATION IN DELINQUENCY PROCEEDINGS (2003) (de aquí en adelante, Evaluación de Montana), disponible en: [http://www.soros.org/initiatives/justice/articles\\_publications/publications/juvenile\\_indigent\\_defense\\_20031001/mtrreport.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/publications/juvenile_indigent_defense_20031001/mtrreport.pdf); ABA JUSTICE CTR. & S. JUVENILE DEFENSE CTR. NORTH CAROLINA: AN ASSESSMENT OF ACCESS TO COUNSEL AND QUALITY OF REPRESENTATION IN DELINQUENCY PROCEEDINGS (Lynn Grindall ed., 2003) (de aquí en adelante, Evaluación de Carolina del Norte), disponible en:

[http://www.soros.org/initiatives/justice/articles\\_publications/publications/juvenile\\_indigene\\_defense\\_20031001/ncreport.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/publications/juvenile_indigene_defense_20031001/ncreport.pdf); ABA JUVENILE JUSTICE CTR. & JUVENILE DEFENDER CTR., JUSTICE CUT SHORT: AN ASSESSMENT OF ACCESS TO COUNSEL AND QUALITY OF REPRESENTATION IN DELINQUENCY PROCEEDINGS IN OHIO (Kim Brooks & Darlene

han evaluado la calidad y el acceso a la representación mediante la observación de los procesos del tribunal, recopilando datos estadísticos y entrevistando a jóvenes, padres, jueces, oficiales de libertad condicional y otras partes locales interesadas en la justicia juvenil.<sup>63</sup> Los informes de estas evaluaciones proporcionan considerable evidencia de una persistente cultura de paternalismo en la representación legal de los niños en el sistema de justicia juvenil.<sup>64</sup> Algunas evaluaciones indican que los defensores experimentan grandes conflictos internos acerca de qué papel deben desempeñar en el sistema.<sup>65</sup> Otras evaluaciones demuestran que los defensores confrontados con actitudes negativas de los jueces, fiscales y otros funcionarios del tribunal juvenil, se ven obligados a ajustarse al modelo del mejor interés a fin de

---

Kamine eds. 2003) (de aquí en adelante, Evaluación de Ohio), disponible en [http://www.njcd.info/pdf/Ohio\\_Assessment.pdf](http://www.njcd.info/pdf/Ohio_Assessment.pdf); ABA JUVENILE JUSTICE CTR. & S.MID-ATL. JUVENILE DEFENDER CTR. PENNSYLVANIA: AND ASSESSMENT OF ACCESS TO COUNSEL AND QUALITY OF REPRESENTATION IN DELINQUENCY PROCEEDINGS (2003) (de aquí en adelante, Evaluación de Pennsylvania), disponible en [http://www.soros.org/initiatives/justice/article\\_publications/publications/juvenile\\_indigent\\_defense\\_20031001/pareport.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/article_publications/publications/juvenile_indigent_defense_20031001/pareport.pdf); TEXAS ASSESSMENT, *supra* nota 1; ABA JUVENILE JUSTICE CTR. & MID-ATL. JUVENILE DEFENDER CTR., VIRGINIA: AN ASSESSMENT OF ACCESS TO COUNSEL AND QUALITY OF REPRESENTATION IN DELINQUENCY PROCEEDINGS (2002) (de aquí en adelante, Evaluación del Estado de Virginia), disponible en <http://njcd.info/pdf/Virginia%20Assessment.pdf>; WASHINGTON ASSESSMENT, *supra* nota 3.

63 Bookser, *supra* nota 62, en 299.

64 Ver por ejemplo, Evaluación de Georgia, *supra* nota 62, en 30 ("La filosofía que prevalece entre muchas personas que fueron entrevistadas es que los procesos de delincuencia deben ser informados según el mejor interés del niño"); Evaluación de Kentucky, *supra* nota 62, en 32 (se encontró "una preocupación primordial por parte de todos los entrevistados en que su objetivo era servir al mejor interés del niño involucrado en el sistema legal y que los abogados defensores deben ser parte del equipo"); Evaluación de Maine, *supra* nota 2, en 28 (notando confusión entre los defensores juveniles y otros oficiales del tribunal juvenil con respecto a si el defensor debe mantener una defensa celosa o si deben actuar en "el mejor interés del cliente"); Evaluación de Maryland, *supra* nota 62, en 32 (se toma nota de que muchos defensores públicos parecían no entender el rol crítico del abogado defensor en proporcionar una defensa celosa a través de un modelo de representación basado en el interés expresado del cliente"); Evaluación de Montana, *supra* nota 62, en 40 ("las entrevistas con jóvenes a través del estado, notaron que los defensores trabajaban a menudo por el mejor interés del niño y no defendiendo al joven"); Evaluación de Carolina del Norte, *supra* nota 62, en 39 (se ha notado que los defensores fueron "observados usando el enfoque del "mejor interés", abogando por la detención de sus clientes, creyendo que sería mejor para aquellos niños"); Evaluación de Ohio, *supra* nota 62, en 26 ("Poco más del 40% de los abogados que respondieron a la encuesta consideraban su papel como representante del mejor interés del joven, más que como defensor del joven"); Evaluación de Texas, *supra* nota 1, en 21 (Se ha notado que algunas partes interesadas en el sistema de justicia juvenil creen que "la principal función del abogado es argumentar lo que es en el mejor interés del niño, sin importar qué es lo que el niño desea"); Evaluación de Virginia, *supra* nota 52, en 31 ("Muchos profesionales en el tribunal juvenil encargados de trabajar por el "mejor interés del niño" creen que el rol del abogado defensor es similar al de ellos"); Evaluación de Washington, *supra* nota 3, en 24 ("Tampoco es raro que los defensores se encuentren representando un cliente niño que no cuenta con el cuidado de ningún adulto. Es fácil caer en el rol de padre, incluso en un sistema que ha rechazado el *parens patriae* como su principio rector").

65 Evaluación de Maine, *supra* nota 2, en 28 (se ha notado "confusión" del defensor público con respecto a su rol como defensor o facilitador de la disposición por el mejor interés); ver también, David A. Harris, "The Criminal Defense Lawyer in the Juvenile System", 26 U. TOL. L. REV. 751,762 (1995); Shepard & England, *supra* nota 57, en 1918 (notando que muchos abogados están confundidos respecto al rol que se supone deben tomar en procesos de delincuencia).

funcionar dentro del sistema.<sup>66</sup> Ahora, casi cuarenta años después de *Gault*, veinticinco años después de los Estándares IJA-ABA, veinte años después del artículo de Guggenheim y diez años después de la Conferencia de Fordham, el modelo de defensa basada en el mejor interés del cliente permanece como una práctica estándar en muchos tribunales juveniles.

### C. Llegar a las Masas: Comprender la Disparidad entre la Práctica Local y el Liderazgo Académico y Profesional

Una variedad de factores normativos, sistémicos y políticos parecen ser responsables de la persistencia de la defensa basada en el mejor interés del cliente, frente a un claro consenso académico y profesional para lo contrario. El paternalismo, que fue el sello distintivo del primer tribunal de menores, ha afectado cada aspecto del sistema de justicia juvenil moderno. Posterior a *Gault*, los estatutos del derecho a un abogado y las modernas reglas de conducta profesional han hecho poco por disminuir la influencia del paternalismo en el papel del abogado defensor en los procesos juveniles. Además, aun cuando el abogado tenga poca oposición normativa a la defensa celosa basada en el interés expresado del cliente, las limitaciones cognitivas y psicosociales reales de los niños y adolescentes siguen frustrando la relación entre el abogado y sus clientes niños.

#### **1. La Historia del Profundamente Arraigado Paternalismo en el Sistema de Justicia Juvenil y las Objeciones Normativas para Ceder Autoridad a los Niños**

Desde el inicio del movimiento del tribunal de menores, el legado del paternalismo ha dado forma y sigue dando forma a las actitudes de muchos defensores juveniles que tienen un sincero deseo de ayudar en la rehabilitación de estos jóvenes.<sup>67</sup> Debido a que el tribunal juvenil está tradicionalmente comprometido con la rehabilitación y no con el castigo, muchos defensores creen que los jóvenes no necesitan la vigorosa ayuda de un abogado y ven el modelo de defensa basado en el mejor interés del cliente como una herramienta esencial en el proceso de rehabilitación.<sup>68</sup> Abogando por lo que ellos creen es el mejor interés del niño, estos abogados

66 Ver *infra* nota 72 y texto que la acompaña.

67 Ainsworth, *supra* nota 57, en 1129-30; Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1404.

68 *In re Gault*, 387 U.S. 1, 16-17 (1967); Ainsworth, *supra* nota 57, en 1129-30; Mary Berkheiser, "The Fiction of Juvenile Right to Counsel: Waiver in the Juvenile Courts", 54, FLA. L. REV. 577,686 (2002); Shepard & England, *supra* nota 57, en 1919; Charles E. Springer, "Rehabilitating the Juvenile Court", NOTRE DAME J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 397, 405 n. 36 (1990); ver, por ejemplo, Evaluación de Georgia, *supra* nota 62, en 31; Evaluación de Carolina del Norte, *supra* nota 62, en 39 (señalando que algunos defensores juveniles, al utilizar el enfoque "en el mejor interés", creen que la detención puede servir como un "llamado a despertar para ciertos jóvenes"); Evaluación de Texas, *supra* nota 1, en 24; Evaluación de Virginia, *supra* nota 62, en 31 (citando a un abogado defensor en sus dichos, "nosotros no necesitamos ser muy adversarios ya

-como otros oficiales en el sistema de justicia juvenil- esperan apartar al niño de una vida de crimen y protegerlos de las consecuencias de sus conductas riesgosas. Los abogados enfrentan considerables dificultades al tratar de cumplir con sus obligaciones éticas para proteger los derechos de los niños a un debido proceso, y al mismo tiempo luchan contra el deseo paternalista de ayudar al tribunal en la rehabilitación de los jóvenes que ellos representan.<sup>69</sup>

En muchas jurisdicciones, incluso aquellos defensores que desean honrar los intereses expresados por sus clientes, enfrentan la tremenda oposición sistémica de los jueces, fiscales y oficiales de libertad condicional que esperan que el abogado defensor participe como parte del equipo de justicia juvenil.<sup>70</sup> Los jueces pueden incluso castigar a los abogados por tratar de litigar problemas legales o por impugnar la alegación fáctica sobre los méritos.<sup>71</sup> Como un juez de Georgia que declaró en 2001: “Espero que mis abogados actúen en el mejor interés del niño. Si pueden dejar al niño libre, pero no es en el mejor interés de ese niño, entonces no deben hacerlo”.<sup>72</sup> Algunos jueces intentan evitar la interferencia del abogado alentando a los niños y/o a sus padres a renunciar a un abogado.<sup>73</sup> Otros jueces simplemente ignoran al

---

que nos llevamos bien y trabajamos por el mejor interés de los jóvenes”); Evaluación de Washington, *supra* nota 3, en 24 (citando a un oficial de libertad condicional diciendo, “el abogado defensor trabaja bastante por los jóvenes, pero cuando saben que el joven tendrá acceso a otro tipo de apoyo o a un tratamiento de salud mental si es que no sale libre inmediatamente, el abogado puede no pelear como debería por la defensa del joven para dejarlo libre. El abogado, realmente no entiende completamente el caso del cliente y derrumba el caso, pero al mismo tiempo actúa en el mejor interés del cliente”) (alteraciones en el original).

69 Ainsworth, *supra* nota 57, en 1129, 30; Thomas F. Geraghty, “Justice for Children: How Do We Get There?” 88, J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 190, 236 (1997); Harris, *supra* nota 65, en 762; Shepard & England, *supra* nota 57, en 1918.

70 Ainsworth, *supra* nota 57, en 1128-29; Evaluación de Kentucky, *supra* nota 62, en 32 (notando que “la preocupación primordial de todos los entrevistados en que su objetivo era servir al mejor interés del cliente involucrado en el sistema de tribunales...y que el abogado defensor debería ser parte del ‘equipo’”); Evaluación de Maine, *supra* nota 2, en 28 (notando que los jueces a través del estado expresaron la clara creencia que el primer deber del defensor juvenil es el mejor interés del joven y “no favorecen la defensa celosa sobre bases legales”); Evaluación de Maryland, *supra* nota 62, en 38 (notando que los defensores juveniles que “abogan celosamente por sus clientes jóvenes, son vistos como interfiriendo con el modelo del “mejor interés”); Evaluación de Montana, *supra* nota 62, en 41 (“el modelo celoso de defensa parecía ser recibido con hostilidad y se ve como un medio para dejar a los jóvenes “libres”); Evaluación de Texas, *supra* nota 1, en 21 (señalando que la “creencia, ampliamente difundida de que el principal propósito de la defensa es ‘obtener servicios para el niño’ sin importar si es culpable o inocente”); Evaluación de Virginia, *supra* nota 62, en 31 (reportando que muchos profesionales en el tribunal juvenil creen que el rol del abogado defensor es proteger el mejor interés del cliente niño); Evaluación de Washington, *supra* nota 3, en 31 (notando que en algunas jurisdicciones “los defensores no van a juicios, interponen recursos, o presionan por fondos de investigación, por temor a “desestabilizar” y ser sometido al ostracismo de la comunidad del tribunal juvenil”).

71 Ainsworth, *supra* nota 57, en 1128-29; Harris, *supra* nota 65, en 758-63.

72 Evaluación de Georgia, *supra* nota 62, en 31.

73 Berkheiser, *supra* nota 68, en 581; Marrus, *supra* nota 7, en 318-19; ver también Ainsworth, *supra* nota 57 en 1127 (discusión sobre la evidencia de que los jueces pueden mostrar consciente o inconsciente antagonismo hacia la idea de

abogado defensor o insisten en que los abogados se mantengan callados.<sup>74</sup> El profesor David Harris, un ex defensor, describió la perspectiva del abogado y el tratamiento de los tribunales como un “elemento ornamental, un utensilio decorativo que no tenía ninguna función real, pero que fue requerido por convención legal”.<sup>75</sup> En más de una jurisdicción, los investigadores de la evaluación informaron que “no había valor percibido por tener un abogado representando a los jóvenes” porque “los abogados no tendrían ningún impacto en el proceso”.<sup>76</sup>

Al igual que los jueces, algunos fiscales ven a los defensores como “socios” que comparten el objetivo común que es la reorientación del niño y decidir lo que es el “mejor interés” de dicho niño.<sup>77</sup> Otros fiscales resienten a los abogados defensores que tratan de reivindicar los derechos legales de sus clientes e interfieren con la potencial rehabilitación del niño.<sup>78</sup> Enfrentados a estas barreras sistémicas, los abogados están obligados a experimentar sentimientos de frustración y futilidad en el cumplimiento de su papel de abogado del niño en casos de delincuencia.<sup>79</sup> Incluso el abogado defensor más bien intencionado encuentra que el cumplimiento del objetivo de la defensa orientada al cliente es virtualmente imposible cuando la cultura del sistema se orienta hacia la búsqueda de niños delincuentes, a fin de obtener servicios. Los abogados no sólo temen que perderán futuros casos, sino que se someten al paternalismo del tribunal,<sup>80</sup> pero muchos también temen que le harán al niño más mal que bien, al insistir en un modelo de defensa celosa que es tan resentido en el sistema.<sup>81</sup>

La defensa paternalista persiste en los tribunales juveniles no sólo a través de los esfuerzos para rehabilitar a los niños, sino también a través de las objeciones normativas más amplias para la transferencia de autoridad de los adultos a los niños. La oposición a la autonomía de los adolescentes en la toma de decisiones está bien documentada en las leyes que utilizan

---

abogados en los tribunales juveniles y llevar a cabo su hostilidad sobre los clientes representados).

74 Ver por ejemplo, Harris, *supra* nota 65, en 757 (ensayo narrativo sobre su experiencia personal).

75 Id. en 763.

76 Evaluación de Ohio, *supra* nota 62, en 27; ver también la Evaluación de Louisiana, *supra* nota 62, 57 (“Lo que hace falta es alguien cuyo trabajo sea impugnar la defensa basada en el mejor interés y presentar al tribunal evidencia fáctica o actual de inocencia”) (citando a un observador del tribunal juvenil); Evaluación de Maryland, *supra* nota 62, en 38 (notando que la cultura que prevalece en el tribunal juvenil es la del “mejor interés”, que a menudo sirve para “relegar al abogado defensor a poco más que un adorno decorativo en un proceso que a menudo da lugar a resultados injustos”).

77 Evaluación de Georgia, *supra* nota 62, en 30-31.

78 Id. en 30.

79 Ver por ejemplo, id. en 30, Harris, *supra* nota 65, en 762-64.

80 Ainsworth, *supra* nota 57, en 1129-30; Nancy J. Moore, “Conflict of Interests in the Representation of Children”, 64 *FORD-HAM L. REV.* 1819-1843 (1996).

81 Evaluación de Georgia, *supra* nota 62, en 29.

la edad para conceder o negar ciertos derechos o privilegios a los jóvenes. Por ejemplo, las leyes estatales que requieren que los estudiantes asistan a la escuela, que impiden que los niños presenten demandas o sean demandados por su propia cuenta; o que niegan a los niños el derecho a contratar, casarse, votar, conducir, o a la compra de alcohol, tabaco o material pornográfico puede reflejar la presunción de la sociedad de que los niños, por su propia naturaleza, por lo general carecen de la capacidad para tomar decisiones por su cuenta sobre estos temas.<sup>82</sup> Por otro lado, las determinaciones legislativas y judiciales que permiten a estos mismos niños aceptar o rechazar un tratamiento médico, hacer valer el derecho constitucional al aborto, el ejercicio de otros derechos sustantivos a la privacidad y la libertad de expresión, y de renunciar a los derechos constitucionales como el derecho a un abogado y el derecho a no autoincriminarse sin la orientación de un adulto, al parecer presumen la competencia de estos niños para decidir en estas áreas.<sup>83</sup> Teniendo en cuenta las inconsistencias que parecen irracionales entre muchos de estas presunciones legislativas y normas comunes, probablemente, las presunciones dicen menos acerca de la verdadera capacidad de tomar decisiones de los niños y dicen más acerca de normas sociales que en última instancia dan forma a las normas de la autonomía decisoria. Las normas sociales que afectan la asignación de autoridad para la toma de decisiones entre los niños y los adultos, necesariamente involucran equilibrar los intereses contrapuestos, como son el respeto por la autonomía de los padres a criar a sus hijos como lo deseen, el deseo de garantizar que los hijos tengan un futuro sano y productivo, la necesidad de proteger a la sociedad de las consecuencias de las decisiones inmaduras e imprudentes de los niños, y la obligación del estado de proteger ciertos derechos constitucionales del niño.<sup>84</sup> En los casos de delincuencia, la defensa basada en el mejor interés del

82 Véase Jonathan O. Hafen, "Children's Rights and Legal Representation-The Proper Roles of Children, Parents, and Attorneys", 7 NOTRE DAME J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 423-424-437-39 (1992); Wallace J. Mlyniec, *supra* nota 8, en 109; Moore, *supra* nota 80, en 1828-29; Elizabeth S. Scott, "The Legal Construction of Adolescence", 29 HOFSTRA. L. REV. 547,557.58 (2000).

83 Véase Martin Guggenheim: "A Paradigm for Determining the Role of Counsel for Children", 64, FORDHAM L. REV. 1399, 1422 (1996); Guggenheim, *supra* nota 8, en 84; Moore, *supra* nota 80, en 1849.

84 Ver Hafen, *supra* nota 82, en 458 (sosteniendo que la Regla 1.14 de las Reglas Modelo de Conducta Profesional debe ser interpretada desde un enfoque de materia por materia); Scott, *supra* nota 82, en 557-58 (entrega un análisis detallado de la asignación de derechos del niño, basado en una multitud de factores socio-políticos). La influencia de las políticas y normas en la regulación de la autonomía decisoria de los niños, es probablemente más descarnadamente evidente en el contraste, aparentemente irracional, de la presunción legislativa de competencia decisoria de jóvenes de dieciséis y diecisiete años de edad en los casos penales que ameritan la pena de muerte, y la presunción legislativa, en algunos estados, de la incompetencia decisoria de estos mismos jóvenes, a rechazar un tratamiento médico de mantenimiento vital. Ver Berkheiser, *supra* nota 68, en 625. El Tribunal Supremo también ha optado por asignar los derechos a los niños mediante el enfoque caso por caso y ha reconocido la diversidad de circunstancias en las que se involucran los niños. Comparar *Belotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979) (derribando el consentimiento parental para abortar) con *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629, 639-43 (1968) (defensa de la prohibición de venta de material relacionado con sexo a niños).

cliente puede ser apoyada por las normas sociales que sugieren que las decisiones jurídicas importantes deben dejarse a los adultos que están supuestamente en mejores condiciones para garantizar la seguridad de la comunidad y el bienestar del niño.

## **2. Insuficiencia de las Leyes Estatales y la Opinión Judicial para Aplicar e Interpretar el Derecho a Asesoría Legal**

Los jueces paternalistas y los defensores del “mejor interés” además siguen no influenciados por los estatutos por el derecho a un abogado que, al menos nominalmente, intentan aclarar el papel del abogado defensor juvenil. Posiblemente en un esfuerzo inicial para diferenciar entre las posibles funciones de los defensores designados, algunas legislaciones estatales adoptaron el contrastante lenguaje de “tutor ad litem” y “asesor/abogado de niños” para el estatuto del derecho a un abogado. Los estatutos de estos estados pueden requerir que el tribunal designe un “asesor” para el niño en un caso de delincuencia o de necesidad de un procedimiento de supervisión, pero es necesario que el tribunal designe un “tutor ad litem” en un proceso de abandono o dependencia.<sup>85</sup> En otros estados, los estatutos pueden permitir al tribunal, designar tanto a un “tutor ad litem” y a un “abogado para el niño” en un caso de

---

85 Ver ARIZ. REV. STAT. ANN. 8-22 (Supp.2004) (derecho a un abogado en procesos juveniles y designación de un tutor ad litem en procesos de abuso y abandono); D. C. CODE ANN. 16-2304 (LexisNexis 2001) (designación de un abogado en procesos de delincuencia y un tutor ad litem en procesos de abandono). Comparar ARK. .CODE ANN. 9-27-316(a)(1) (2003), con id. 9-27-316(f)(1); FLA. STAT. ANN. 985.203 (West 2003 & Supp.2005) (derecho a abogado en casos de delincuencia), con id. 39.822 (West 2003) (designación de tutor ad litem en procesos de abandono, abuso y negligencia); 705 ILL. COMP. STAT. ANN. 405/2-17 (West 2000) (designación de tutor ad litem en casos de abuso y abandono); IOWA CODE ANN. 232.11 (West 2000) (derecho a abogado en casos de delincuencia), con id. 232.89 (West 2000 & Supp.2005) (designación de tutor ad litem en procesos de niños con necesidad de ayuda); KY. REV. STAT. ANN. 610.290 (West 2005) (derecho a abogado en casos de delincuencia), con id. 620.100 West 2005 & Supp. 2005) (designación de “abogado especial voluntario nombrado por el tribunal” en casos de dependencia, abandono y abuso); MD. CODE ANN., CTS. & JUD. PROC. 3-8A-20 (LexisNexis 2002 & Supp.2004) (derecho a abogado en casos de delincuencia) con id. 3-813 (LexisNexis 2002) (designación de un “abogado especial nombrado por el tribunal” en los procesos de niños con necesidad de ayuda); N. H. REV. STAT. ANN. 169-B.12 (LexisNexis 2001) (derecho a abogado en casos de delincuencia), con id. 169-C.10; invalidado en parte por In re Shelby R., 804 A.2d 435 (N.H.2002) (declaran inconstitucional N. H. REV. STAT. ANN. 169-C.10(II)(a)) (designación de tutor ad litem en casos de abuso y abandono); N. C. GEN. STAT. 7B-2000 (2003) (derecho a abogado en casos de delincuencia) con id. 7B-601 (designación de tutor ad litem en casos de abuso y abandono); OR. REV. STAT. 419C.245 (2003) (derecho a abogado en casos de delincuencia), con id. 419A.170 (designación de “abogado especial nombrado por el tribunal” en casos de dependencia); 42 PA. STAT. ANN. 6337 (West 2000 & Supp.2005) (derecho a abogado en todos los procesos juveniles), con id. 6311 (West Supp.2005) (designación de un tutor ad litem en casos de delincuencia); S. C. CODE ANN. 20-7-7415 (1985 & Supp.2004) (derecho a abogado en todos los procesos juveniles), con id. 20-7-110 (designación de tutor ad litem en procesos por abuso y negligencia); S.D. CODIFIED LAWS. 26-7A-30 (1999) (derecho a abogado en todos los procesos juveniles), con id. 26-8-A-18 (designación de tutor ad litem en casos de abuso y abandono); WASH. REV. CODE ANN. 13.40.140 (West 2004) (derecho a abogado en casos de delincuencia), con id. 13.34.100 (designación de tutor ad litem en casos de dependencia).



delincuencia.<sup>86</sup> El lenguaje contrastante en estos estatutos indica claramente, en primer lugar, que las funciones del abogado designado pueden variar según el tipo de procedimiento en cuestión y, en segundo lugar, que el papel de “abogado defensor” debe distinguirse del “tutor ad litem” a menos que la selección de los términos haya sido superflua.

---

86 Ver ALA. CODE 12-15-63 (LexisNexis 1995) (derecho a abogado) e id. 12-15-8 (designación de tutor ad litem si el niño “no tienen padres o tutor o custodia que comparezca en su lugar o en sus conflictos de interés con los del niño”); ALASKA STAT. 47.12.090 (2004) (designación de tutor ad litem además de abogado “en cualquier etapa del proceso...al tribunal le parece que así se fomentará el bienestar del niño”); ARK. CODE ANN. 9-27-316 (designación de un “abogado ad litem para que represente el mejor interés de un joven involucrado en algún caso ante el tribunal” además del abogado defensor); COLO. REV. STAT. ANN. 19-1-105 (West 2005) (“Si el abogado encuentra que es por el mejor interés y bienestar del niño, el tribunal puede nombrar a ambos, un abogado y un tutor ad litem “); GA. CODE ANN. 15-11-16 (2002) (derecho a abogado), e id. 15-11-9 (designación de tutor ad litem en todos los procesos juveniles “si el niño no tiene padres, tutor o custodia que comparezca en nombre del niño, en conflicto con los intereses del niño o en cualquier otro caso en el que los intereses del niño requieran de un tutor”); HAW. REV. STAT. ANN 802-1 (LexisNexis 2003) (derecho a abogado), e id. 571-87 (LexisNexis 2005) (designación de tutor ad litem en todos los casos ante el tribunal de familia); KAN. STAT. ANN. 38-1606 (2000) (derecho a abogado), e id. 38-1606a (designación de “abogado especial nombrado por el tribunal para el niño...cuya principal obligación será abogar por el mejor interés del niño” en cualquier proceso juvenil); MINN. STAT. ANN. 260B.163 (West 2003) (derecho a abogado y designación de tutor ad litem “cuando, en cualquier etapa del proceso, se demuestra que el menor no tiene padres o tutor, o que el padre del menor es también un menor incompetente, o que el padre o tutor es indiferente u hostil con los intereses del menor”, o cuando “el tribunal siente que dicha designación es deseable”); MONT. CODE ANN 41-5-1413 (2003) (derecho a abogado), e id. 41-5-1411 (designación de tutor ad litem “si el joven no tiene padre o tutor que comparezca en su nombre, o si existiese conflicto de intereses con aquellos del joven”); NEB. REV. STAT. 43-272 (2004) (designación de tutor ad litem además de abogado cuando “el joven no tiene padre o tutor de su persona o si el padre o tutor del joven no puede ser localizado o no puede ser llevado frente al tribunal”, donde “el padre o tutor del joven es autorizado para no participar en alguna de las etapas del proceso”, cuando “el padre es un joven o es incompetente”, o cuando “el padre es indiferente a los intereses del joven”); N. J. STAT. ANN. 24:4A-39 (West 1987) (derecho a abogado y designación de tutor ad litem); N. M. STAT. ANN. 32A-2-14 (LexisNexis 1999 & Supp. 2003) (designación de tutor ad litem, además de defensor, cuando “el niño no tiene padre, tutor o custodia que comparezca en lugar del niño, o cuando los intereses del padre, tutor o custodia están en conflicto con los del niño”); N. Y. JUD. CT. ACTS. LAW 320.3 (McKinney 1999) (derecho a abogado y a designación de un “Law Guardian”); N. D. CENT. CODE 27-20-26 (1991 & Supp.2003) (derecho a abogado) e id. 27-20-48 (1991) (designación de tutor ad litem cuando el niño “no tiene padre, tutor o guardián que comparezca en su nombre o que sus intereses estén en conflicto con los del niño, o en cualquier otro caso en el que los intereses del niño requieran un tutor”); OHIO REV. CODE ANN.2151.352 (LexisNexis 2002) (derecho a abogado), e id. 32151.281 (designación de tutor ad litem en cualquier proceso donde “el niño no tiene padre, tutor, o guardián legal” o, cuando “ el tribunal encuentra que existe conflicto de interés entre el niño el padre, tutor o guardián legal del niño”); TENN. CODE ANN. 37-1-126 (2004) (derecho a abogado), e id. 37-1-149 (Supp.2004) (designación de tutor ad litem “si dicho niño no tienen padre, tutor o guardián que comparezca en su nombre, o que los intereses de dicho padre, tutor o guardián estén en conflicto con los del niño, o en cualquier otro caso en el que los intereses del niño requieran de un tutor”); UTAH CODE ANN. 78-3a-913 (2002 & Supp. 2005) (derecho a abogado) e id. 78-3a-912 (designación de tutor ad litem en “cualquier caso ante el tribunal”); WIS. STAT. ANN. 939.23 (West 2000) (designación de tutor ad litem en lugar de abogado para jóvenes menores de doce años de edad).

Tradicionalmente, mientras que un “tutor ad litem” será visto como un brazo del tribunal que abogará por el mejor interés del niño,<sup>87</sup> el abogado defensor para el niño, por lo general, tiene un deber inquebrantable de lealtad y confidencialidad para con el niño.<sup>88</sup> Desafortunadamente, a pesar de que diversos estatutos definen el término “tutor ad litem”, muy pocos definen el término “defensor”.<sup>89</sup> Como consecuencia, los tribunales y los profesionales suelen ignorar o confundir la distinción entre un tutor ad litem y un abogado defensor, e interpretan el rol de los abogados como lo consideren oportuno. En Ohio, por ejemplo, los jueces nombran en forma rutinaria a los abogados defensores para servir en casos de delincuencia como “abogado/tutor ad litem”, a pesar de los estatutos que exigen el nombramiento de “abogado defensor” en esos procesos.<sup>90</sup> En Vermont, el estatuto mismo mezcla la distinción entre el tutor ad litem y el abogado defensor, al permitir el nombramiento de, ya sea un tutor ad litem o un abogado defensor, para un niño que es parte de un proceso de delincuencia.<sup>91</sup> Del mismo modo, en Wyoming, aunque el estatuto pertinente exige el nombramiento del “defensor” del niño en casos de

---

87 William A. Kell “Voices Lost and Found: Training Ethical Lawyers for Children”, 73 IND. L. J. 635, 651 (1998); Moore, supra nota 80, en 1823; ver también, WIS. STAT. ANN. 938.235(3) (a) (requiere tutor ad litem para abogar por el mejor interés del cliente, sin importar los deseos del cliente); State ex rel. *Bird v. Weinstonck*, 864 S. W. 2º 376,384 (Mo. Ct. App. 1993).

88 Estándares de Prácticas para Abogados que Representan a Niños en Casos de Abuso y Abandono 1-3 (1996) disponible en <http://www.afccnet.org/pdfs/AbuseNeglectStandards.pdf>; Moore, supra nota 80, en 1842; Peters, supra nota 56, 2-1-4.

89 Para ver los estatutos que definen la labor del “tutor ad litem, referirse a: ALASKA STAT. 25.24.310 (2004) (el tutor *ad litem*, representa el mejor interés del niño, para ser distinguido de las preferencias, donde servirá al bienestar del niño); ARIZ. REV. STAT. ANN. 8-221 (en casos de abuso o abandono, el tutor *ad litem* es designado para proteger el mejor interés del menor); ARK. CODE ANN. 9-27-316 (los abogados *ad litem* para representar el mejor interés de un menor); COLO. REV. STAT. ANN. 19-1-103(59) (“*Tutor ad litem*”, se dice de una persona designada por un tribunal para actuar en el mejor interés de una persona”); CONN. GEN. STAT. ANN. 46b-129a (West 2004) (el tutor *ad litem* debe hablar en nombre del mejor interés del niño); KEN. STAT. ANN. 38-1606a (la primera tarea del abogado especial, designado por el tribunal debe ser la defensa del mejor interés del niño); MINN. STAT. ANN. 260B.163 (6) (el tutor ad litem debe conducir una investigación independiente para determinar los hechos relevantes a la situación del niño y la familia, defender el mejor interés del niño y abogar por servicios comunitarios apropiados cuando sea necesario); NEB. REV. STAT. ANN. 43-272 (LexisNexis 2004) (el tutor *ad litem* tendrá el deber de proteger los intereses del menor); N. M. STAT. ANN. 32A-1-7 (LexisNexis 1999) (el tutor *ad litem* debe representar celosamente el mejor interés del niño); 42 PA. STAT. ANN. 6311 (el tutor *ad litem* está encargado de la representación del mejor interés del niño en todas las etapas del proceso); UTAH CODE ANN. 78-3a-912 (el tutor *ad litem* debe representar el mejor interés del menor); WIS. STAT. ANN. 938.235(3)(a) (el tutor defenderá el mejor interés del cliente sin importar los deseos del cliente). Para los Estatutos que define el papel de los abogados ver WIS. STAT. ANN. 938.23 (6) (West 2009) (define “defensor” como el “abogado actuando como un abogado adversarial que deberá promover y proteger los derechos legales de su representado, y que no puede actuar como tutor ad litem para ninguna de las partes en el mismo proceso).

90 Comparar la Evaluación de Ohio, supra nota 62, en 26, con OHIO REV. CODE ANN. 2151.352, y In re Christopher, 376 N.E. 2d 605 (Ohio Ct. App. 1977).

91 VT. STAT. ANN. tit. 33, 5525 (2001); cf. MINN. STAT. ANN. 260B.163(4)(d) (establece explícitamente que «el abogado del niño no debe actuar, al mismo tiempo, como tutor ad litem»).

delincuencia,<sup>92</sup> las disposiciones de los casos de delincuencia confunden el rol del abogado al afirmar en primer lugar, que el defensor del niño también puede ser tutor ad litem y segundo, que el defensor “deberá considerar, entre otras cosas, lo que es el mejor interés del niño”.<sup>93</sup> Sin embargo, las leyes de otros estados confunden el papel del defensor desmoronando el derecho del niño a un defensor en múltiples tipos de asuntos de familia en un solo estatuto. Por ejemplo, un estatuto único puede otorgar al menor de edad el derecho a un abogado defensor debido al término de los derechos parentales, custodia y procesos de delincuencia.<sup>94</sup> Estos estatutos no indican si el rol del defensor del niño puede ser diferente en un tipo de proceso de familia versus otro proceso.<sup>95</sup>

Una última área de confusión surge en las referencias legales a los derechos de los padres. Mientras que algunos estatutos pueden reconocer el potencial de conflictos de interés entre los padres y el niño y exigen el nombramiento de un abogado independiente para cada uno,<sup>96</sup>

92 WYO. STAT. ANN 14-6-222(b) (2005).

93 *Id.*

94 Ver por ejemplo MASS. ANN. LAWS Ch. 119, 29 (LexisNexis 2002); MISS. CODE ANN. 43-21-201 (West 1999); MO. ANN. STAT. 211.211 (West 2004); R. I. GEN. LAWS 14-1-31 (2002). W.VA. CODE ANN. 49-5-9 (LexisNexis 2004).

95 Moore, *supra* nota 80, en 1819-20 (reconoce la diversidad de litigios de familia relacionados con niños). En algunos casos, el niño será parte del proceso (delincuencia); en algunos, el niño tendrá algún interés legal en procesos en que se ve directamente afectado (contrato o controversia de propiedad); y en otros, el niño será afectado sólo indirectamente por la resolución del proceso (custodia).

96 Ver por ejemplo ARIZ. REV. STAT. ANN. 8-221-E (Supp.2004) (“si un menor tiene derecho a un defensor y pareciera existir algún conflicto de interés entre el menor y los padres o tutor del menor...el tribunal juvenil puede designar un abogado para el menor además del abogado designado para los padres o tutor o abogado contratado por padres o tutor”); GA. CODE ANN. 15-11-6 (b) (2002) (“Si los intereses de dos o más partes entran en conflicto, se debe proporcionar un abogado diferentes para cada una de las partes”) y *Sánchez v. Walker*, Departamento de Familia y Servicios Sociales, 229 S.E. 2d 66,69 (GA.1976) (reconoce que los padres conforman una parte del proceso que involucra a su hijo, bajo el estatuto, que es hoy GA.CODE.ANN.15-11-6); IDAHO CODE ANN. 20-514 (2004) (establece que “el tribunal debe designar un defensor para representar al menor y a sus padres o tutor...en el caso que el tribunal considere que existe un conflicto de intereses entre los intereses del menor y sus padres o tutor, entonces el tribunal debe designar un abogado diferente para el menor”); MASS. ANN. LAWS ch. 119, 29 (los padres, tutor o guardián del niño debe tener derecho a un abogado designado en todas las audiencias); MO. ANN. STAT. 211.211(7) (cuando existe un conflicto entre el niños y su guardián, “el tribunal debe ordenar que el niño y el guardián sean representados por abogados diferentes y deberá designar a los defensores si es necesario”); NEV. REV. STAT. ANN 62D.100 (LexisNexis Supp. 2003) (Un padre o tutor de un niño, que es un presunto delincuente o se encuentra bajo supervisión, puede ser representado por un abogado en todas las etapas del proceso”); OKLA. STAT. ANN. tit.10, 24(A) (2) (West 2004) (“En cualquier caso, en que el tribunal estime que hay tal conflicto de intereses entre el padre o tutor legal y un niño, de modo que un abogado no puede representar adecuadamente a ambos, el tribunal puede nombrar un abogado, además del abogado ya contratado por un o padre, o tutor, o ser designado por la corte para representar al menor, o al padre o tutor”).

muchos otros estatutos ignoran dicho potencial de conflictos y establecen el nombramiento de un abogado para que represente los intereses de ambos, los padres y el niño.<sup>97</sup> Las ambigüedades en la redacción de algunas leyes incluso parecen sugerir que el niño puede ser representado por sus padres, tutor o custodio en lugar de un abogado.<sup>98</sup>

Las ambigüedades legales sobre el papel de los abogados son raramente aclaradas en los tribunales estatales de apelaciones. Pocas opiniones de apelación abordan el rol del abogado defensor en casos de delincuencia porque los abogados, en general, no suelen tomar apelaciones de casos de tribunales juveniles, y los demandados a menudo son mal preparados para reconocer y plantearse los temas ellos mismos.<sup>99</sup> Illinois, West Virginia y Nuevo México se encuentran entre los pocos estados con alguna actividad significativa de apelación sobre la función adecuada de los abogados juveniles y los tribunales en estas jurisdicciones han llegado a conclusiones ampliamente divergentes. En una serie de casos que abarcan desde 1984 hasta 1995, el Tribunal de Apelación y el Tribunal Supremo de Illinois explícitamente declararon que un abogado tiene el deber de abogar por el mejor interés del niño, aun cuando ese interés discrepe con el interés expresado o los deseos del niño.<sup>100</sup> Si bien cada uno de los casos de Illinois se decidió, y por lo tanto se limitó, al contexto de la disposición (sentencia), los tribunales de Illinois utilizaron el lenguaje del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso

---

97 Ver por ejemplo CONN. GEN. STAT. ANN. 46b-135(a) (West 2004) (“Al comienzo de cualquier proceso relativo a la presunta delincuencia de un niño, el padre o los padres o el tutor y el niño tendrán derecho a un abogado y a ser informado de ello por el juez, y que si no pueden pagarlo, el abogado les será proporcionado por el tribunal.”); 705 ILL. COMP. STAT. ANN. 405/1-5 (a) (West 1999) (“El menor...y sus padres, tutores, guardián legal o pariente que responsables de la parte demandada tienen...el derecho a ser representado por un abogado”); MINN. STAT. ANN. 260B.163 (4) (a) (West 2003) (“El niño, los padres, el tutor o custodio tiene derecho a la asesoría efectiva de un abogado, en casos concernientes al tribunal juvenil”); S. C. CODE ANN. 20-7-7415 (Supp.2004) (El niño o los padres del niño también deben ser informados...acerca de sus derechos a ser representados por un abogado y que, si no pueden contratar a un abogado, este abogado será designado para representarlos”); S. D. CODIFIED LAWS 26-7A-30 (1992) (“El tribunal debe informar al niño y a los padres del niño, al tutor o custodio involucrado en alguna acción o procedimiento bajo este capítulo...incluyendo el derecho a ser representado por un abogado”); UTAH CODE ANN. 78-3a-913 (2002 & Supp. 2005) (“Los padres, tutor, custodio, y el menor, si es competente, deben ser informados de que tienen el derecho a ser representados por un abogado”); WYO. STAT. ANN. 14-6-222 (“En la primera comparecencia ante el tribunal el niño y sus padres tutor o custodio deben ser informados por el tribunal de su derecho a ser representado por un abogado y a contratar a un abogado de su propia elección”).

98 Ver por ejemplo GA. CODE ANN. 15-11 (“Se debe proveer un abogado defensor para un niño que no es representado por sus padres tutor, o custodio”); acuerdo N. D. CENT. CODE 27-20-26 (2003); OHIO REV. CODE ANN. 215.352 (LexisNexis 2004); TENN. CODE ANN. 37-1-126 (2004).

99 Berkheiser, *supra* nota 68, en 633.

100 *In re W.C.*, 657 N.E.2d 908, 918 (Ill. 1995); *In re R.D.*, 499 N.E.2d 478,481-82 (Ill. App.Ct.1986); *In re K.M.B.*, 462 N.E.2d 1271, 1272-73 (Ill. App. Ct.1984).

Gault sobre el carácter no adversarial de los procesos de delincuencia en general.<sup>101</sup> En *In re R.D.*, el Primer Distrito del Tribunal de Apelación de Illinois declaró:

La responsabilidad del abogado designado por el tribunal juvenil...es diferente a la de otros abogados designados por otros tribunales. El defensor juvenil no sólo debe proteger los derechos legales del menor sino también debe reconocer y recomendar una disposición en el mejor interés del menor, incluso cuando el propio menor no reconoce esos intereses. De acuerdo a lo que nuestro Tribunal Supremo de Justicia declaró en *In re Beasley*...: "Aunque tal proceso (en virtud de la Ley del Tribunal Juvenil) mantiene ciertas características adversariales, no lo es en el sentido habitual de un proceso adversarial, sino que es uno que debe ser administrado con espíritu de preocupación humana por y para promover el bienestar del menor, así como para servir los intereses superiores de la comunidad".<sup>102</sup>

Además, en al menos dos de los casos de Illinois, los tribunales sostenían que el nombramiento de un defensor público para servir, tanto como tutor ad litem y como abogado del niño, no crea un conflicto de intereses inherente.<sup>103</sup> Al rechazar la queja del menor de que el deber de su abogado de una celosa defensa de sus deseos se contravenía con la obligación de un tutor ad litem de abogar por su mejor interés, el tribunal en el caso *In re R.D.* estableció que "creemos que el defensor juvenil y el tutor ad litem tienen esencialmente las mismas obligaciones para con el menor y para con la sociedad".<sup>104</sup>

Las decisiones de apelación en West Virginia han aprobado un rol radicalmente diferente de los abogados defensores en casos de delincuencia. En el caso clave de West Virginia, el Tribunal Supremo del Estado declaró que el abogado del niño tiene el deber de proporcionar una representación activa y enérgica, tanto en el proceso de adjudicación como en la etapa de disposición en un caso de delincuencia.<sup>105</sup> El Tribunal reprendió al tribunal de primera instancia por interferir con la "defensa enérgica" del abogado en la fase de disposición y concluyó que

101 El Tribunal de Apelaciones citó la siguiente nota al pie de página del caso *Gault*: "El reconocimiento del derecho a un abogado no implica interferencia con los objetivos especiales de los procesos del tribunal juvenil y, de hecho, parece que el abogado puede desempeñar un papel importante en el proceso de rehabilitación". *K.M.B.*, 462 N.E.2d en 1273 (citando *In re Gault*, 387 U.S. 1, 38 n. 64 (1967)); ver también *W.C.*, 657 N.E. 2d en 918 (señalando que el proceso, en "su mayor parte no es contencioso").

102 *R.D.*, 499 N.E.2d en 481-82 (cita omitida); ver también *K.M.B.*, 462 N.E. 2d en 1273, (basándose en la cita de expertos del mismo Tribunal Suprema de Illinois en *In re Beasley* 362 N.E.2d 1024, 1026 (Ill.1977)).

103 *R.D.*, 499 N.E.2d en 481-82; *K.M.B.*, 462 N.E.2d en 1272-73.

104 *R.D.*, 499 N.E.2d en 482.

105 *State ex rel. D.D.H. v. Dostert*, 269 S.E.2d 401, 412 (W.Va. 1980).

el tribunal debe dar cabida a un proceso adversarial y permitir al abogado hacer un registro en todas las etapas del proceso.<sup>106</sup>

En Nuevo México, el Tribunal Supremo del Estado se puso en algún punto entre las resoluciones en Illinois y West Virginia. En junio de 2004, se le pidió al Tribunal Supremo de Nuevo México decidir si el abogado defensor había prestado asistencia ineficaz cuando se desempeñaba como tutor ad litem tanto en los casos de abuso y abandono del niño y luego como abogado defensor del niño en procesos de delincuencia.<sup>107</sup> A pesar del argumento del niño sobre el doble rol que presentaba un conflicto inherente e irreconciliable, el Tribunal no encontró "conflictos reales existentes" y negó la afirmación de la ineficacia.<sup>108</sup> Aunque el Tribunal reconoce explícitamente el potencial "aumentado" para los conflictos y proporciona un análisis más extenso de las diferencias entre las lealtades y las obligaciones del abogado defensor y el tutor ad litem, el Tribunal no estaba dispuesto a adoptar una regla per se de restricción de nombramientos para la doble función por falta de evidencia de un conflicto real.<sup>109</sup>

Los fallos en los estados de West Virginia, Illinois y Nuevo México representan la disparidad en la interpretación del derecho consuetudinario del rol del abogado en casos de delincuencia. La ausencia de puntos de vista en las apelaciones en otras jurisdicciones puede explicar mejor la falta de uniformidad en el ejercicio del derecho juvenil en todo el país.

### **3. Las Dificultades Prácticas Causadas por las Limitaciones Cognitivas de los Niños**

Al examinar las barreras normativas y sistémicas del tradicional modelo de defensa basado en el interés expresado del cliente, sería un error ignorar el impacto real que pueden tener las limitaciones cognitivas y de desarrollo del niño en la relación abogado-cliente. La defensa celosa de los intereses expresados del cliente no sólo depende de la buena voluntad del abogado de respetar las decisiones del niño, sino también de la capacidad del niño para tomar y comunicar las decisiones.<sup>110</sup> El abogado puede enfrentar desafíos reales al asignar decisiones a los niños que generalmente tienen un fondo limitado de información, a veces carecen de capacidad para asumir un razonamiento cognitivo efectivo, a menudo ejercen juicios de valores pobres y/o de poca proyección, y con frecuencia yerran en la predicción de futuros resultados.

106 Id. en 413 (cabe señalar que el tribunal de apelación reprendió al juez de la causa por retener por desacato al abogado del niño y sacarlo de la representación designada cuando el abogado intentó arreglar colocaciones alternativas).

107 *State v. Joanna V.*, 94 P.3d 783, 784 (N.M. 2004).

108 Id. en 787.

109 Id.

110 Schmidt et al, supra nota 57, at 176.

Los psicólogos que estudian los rasgos comunes cognitivos y psicosociales de la adolescencia, recientemente han cuestionado las habilidades de los adolescentes para participar eficazmente como acusados en un juicio.<sup>111</sup> La literatura que se desprende de estos estudios ha comenzado a influir en el debate sobre el rol apropiado de los abogados en el sistema de justicia juvenil.<sup>112</sup> Las investigaciones parecen indicar que incluso un niño que tiene la capacidad cognitiva para cumplir con los criterios legales de competencia para ser juzgado, todavía puede tener ciertas limitaciones de desarrollo que afectan su participación efectiva en la relación abogado-cliente.<sup>113</sup> Aunque pareciera que a la edad de quince años un niño es capaz de entablar la misma comunicación y proceso de razonamiento cognitivo que un adulto,<sup>114</sup> la capacidad para abordar un razonamiento cognitivo no es el único factor determinante en el proceso de tomar decisiones.<sup>115</sup> Algunos jóvenes simplemente carecen de los conocimientos y la experiencia necesaria para concebir y tomar el peso de las consecuencias a corto y largo plazo que deben ser consideradas en cualquier decisión determinada.<sup>116</sup> El desarrollo de las investigaciones también sugiere que la percepción de riesgo, la preferencia por el riesgo y la perspectiva del tiempo a menudo difieren entre los adolescentes y los adultos y suelen afectar el cómo serán utilizadas las capacidades cognitivas en la toma de decisiones.<sup>117</sup> Los adolescentes, por ejemplo, suelen optar por asumir comportamientos riesgosos porque piensan con una orientación más inmediata que a futuro y por lo tanto perciben los riesgos de manera diferente.<sup>118</sup> Dado que los niños y adolescentes tienden a centrarse en las ganancias y pérdidas inmediatas y no tienen en cuenta el largo plazo, las consecuencias futuras de alguna elección

111 Id. en 191; Jennifer L. Woolard & N. Dickon Reppucci, "Researching Juveniles Capacities as Defendants", en YOUTH ON TRIAL, *supra* nota 11, en 173, 176-79.

112 Ver por ejemplo Emily Buss, "The Role of Lawyers in Promoting Juveniles' Competence as Defendants", en YOUTH ON TRIAL, *supra* nota 11, en 243, *passim*; Schmidts et al., *supra* nota 57, *passim*; Scott, *supra* nota 82, *passim*; Wooland & Reppucci, *supra* nota 111, *passim*.

113 Schmidt et al., *supra* nota 57 en 176-77; ver también Buss, *supra* nota 112, en 243.

114 Thomas Grisso: "The Competence of Adolescents as Trial Defendants", 3 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 3, 17-18, (1997); Scott, *supra* nota 82, en 555-56.

115 Ver Schmidt et al., *supra* nota 57, en 176-77; ver también Barry C. Feld, "Competence, Culpability, and Punishment: Implications of Atkins for Executing and Sentencing Adolescents", 32 HOFSTRA L. REV. 463, 505 (2003); William A. Kell, "Ties That Bind? Children's Attorneys, Children's Agency, and the Dilemma of Parental Affiliation", 29 LOY. U. CHI. L. J. 353,362-63, (1998); Woolard & Reppucci, *supra* nota 111, en 176.

116 Schmidt et al., *supra* nota 57 en 177; ver también Buss, *supra* nota 112, en 243; Scott *supra* nota 112, en 243; Scott, *supra* nota 82, en 555-56, 591 (la inexperiencia y la inmadurez pueden conducir a malas elecciones).

117 Schmidt et al, *supra* nota 57, en 180; Scott, *supra* nota 82, en 591-92.

118 Bonnie & Grisso, *supra* nota 11, en 88; Buss, *supra* nota 112, en 249; J. Shoshanna Ehrlich, "Shifting Boundaries: Abortion, Criminal Culpability and the Indeterminative Legal Status of Adolescents", 18 WIS. WOMEN'S L. J. 112 (2003); Schmidt et al., *supra* nota 57, en 180; Laurence Steinbert & Robert G. Schwartz, "Developmental Psychology Goes to Court", en YOUTH ON TRIAL, *supra* nota 11, en 9, 23-26.

determinada, sus decisiones pueden estar basadas en una serie temporal de creencias y valores que pueden cambiar con el tiempo.<sup>119</sup> A medida que los adolescentes maduran, obtienen una mayor apreciación del futuro, adoptan nuevos valores y creencias, y a menudo se vuelven más adversos al riesgo.<sup>120</sup> Estos adolescentes también pueden llegar a lamentar las decisiones que tomaron en años anteriores.

La toma de decisiones está conformada también por el contexto y el entorno. Las personas que toman decisiones en situación de estrés suelen tomar malas decisiones o evitar por completo tomar decisiones, transfiriendo la responsabilidad a otra persona, u optan por conformarse con el status quo.<sup>121</sup> La investigación sugiere que los jóvenes confían en sus habilidades de razonamiento cognitivo, incluso con menos fiabilidad y uniformidad que los adultos en situaciones de estrés.<sup>122</sup> Cuando el abogado del niño carece de formación en el desarrollo de los adolescentes y no tiene o no se toma el tiempo para enfrentar y resolver la ansiedad que cualquier niño puede experimentar en un caso de delincuencia, es posible que el niño nunca pueda ejercer de manera efectiva su opción en la toma de decisiones.

Del mismo modo, la capacidad de tomar decisiones del niño puede ser inhibida cuando el abogado no puede ganarse la confianza de su cliente.<sup>123</sup> Unos pocos estudios han planteado preocupaciones acerca de las dificultades que tienen los niños en el desarrollo de una relación de confianza con un abogado y en la comprensión del concepto de la confidencialidad y la lealtad al cliente.<sup>124</sup> Algunos niños erróneamente creen que los abogados son responsables de decidir las cuestiones de culpabilidad y castigo, que los abogados están obligados a informar la admisión de culpabilidad del niño ante el tribunal, o que el abogado no defenderá los

---

119 Bonnie & Grisso, *supra* nota 11, en 91 (consideran que los jóvenes tienden a favorecer los beneficios inmediatos “tales como mirar fríamente a los ojos de sus pares”); Feld, *supra* nota 115 en 506-07; Schmidt et al., *supra* nota 57, en 179-80.

120 Bonnie & Grisso, *supra* nota 111, en 183.

121 Ver Robert F. Cochran, Jr. et al., THE COUNSELOR-AT-LAW: A COLLABORATIVE APPROACH TO CLIENT INTERVIEWING AND COUNSELING, 8-4, en 141, 8-4(c), en 146 (1999); Woolard & Reppucci, *supra* nota 111, en 183.

122 Buss, *supra* nota 112, en 918-19; Schmidt et al., *supra* nota 57, en 179; Woolard & Reppucci, *supra* nota 111, en 183.

123 Ver Buss, *supra* nota 9, en 1712-14 (notando que la incapacidad de un abogado para ganar la confianza de un niño y explicar el rol del abogado puede afectar la habilidad del niño para tomar decisiones en el contexto tradicional del cliente).

124 Schmidt et al., *supra* nota 47, 177-78; ver también, Grisso, *supra* nota 114 en 15-16 (discusión acerca de los resultados de varios estudios); Comentario de Tamara Wong “*Adolescent Minds, Adult Crimes: Assessing a Juvenile’s Mental Health and Capacity to Stand Trial*”, 6 U. C. DAVIS J. JUV. L. & POL’Y 163, 180-81 (2002) (citando a Deborah Cooper, “*Juveniles’ Understanding of Trials Related Information: Are They Competent Defendants?*”, 15 BEHAV. SCI. & L. 167 (1997)) (discutiendo un estudio de 112 menores de edad en Carolina del Sur en el cual demostraron que generalmente los jóvenes no entienden el rol del abogado defensor).



intereses del cliente si el niño reconoce su participación en el delito.<sup>125</sup> También es razonable suponer que pocos niños comprenden plenamente su derecho a ejercer una función directiva en la relación abogado-cliente. Incluso cuando no hay confusión en cuanto a la lealtad del abogado, los niños generalmente son socializados a esperar que los adultos tomen decisiones por ellos y pueden deferir al abogado por defecto.<sup>126</sup>

Las variables cognitivas y psicosociales identificadas aquí pueden repercutir en la relación abogado-cliente en un sinnúmero de maneras. En su mayoría, obviamente, un niño que no es persuadido por la lealtad de su abogado puede simplemente ocultarle información, lo que priva tanto al abogado como al niño de una oportunidad para intercambiar importantes puntos de vistas acerca del caso.<sup>127</sup> Un adolescente que carece de orientación futura también puede retener la información a su abogado con el fin de sentir los beneficios inmediatos de no inculparse a sí mismo, pero no reconoce el costo a largo plazo de poner en peligro su propia defensa.<sup>128</sup> Los jóvenes también pueden tomar las decisiones de declararse culpables y de ir a juicio sobre la base de lo que sus actuales compañeros piensan y no reconocen que los grupos de pares cambian y las consecuencias a largo plazo de sus decisiones pueden no coincidir con valores futuros. En otros encuentros con el abogado, el joven puede descuidar compartir la información con el abogado simplemente porque él o ella no calculan bien su importancia para el caso o no comprenden plenamente los derechos legales en juego.<sup>129</sup>

La relación abogado-cliente es a menudo complicada por la prevalencia de problemas de salud mental entre los jóvenes en el sistema de justicia juvenil.<sup>130</sup> Los estudios sugieren que el

125 Grisso, *supra* nota 114- en 19-20.

126 Marrus, *supra* nota 8, en 342 ("Normalmente los niños buscan figuras de autoridad para que tomen decisiones por ellos").

127 Buss, *supra* nota 112, en 245; Schmidt et al., *supra* nota 57, en 177, 186 (muestra que los menores tienen menos disposición que los adultos a reconocer que como clientes deben hablar con el abogado y ser honestos con él); Ann Tobey et al., "Youths' Trial Participation as Seen by Youths and Their Attorney: An Exploration of Competence-Based Issues, en *YOUTH ON TRIAL*", *supra* nota 11, en 225, 232-34; Wong, *supra* nota 124, en 181.

128 Schmidt et al., *supra* nota 57, en 180.

129 Berkheiser, *supra* nota 68, en 629-30 (Citando los estudios realizados por Thomas Grisso cuyos resultados muestran que es poco probable que los jóvenes entiendan los derechos que se les pide renunciar o las consecuencias de renunciar a ellos).

130 Ver a Alan E. Kazdin, "Adolescent Development, Mental Disorders, and Decision Making of Delinquent Youths" ("Un examen de las capacidades de toma de decisiones entre los jóvenes delincuentes debe tener en cuenta el hecho de que, como grupo, estos jóvenes tienen una tasa mucho más alta de trastornos mentales que los adolescentes en general"), en *YOUTH ON TRIAL*, *supra* nota 11, en 33, 34; Wong, *supra* nota 124, en 183 (reporta que "un alto porcentaje de jóvenes mentalmente retardados o al borde del retraso mental en el sistema de justicia juvenil, contribuye a inhabilitarlos para ayudar en la defensa a sus abogados").

porcentaje de jóvenes encarcelados con trastornos de salud mental es mucho mayor que el de la población juvenil en general.<sup>131</sup> Los trastornos más frecuentes entre los jóvenes encarcelados son los trastornos de conducta, depresión, déficit atencional/hiperactividad, dificultades de aprendizaje, trastorno de estrés postraumático, y discapacidades de desarrollo.<sup>132</sup> Para los niños, el déficit atencional/ hiperactividad y algunos problemas de aprendizaje pueden hacer las tareas, ya difíciles, como son recordar y la comunicación de los acontecimientos, prácticamente imposibles.<sup>133</sup> La depresión y el trastorno de estrés postraumático pueden provocar en los niños una desmotivación para ayudar a su abogado y para ayudarse a sí mismos.

Debido a que el modelo de defensa basado en el mejor interés no depende de la capacidad cognitiva del niño, ni de sus habilidades para tomar decisiones o de la capacidad para comunicarse con un abogado, el modelo sigue prosperando en el sistema de justicia juvenil. A menos que las limitaciones cognitivas y psicológicas, reales y percibidas entre niños y adolescentes, puedan ser corregidas o tomadas en cuenta en el contexto de la delincuencia, los abogados tendrán dificultades para mantener la tradicional relación abogado-cliente con el niño.<sup>134</sup>

#### **4. El Fracaso de las Reglas Modelo de Conducta Profesional para Proporcionar una Orientación Adecuada al Abogado que Representa a Niños**

Cuando la función de los abogados se enmarca en términos de capacidad del cliente para dirigir o colaborar con la defensa, el abogado puede acudir a las normas de ética profesional para orientarse. Desafortunadamente, las ambigüedades de las Reglas Modelo de Conducta Profesional son comparables a las del lenguaje utilizado en el caso *Gault* y hacen poco para aclarar las funciones del abogado defensor del niño en casos de delincuencia. El punto de partida natural para la discusión de las obligaciones éticas del abogado en favor de los niños es la Regla Modelo 1.14, que instruye al abogado mantener una relación “normal” con su cliente, en la medida de lo razonablemente posible, aun cuando la capacidad de tomar decisiones de un cliente esté disminuida por la juventud.<sup>135</sup> Aunque la Regla 1.14 suscribe una relación

---

131 Véase la publicación del National Mental Health Ass'n, “*Children with Emotional Disorders in the Juvenile Justice System*”, <http://www.nmha.org.children/justjuv/index.CFM> (última visita, 23 de septiembre de 2005) (reconoce que el porcentaje puede ser tan alto como 60 a 75%).

132 Ver id.

133 Ver Wong, *supra* nota 124, en 182.

134 Ver *infra* Parte III para la discusión de cómo los abogados podrían mejorar el desarrollo de las capacidades del niño para tomar decisiones.

135 Reglas Modelo de Conducta Profesional. R. 1.14 (a) (2003).

abogado-cliente presuntamente normal, la regla también excusa al abogado de esa norma cuando el cliente arriesga importantes daños físicos, financieros o de otro tipo y no puede proteger adecuadamente sus propios intereses.<sup>136</sup> Es así como la interpretación del abogado de su función se convierte en la presunción que él hace sobre la capacidad del niño para actuar en su propio interés.

La disparidad en el rol asumido entre los abogados defensores juveniles a través del país sugieren que la Regla 1.14 no ha logrado su objetivo que es el de desarrollar uniformidad en la práctica.<sup>137</sup> Antes de 2002, los abogados de todos los asuntos y con puntos de vista contrarios sobre el rol del abogado, de modo casi uniforme, acordaron que la Regla 1.14 había sido inútil para proporcionar orientación a los abogados que representan a los menores u otras personas con potencial capacidad disminuida. Los defensores de los clientes con discapacidad mental se quejaron de que la Regla 1.14 ofrecía muy poca orientación para el abogado que trataba de determinar si el cliente estaba impedido.<sup>138</sup> Los defensores mayores se quejaron de que la regla fracasó al proporcionar o recomendar algún tipo de herramienta que el defensor pudiera usar para medir la capacidad del cliente para tomar decisiones relacionadas con el caso.<sup>139</sup> Los defensores de niños encontraron que la regla era poco realista y poco útil en alentar al abogado para desarrollar y mantener una relación abogado-cliente normal con el niño;<sup>140</sup> y los defensores de los derechos de los padres argumentaron que la falta de orientación en las reglas daba al abogado total discreción para decidir si seguir o no los deseos del niño en todo.<sup>141</sup> En 1997, la ABA convocó a la Comisión de Ética 2000 para reescribir las Reglas Modelo

136 Id. Regla 1.14 (b).

137 E. Norman Veasey, Comisión de Evaluación de las Reglas Modelo de Conducta Profesional ("Ethics 2000"): Introducción del Presidente (Feb. 2000) ("Una de las principales razones detrás de la decisión de revisar las Reglas Modelo fue la creciente disparidad en los códigos de ética de los estados").

138 Ver por ejemplo, Daniel L. Bray & Michael D. Ensley, "Dealing with the Mentally Incapacitated Client: The Ethical Issues Facing the Attorney", 33 FAM. L. Q. 329, 333 (1999).

139 Ver por ejemplo, Jan Ellen Rein, "Clients with Destructive and Socially Harmful Choices- What's an Attorney to Do?: Within and Beyond the Competency Construct", FORDHAM L. REV. 1101, 1138 (1994) (quejándose de que "la regla no establece cuál de los muchas pruebas y modelos médicos para determinar la competencia, debiera usar el abogado al realizar este juicio. La regla no ofrece ninguna pista acerca de cómo determinar la incapacidad parcial o intermitente para realizar tareas específicas, y tampoco reconoce lo que es una expectativa poco realista que se impone al abogado").

140 Ver por ejemplo, Guggenheim, *supra* nota 83, en 1401 (discusión sobre los intereses de la defensa del niño).

141 Ver por ejemplo, Hafen, *supra* nota 82, en 451 (discusión sobre los derechos de la defensa del niño).

de Conducta Profesional<sup>142</sup> y específicamente los problemas de la capacidad del cliente.<sup>143</sup> Aunque hubo cambios significativos en la Regla 1.14 en febrero de 2002, no está del todo claro que la regla revisada generará más uniformidad que la que ha tenido en el pasado.<sup>144</sup> La Regla 1.14 se incluyó en la Propuesta de Plan de Trabajo de Ética 2000, específicamente a instancias de los defensores de niños que se quejaron de que la regla prácticamente no ofrecía orientación para los abogados que representan a niños.<sup>145</sup> Posteriormente, la Comisión celebró una serie de reuniones públicas y solicitó los aportes de la comunidad jurídica en relación con las revisiones propuestas. Por alguna razón, después del inicio del Plan de Trabajo de Ética 2000, los abogados defensores de menores desaparecieron del proceso de la Comisión y los abogados de personas de mayor edad de la barra asumieron un rol de liderazgo en los esfuerzos para revisar la Regla 1.14.<sup>146</sup> Este cambio en el liderazgo fue significativo, dado que los defensores de personas de mayor edad tienden a favorecer una mayor toma de decisiones del

---

142 Véase, *supra* nota 137. en xv (que indica que para determinar el grado de disminución de la capacidad del cliente, el abogado debe considerar y equilibrar factores como: la capacidad del cliente para articular razonamientos que conduzcan a una decisión, la variabilidad del estado mental y la capacidad de apreciar las consecuencias de una decisión; la justicia sustantiva de una decisión; y la coherencia de una decisión con el conocimiento de los valores del cliente y de los compromisos a largo plazo).

143 Ver CTR. FOR PROF'L RESPONSIBILITY, ABA, ETHICS 2000 PROPOSED WORK PLAN: ISSUES TO BE CONSIDERED (de aquí en adelante ETHICS 2000 PROPOSED WORK PLAN) disponible en <http://abanet.org/cpr/wkpliss.html> (última visita en septiembre 23, 2005) (examinando la Regla 1.14).

144 Comparar Michael D. Drown & Pamela Halprin, Nota, "Determining the Effective Representation of a Child in Our Legal System: Do Current Standards Accomplish the Goal?" 40 FAM. CT. REV. 383, 386 (2002) (expresando algunas insatisfacciones con la revisión de la Regla), y Richard Miller, "Secret Keeper or Tattletale: Incursions Upon the Attorney-Client Privilege", ORANGE COUNTY LAW., Feb. 2002, en 4, 4 (2002) (expresando algo de insatisfacción con la revisión de la regla) con Edward Spurgeon & Mary Jane Ciccarello, "Lawyer Acting as Guardians Policy and Ethical Considerations", 31 STETSON L. REV. 791 822 (2002) (sugiriendo que la nueva Regla proporciona más orientación), y A. Frank Johns & Charles P. Sabatino, "Wingspan-The Second National Guardianship Conference", 31 STETSON L. REV. 573, 587 (2002) (expresando consenso entre los abogados mayores, a quienes la revisión otorga mayor orientación).

145 Ver Propuesta de Plan de Trabajo Ética 2000, *supra* nota 143.

146 Las actas de la reunión de la Comisión de Ética de 2000 muestran una amplia participación de la Academia Nacional de los Abogados Mayores (NAELA) y algunas personas de menor participación de la Comisión sobre los Problemas Jurídicos de la Tercera Edad (CLPE) y Servicios Legales para la Tercera Edad entre 1997 y 2002. El presidente de NAELA A. Frank Johnson, declaró ante la Comisión. Ver "Ethics 2000 Comm'n, Ctr. for Prof'l Responsibility, Minutes of Meeting in Atlanta, Ga (Aug. 6-8, 1999) disponible en <http://www.abanet.org/cpr/080699mtg.html>. Además, Johns emitió comentarios escritos de las posiciones de la NAELA. Ver A. Frank Johns, Presidente NAELA, Comentarios Escritos a la Comisión Ética 2000 (Feb. 8, 2000), disponible en <http://www.abanet.org/cpr/naela2.html>; A. Frank Johns, Presidente NAELA, Comentarios Escritos a la Comisión Ética 2000 (Julio 12, 1999) disponible en <http://www.abanet.org/cpr/naela899/html>. Además, ver: Johns, Presidente de NAELA, «Written Remarks to Ethics 2000 Comm'n» (Mayo 19, 2000), disponible en: <http://www.abanet.org/cpr/naela600.html>; A. Frank Johns, Presidente de NAELA, «Written Remarks to Ethics 2000 Comm'n» (Febrero 8, 2000) disponible en <http://www.abanet.org/cpr/naela2.html>; A. Frank Johns, «Written Remarks to Ethics 2000 Comm'n» (Julio 12, 1999) disponible en <http://www.abanet.org/cpr/naela899.html>

abogado,<sup>147</sup> mientras que los estudiosos de la defensa de niños tienden a rechazar el modelo paternalista de defensa basado en el mejor interés del niño en favor de la tradicional defensa centrada en el cliente.<sup>148</sup>

Un comentario reciente entre los defensores de personas de mayor edad revela una creciente preocupación por el posible impacto negativo de la autonomía de cada cliente en la resolución de temas legales comunes. En particular, los comentaristas han sugerido que puede ser injusto honrar la decisión de un anciano, cuando esa decisión puede ser auto-destructiva o agobiar a la familia del anciano con responsabilidades de mayor apoyo emocional y físico.<sup>149</sup> Los abogados defensores de personas mayores que testificaron ante la Comisión de Ética 2000 alentaron activamente a la Comisión a alejarse de la "moral del individualismo" y a adoptar una construcción más comunitaria de representación.<sup>150</sup> Los defensores también presionaron por revisiones que permitan una mayor flexibilidad en la evaluación de la capacidad del cliente para efectos de la Regla 1.14 y un nuevo lenguaje en las Reglas 1.7 y 1.14 que permitan e incluso alienten "la representación, conjunta, múltiple y familiar" y facilitar una mayor comunicación o consulta del abogado con los familiares de los clientes y otras personas interesadas.<sup>151</sup>

Aunque la Comisión de Ética 2000 no adoptó explícitamente una forma comunitaria de representación construida en la unidad familiar, las revisiones no respondieron a ello y adoptaron

147 Peter Margulies, "Access, Connection and Voice: A Contextual Approach to Representing Senior Citizens of Questionable Capacity", 62 FORDHAM L. REV. 1073 (1994); Nancy M. Maurer & Patricia W. Johnson, "Ethical Conflicts in Representing People with Questionable Capacity" (114 PLI/NY, 3d ed. 2002) en "Representing People with Disabilities 1-1, en 1-8, 1-23; ver también Rein, *supra* nota 139, en 1160-62

148 Drews & Halprin, *supra* nota 144, en 383; Peters, *supra* nota 56, en ch. 2 (criticando al modelo del mejor interés como demasiado paternalista y fracasado en otorgar la debida atención a los deseos del niño). Ver también *supra* nota 57 y el texto que la acompaña (muestra un ejemplo de opiniones en apoyo del tradicional modelo adversarial de defensa).

149 Ver por ejemplo, Rein, *supra* nota 139, en 1132. El Profesor Jan Rein, por ejemplo, critica fuertemente "el incondicional e ilimitado" individualismo del mundo legal del Occidente y argumenta que los abogados deben servir como "guardianes" de la comunidad. Id. en 1103-05, 1146. Mientras ella no reconoce el valor de la autonomía individual, el Profesor Rein llama a un equilibrio de esa autonomía con la competencia legítima de la familia e interés social y por mejores mecanismos para los abogados que deben hacer frente a las opciones destructivas y anti-sociales de sus clientes. Id. en 1102-04, 1116-17.

150 Ver los comentarios escritos de A. Frank Johns, Presidente, NAELA, "Written Remarks to Ethics 2000 Comm'n" (Julio 12, 1999) respecto a la Comisión Ética 2000 (Julio 12, 1999), disponible en <http://www.abanet.org/cpr/naela2.html> (discusión de enmiendas a la Regla 1.7).

151 Id.; ver también Johns & Sabatino, *supra* nota 144, en 587-89 (discusión de las propuestas de la Segunda Conferencia Nacional de Tutores Legales); Minutas del Comité de la ABA para la Comisión de Responsabilidad Profesional y Evaluación de las Reglas de Conducta Profesional (Ag. 6-8, 1999) (de aquí en adelante Comisión CPR), disponible en <http://www.abanet.org/cpr/080699mtg.html>.

muchas de las preocupaciones de los miembros abogados de mayores de las Asociaciones. Más significativamente, la Comisión honró la solicitud de los miembros de abogados mayores de la barra para una mayor flexibilidad en la evaluación de la capacidad, revisando cuidadosamente el lenguaje de la Regla 1.14 para reflejar ese tema. En concreto, la Comisión cambió la nomenclatura de “discapacidad” por “capacidad”, abandonando el concepto binario de discapacitados y no discapacitados para considerar la capacidad a lo largo de un continuo que da más margen de maniobra a los abogados para determinar que un cliente no tiene la capacidad para tomar ciertas decisiones.<sup>152</sup>

La adición del nuevo comentario también respondió a la petición de los integrantes abogados de mayores de la barra para obtener más libertad de acción para hablar con los parientes de los clientes.<sup>153</sup> El comentario ahora permite a los clientes incluir a miembros de la familia y otras personas en las discusiones con el abogado y sugiere que el privilegio abogado-cliente podría extenderse cuando un cliente con cierta capacidad disminuida necesita y busca la inclusión.<sup>154</sup>

Sin embargo, a pesar de la tendencia hacia una mayor flexibilidad en la evaluación de la capacidad, no hay nada en la revisión de Ética 2000 que desmantele la presunción de y la preferencia por una relación abogado-cliente normal. Incluso cuando la capacidad del cliente es disminuida, “el abogado, en la medida de lo razonablemente posible, debe mantener una relación abogado-cliente normal”.<sup>155</sup> El nuevo Comentario añadido por la Comisión de Ética 2000 reitera que el interés del cliente debe permanecer en primer lugar y que el abogado debe inmiscuirse en la menor medida posible en la toma de decisiones del cliente.<sup>156</sup> Aun cuando el abogado cuenta con la flexibilidad de consultar con los miembros de la familia del cliente, el abogado debe mirar hacia el cliente, y no a un miembro de la familia para tomar decisiones en nombre del cliente.<sup>157</sup>

---

152 Ver Johns & Sabatino, *supra* nota 144, en 587-89; Comisión CPR, *supra* nota 151 (indicando la presencia de NAEFA y CLPE, cada uno de los cuales indicaron que sus agencias preferían más flexibilidad).

153 Reglas Modelo de Conducta Profesional, Regla 1.14 comentario 2 (2003); ver también CTR. FOR PROF'L RESPONSIBILITY, ABA, ETHICS 2000, COMMISSION REPORT R. 1.14, cmt 3 (De aquí en adelante Informe Comisión Ética 2000), disponible en <http://www.abanet.org/cpr/e2k-rule14.html> (compara las reglas revisadas en el 2000, con las reglas anteriores a la revisión).

154 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 comentario 3; ver también Informe Comisión Ética 2000, *supra* nota 153, R. 1.14 comentario 3, (comparando las reglas revisadas el año 2000 con las reglas antiguas).

155 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 (a); ver también, Informe Comisión Ética 2000, *supra* nota 153, Regla 1.14 (a) (compara las reglas revisadas el año 2000 con las reglas anteriores).

156 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 comentario 3; ver también, Informe Comisión Ética 2000, *supra* nota 153, Regla 1.14 (a) (compara las reglas revisadas el año 2000 con las reglas anteriores).

157 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 comentario 3; ver también, Informe Comisión Ética 2000, *supra* nota 153,

La evaluación de la capacidad también permanece claramente en el umbral de cualquier desviación de la norma. A menos que el cliente no tenga capacidad suficiente para comunicarse o tomar decisiones consideradas adecuadas por su cuenta, el abogado debe cumplir con todas las exigencias de la relación abogado-cliente normal.<sup>158</sup> Desafortunadamente, la Regla continua ambigua y se encuentra una vez más con el fracaso para definir términos como la capacidad y su falta de orientación hacia los abogados para decidir cuándo la capacidad es tan disminuida que amerita la intervención o desviación del modelo tradicional de defensa. Aunque el nuevo comentario identifica algunos factores que el abogado debería considerar en la evaluación de la capacidad del cliente,<sup>159</sup> el abogado es dejado con una considerable discrecionalidad para aplicar los factores en un determinado contexto. En la defensa de niños, las preferencias normativas y las amplias diferencias filosóficas entre quienes interpretan la Regla 1.14 pueden anticiparse a cualquier evaluación individualizada real de la capacidad cognitiva y de tomar decisiones del cliente.<sup>160</sup> Mediante la adopción de una línea bien definida o una presunción legal refutable de la edad respecto de la capacidad,<sup>161</sup> los comentaristas y profesionales que apoyan la defensa basada en el mejor interés podrían excusar categóricamente al abogado de una relación abogado-cliente normal cuando se representa a un niño de menos de una edad determinada, y argumentar por la transferencia de la autoridad para tomar decisiones desde el niño a un adulto, que puede ser el abogado o los padres.<sup>162</sup>

---

Regla 1.14 (a) (compara las reglas revisadas el año 2000 con las reglas anteriores).

158 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 comentario 5; ver también, Informe Comisión Ética 2000, *supra* nota 153, Regla 1.14 (a) (compara las reglas revisadas el año 2000 con las reglas anteriores).

159 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 comentario 6; ver también, Informe Comisión Ética 2000, *supra* nota 153, Regla 1.14 (a) (compara las reglas revisadas el año 2000 con las reglas anteriores). ("Al determinar el alcance de la disminución de la capacidad del cliente, el abogado debe considerar y equilibrar factores como: la capacidad del cliente para articular razonamiento conducente a una decisión, la variabilidad del estado de ánimo y la capacidad de apreciar las consecuencias de una decisión: la justicia sustantiva de una decisión, y la coherencia de una decisión con el conocimiento de los valores del cliente y de los compromisos a largo plazo").

160 Ver *supra* nota 82-84 y el texto que la acompaña.

161 Para ejemplos de generalizaciones de "líneas bien definidas" acerca de la capacidad de los niños, véase Estándares para Abogados y Tutores Ad Litem en Procedimientos de Custodia o Visitas 2.2. (Am. Acad. of Matrimonial Law 1994) (presume la capacidad a la edad de 12 años); Joan Margaret Kun, "Rejecting the Adage 'Children Should Be Seen and Not Heard' - The Mature Minor Doctrine", 16 PACE L. REV. 423-431 (1996) (discusión acerca de la capacidad de tomar decisiones de los niños en el contexto de un tratamiento médico, señalando que la norma consuetudinaria "Regla de los Siete", que crea una presunción legal de falta de capacidad de los niños entre la edad de siete y catorce años, y una presunción legal de capacidad de los niños mayores de catorce); Laffitte, *supra* nota 9, en 331 (discusión de la capacidad de tomar decisiones de los niños en el contexto de la Regla 1.14, señalando argumentos tales como "la edad de siete años es más probable que no sea la edad en que un niño puede manejar las decisiones, pero que los siete años de edad no deben considerarse determinante para todos los casos").

162 Ver por ejemplo Hafén, *supra* nota 82. Hafén es un defensor de los derechos paternos, quien acepta la presunción

## 2. Modelos del mejor interés y de juicio sustituido en casos de delincuencia

Teniendo en cuenta las limitaciones reales y percibidas en la capacidad de toma de decisiones de un niño, combinado con los obstáculos normativos y sistémicos a la autonomía del niño y el adolescente, es poco probable que la relación abogado-cliente en los casos de delincuencia pueda alguna vez reflejar completamente la relación que se da en los casos penales de adultos. Sin embargo, los obstáculos actuales a la relación abogado-cliente niño, no pueden ser tan insuperables como para requerir o justificar un modelo de defensa que difiera tan radicalmente de la representación de los adultos. En los casos de delincuencia, como en los casos penales, el paradigma abogado-cliente debe dar un significado sustantivo al derecho constitucional de los niños a un abogado, comportándose con nociones de justicia fundamental y debido proceso, y cumplir con las Reglas Modelo, al menos de preferencia nominal por la lealtad y autonomía del cliente.<sup>163</sup> En la mayor medida posible, el paradigma de los menores también debe adaptarse y mejorar el desarrollo cognitivo, emocional y psicosocial del niño y no obstaculizar el éxito de la rehabilitación de los niños en el sistema de justicia juvenil.

El resto de este artículo está dedicado a identificar cuál, de haber alguno, de los actuales marcos de la relación abogado-cliente podría acomodarse mejor a las metas y los objetivos del tribunal juvenil. Las partes II y III se mueven más allá de la dicotomía binaria del mejor interés/interés expresado para un examen más matizado de la continuidad de los posibles paradigmas abogado-cliente. La parte II examina en primer lugar la gama de los modelos de defensa por el mejor interés y de juicio sustituido, prestando especial atención a la defensa centrada en el abogado, a la defensa centrada en los padres y a la doctrina del juicio sustituido. Si bien reconozco la razón que podría apoyar la transferencia de autoridad de la toma de decisiones del niño a un adulto en el modelo de defensa por el mejor interés, he llegado a la conclusión que la defensa por el mejor interés compensa en exceso las diferencias entre niños y adultos, no hace ningún esfuerzo para mejorar o desarrollar la evolución de la capacidad cognitiva de los niños, y en última instancia, niega a los niños el derecho fundamental al debido proceso dentro del sistema de justicia juvenil. La parte II también pone en entredicho el tema de si un

---

de incapacidad porque los niños son incapaces de ejercer juicios razonables, pero no cita ninguna investigación científico social respecto a la capacidad cognitiva y/o psicosocial de los niños.

<sup>163</sup> El compromiso de las Reglas Modelo con la lealtad y autonomía para con los clientes son evidentes en una serie de reglas. Ver, por ejemplo, Reglas Modelo de Conducta Profesional, Regla 1.2 (la asignación de las decisiones al cliente, relativas a los objetivos del caso); id. Regla 1.6 (que requiere que el abogado mantenga la confidencialidad del cliente); id. Regla 1.7 (instrucciones al abogado para evitar conflictos de intereses entre él y el cliente); id. Regla 1.14 (que exige al abogado luchar por una relación abogado-cliente normal, incluso cuando el cliente tiene capacidad disminuida).



abogado o un padre pueden determinar adecuadamente el mejor interés del niño sin la participación del menor, y concluye que el modelo de defensa basado en el mejor interés en realidad puede obstaculizar los objetivos de rehabilitación, desconectando al niño de su realidad en el mejor de los casos y generando su hostilidad en el peor de ellos.

#### A. Modelo de Defensa Basado en el Mejor Interés del Niño. Guiado por el Abogado

##### **1. Razones/Justificación**

Cuando consideramos las preocupaciones legítimas con respecto a ceder autoridad a los niños que a menudo poseen una limitada capacidad cognitiva, inmadurez y un sistema de valores con poca visión de futuro, no es sorprendente que el modelo de defensa basado en el mejor interés del niño haya prosperado tanto tiempo después de la adopción de los Estándares IJA-ABA. El modelo del mejor interés, en realidad, parece haber nacido directamente de la creencia de que los niños no son capaces de reconocer o actuar de acuerdo con sus propios intereses superiores.<sup>164</sup> Es así como se debe otorgar a algunos adultos racionales, con más experiencia, la autoridad para tomar decisiones importantes en la vida del niño.

La transferencia de la toma de decisiones de un menor acusado a un abogado que actuará en el mejor interés del niño, puede tener sentido si suponemos que los niños y los adolescentes son incapaces de emitir juicios u opiniones razonadas y reflexivas con respecto a las múltiples decisiones que deben tomarse en el curso del litigio. El abogado objetivo, pero preocupado, utilizará la sabiduría que ha ganado en sus propias experiencias de vida y tomará las decisiones teniendo en mente el interés a largo plazo del niño. Presumiblemente, en cada punto de decisión en el caso el abogado es capaz de identificar una gama más amplia de opciones que el niño, puede reconocer varios de los posibles resultados y consecuencias, y podrá sopesar mejor las ventajas y desventajas de cada opción. Incluso si las decisiones del abogado no satisfacen los valores inmediatos y temporales del niño, las decisiones deben ser aceptables para el niño pensándolo como un adulto maduro.

El modelo del mejor interés también puede responder a las preocupaciones de que los niños son poco proveedores de información.<sup>165</sup> Un defensor basado en el mejor interés, como un

<sup>164</sup> Davis, *supra* nota 60, en 826-27; ver Jan C. Costello "Ethical Issues in Representing Juvenile Clients: A Review of the IJA-ABA Standards on Representing Private Parties", 10 N. M. L. REV. 255, 258 (1980).

<sup>165</sup> Ver Buss, *supra* nota 56, en 927-28 (discusión acerca de las dificultades enfrentadas por los abogados al comunicarse con los clientes niños); Federle, *supra* nota 61, en 1689 (señalando que "las capacidades limitadas del niño en los aspectos lingüístico y cognitivo", pueden resultar en que el niño sea incapaz de expresarse claramente); Tobey et al., *supra* nota 127,

tutor ad litem, por lo general no se considera obligado a cumplir los estrictos requisitos del privilegio de confidencialidad de la relación abogado-cliente.<sup>166</sup> Con una mayor libertad para comunicarse fuera de la relación abogado-cliente, el abogado puede reunir e intercambiar información con el tribunal y los parientes del niño, las autoridades escolares y vecinos. Debido a que el abogado ya no depende de la información que le entregue el niño, la inherente desconfianza entre el niño y su abogado podría decirse que será menos perjudicial en el caso.

El modelo del mejor interés también está muy adecuado con la agenda histórica del tribunal juvenil -rehabilitar a los niños. En el tribunal de rehabilitación, los abogados que actúen en el mejor interés de su cliente se unen a un equipo de funcionarios del tribunal que desarrolla un plan para sacar al niño de una vida de delincuencia y lo preparan para ser un miembro productivo de la sociedad. Si el equipo está realmente comprometido a servir al mejor interés del niño, entonces el abogado puede sentirse cómodo ayudando en los esfuerzos del equipo y puede estar menos preocupado por el debido proceso. Al promover el mejor interés del niño, el abogado también puede apaciguar la impaciencia del juez y asegurar un mejor resultado para su cliente. Habida cuenta de las ambigüedades del caso Gault, los estatutos estatales respecto al derecho al abogado y las Reglas Modelo de Conducta Profesional, muchos defensores encuentran pocos argumentos que les prohíban, formal o definitivamente, asumir este rol paternalista en la defensa.

## 2. Limitaciones del Modelo del Mejor Interés

Aunque el modelo del mejor interés parece compensar muchas de las dificultades encontradas entre niños y adultos en la tradicional relación abogado-cliente, el modelo parece compensar en exceso estas dificultades al aceptar sin probar tendencias y generalizaciones sobre los niños y adolescentes, y pasando por alto las consideraciones acerca de las diferencias individuales entre los niños a lo largo del desarrollo continuo.<sup>167</sup> El modelo también hace caso omiso de los esfuerzos de recuperación que podrían mejorar la capacidad de decisión entre los niños y no hace ningún esfuerzo para dar cabida a las diferencias entre niños y adultos. Aún más

---

en 232-33 (describiendo las dificultades de los jóvenes para expresarse en el tribunal y a sus abogados, debido a razones tales como problemas emocionales, frustración y falta de familiaridad con la defensa).

166 Ver Buss, *supra* nota 9, en 1743-44 (la defensa celosa del abogado por el mejor interés del cliente no obliga a mantener el secreto de la información); Ellen Marrus, "Please Keep my Secret: Child Abuse Reporting Statutes, Confidentiality, and Juvenile Delinquency", 11 GEO. J. LEGAL ETHICS 509, 533-34 (1998) (el modelo de defensa por el mejor interés en procesos de delincuencia puede conducir a la defensa a revelar información privilegiada al tribunal, si es que el abogado cree que es en el mejor interés del niño).

167 Ver Laurence Steinberg & Elizabeth Cauffman, "A Developmental Perspective on Serious Juvenile Crime: When Should Juveniles Be Treated as Adults?", 63 FED. PROBATION 52, 53 (1999).

importante, el modelo del mejor interés sigue siendo contrario a determinados derechos fundamentales y principios de la jurisprudencia estadounidense, incluido el compromiso de larga data con la autonomía personal, el respeto de la toma de decisiones individual, y la garantía del debido proceso cuando están en juego los intereses de la libertad de la persona.<sup>168</sup>

a) El modelo del mejor interés no hace ningún esfuerzo para dar cabida a las diferencias entre niños y adultos y puede obstaculizar la rehabilitación de los niños en el sistema de justicia juvenil

Los abogados con demasiada frecuencia aceptan sin probar la presunción de que los niños y los adolescentes carecen de la capacidad de razonar completamente las decisiones que se les presentan. Los profesionales siguen ligados a las determinaciones formulistas de la competencia frente a la incompetencia y no reconocen que la capacidad cognitiva varía ampliamente entre los niños y adolescentes.<sup>169</sup> Peor aún, el concepto de la adolescencia a menudo se pierde en la construcción binaria de niños frente a adultos.<sup>170</sup> Esta “pérdida” de la adolescencia es especialmente perjudicial en los tribunales juveniles donde la delincuencia es más frecuente entre las edades de trece y dieciséis años, con la mayor concentración en torno a los dieciséis años.<sup>171</sup> A menudo la ley trata a los adolescentes como a los niños, haciéndolos presuntamente dependientes e incompetentes.<sup>172</sup>

---

168 Guggenheim, *supra* nota 8, en 82; ver también Guggenheim, *supra* nota 83, en 1405-06 (argumentando que la autonomía individual es un principio básico desde el cual se debe discutir cualquier tema relacionado con el rol del defensor); Shannan L. Wilber, “*Independent Counsel for Children*”, 27 FAM. L. Q. 349,353 (1993) (argumentando que nuestro énfasis en los derechos individuales y la autonomía personal son promovidas por un rol del abogado que permite a los litigantes perseguir y proteger sus derechos legales); Susan D. Hawkins, Nota, “*Protecting the Rights and Interest of Competent Minors in Litigated Medical Treatment Disputes*”, 64 FORDHAM L. REV. 2075, 2076 (1996) (argumentando que el control sobre el proceso de la toma de decisiones yace en el corazón mismo del sistema jurídico estadounidense cuando los derechos legales personales están en riesgo). Además ver Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622, 638-39 (1979) (señalando que “la tradicional autoridad paternal no es inconsistente con nuestra tradición de libertad individual”); Hafen, *supra* nota 82, en 423.

169 Ver Janet E. Ainsworth, “*Juvenile Justice: Youth Justice in a Unified Court: Response to Critics of Juvenile Court Abolition*”, 36 B. C. L. REV. 927, 939-40 (1995); Scott, *supra* nota 82, en 549, 559-60.

170 Ver Scott, *supra* nota 82, en 548, 557.

171 *Id.* en 593-94, (“El comportamiento delincriminal es raro en la adolescencia temprana; aumenta alrededor de los dieciséis años y decae drásticamente de los diecisiete años en adelante”).

172 *Id.* en 548, 557. Sin embargo, las iniciativas legislativas modernas sugieren que la ley y los políticos están cambiando el status de los menores de mayor edad al estatus de adultos para que puedan ser transferidos y procesados en tribunales de adultos cuando son acusados de crímenes. Ver FLA. STAT. ANN 985.227 (West 2005) (admitiendo la acusación ante un tribunal de adultos para niños entre catorce y diecisiete años reuniéndose criterios específicos).

La defensa basada en el mejor interés también ha fracasado en reconocer la toma de decisiones razonada como una habilidad adquirida, que varía según el contexto, la experiencia y la educación.<sup>173</sup> El abogado considera cualquier evidencia de capacidad disminuida como prueba de la incompetencia del niño para ayudar a la defensa o participar en el juicio. Sin embargo, en lugar de plantear una cuestión de competencia con el tribunal potencialmente legítima,<sup>174</sup> la defensa basada en el mejor interés simplemente hace caso omiso de los deseos del cliente y los sustituye por lo que piensa es mejor para el niño. Lamentablemente, los abogados que dejan de lado hablar con sus clientes pierden una valiosa oportunidad para mejorar la capacidad de tomar decisiones del niño. Estos abogados no reconocen que un niño que está bien asesorado en la confianza y entorno seguro de la oficina de su abogado, puede tomar decisiones meditadas y bien razonadas en relación con el caso, incluso si es que fuese probable que él sea propenso a emitir malos juicios y a tomar malas decisiones en la calle o en la interacción con sus pares.<sup>175</sup>

Por otra parte, aun admitiendo que muchos jóvenes y adolescentes tienen limitaciones cognitivas y psicosociales que afectan su juicio, el riesgo de daño producto de tales limitaciones se reduce significativamente en el contexto de la delincuencia porque el niño es rara vez el que toma la decisión final sobre cualquier asunto.<sup>176</sup> Debido a que los casos de delincuencia son audiencias adversariales en las que el juez toma la decisión final acerca de temas tales como la detención, culpabilidad, inocencia y disposición, el abogado puede dar autoridad al niño para orientar la dirección procesal del caso, pero no puede permitir que el niño evite cualquier servicio de rehabilitación que el juez o el oficial de libertad condicional, en última instancia, consideren necesario. Así pues, aun cuando el menor, prudencial o imprudencialmente, instruye a su abogado para abogar por su puesta en libertad de vuelta a la comunidad, el juez será

---

173 Cochran et al., *supra* nota 121, 1-4, en 8-9. El sentido de moralidad del niño también crece/cambia con el proceso y el error en la práctica. *Id.* 9-2 (a), en 170.

174 En *Dusky v. United States*, 362, U.S. 402 (1960), el Tribunal Supremo esbozó un estándar legal de dos partes para determinar si un acusado era competente para ser juzgado. El acusado será considerado competente si es capaz de "comprender de manera fáctica y racional los hechos del procedimiento en su contra" y si tiene "suficiente capacidad para consultar con su abogado con un grado razonable de entendimiento". *Id.* en 402. Los estándares de competencia han sido aplicados en los procesos juveniles en varias jurisdicciones. Ver. *e.g.* *Golden v. State*, 21. S.W. 3d 801,803 (Ark. 2000); *In re W.A.F.*, 573 A.2d 1264, 1267 (D.C. 1990); *In re S.H.* 469, S.E. 2d 810, 811 (Ga. Ct. App. 1996); *In re Carey*, 615 N.W.2d 742, 746-47 (Mich. Ct. App. 2000); *In re Williams*, 687 N.E. 2d 507, 510 (Ohio Ct. App. 1997). Ver en forma general Grisso, *supra* nota 114 (discusión acerca de incluir en la evaluación de competencia para las personas en calidad de acusados, su comprensión del proceso legal, su apreciación de circunstancias legales importantes para su defensa, su habilidad para comunicar información al abogado, y su razonamiento y juicio al tomar decisiones).

175 Ver Buss, *supra* nota 56, en 918-19.

176 Ver *id.*, en 905.

quien, en última instancia, decidirá si es conveniente que el niño quede en libertad. Asimismo, aunque el niño puede dar instrucciones a su abogado para litigar aspectos de la Cuarta Enmienda que podrían resultar en la desestimación de los cargos y la pérdida de tratamiento para el niño, las decisiones finales sobre la supresión de la evidencia y desestimación de los casos quedan en manos del juez, quien decide sobre la base de los principios constitucionales fundamentales. En última instancia, los asuntos de seguridad pública y del bienestar del niño deben ser protegidos a través del proceso judicial, no mediante la manipulación de la relación abogado-cliente o limitando la participación del niño en su propio caso.

De hecho, un modelo de defensa que niega al niño manifestarse significativamente en la relación abogado-cliente, y por lo tanto en el sistema de justicia juvenil en su conjunto, puede realmente obstaculizar los objetivos de rehabilitación y de seguridad pública del tribunal.<sup>177</sup> Es menos probable que el cliente que es excluido del proceso esté dispuesto a revelar información importante, y aún menos probable que siga adelante con los pasos necesarios del caso, y estará menos propenso a cumplir con las órdenes dictadas por un juez al que nunca ha oído hablar o no ha considerado las opiniones del niño.<sup>178</sup> Sin una visión crítica del niño, el equipo de diagnóstico asignado para desarrollar un plan de disposición para él, es probable que se base en una imagen inexacta o incompleta de las necesidades del niño. Además, el niño que percibe que el modelo del mejor interés es injusto<sup>179</sup> y resiente la exclusión de su opinión en los procedimientos, también puede rebelarse contra el plan de tratamiento del tribunal y puede negarse a seguir adelante con el asesoramiento, las reuniones de libertad condicional, el toque de queda, y otros requisitos del tratamiento.<sup>180</sup> De esta manera, el modelo del mejor

177 Ver Amy D. Ronner, "Songs of Validation, Voice, and Voluntary Participation" 71 U. CIN. L. REV. 89, 93-96 (2002) (argumentando que en la medida que un joven siente que él o ella tienen voz en el proceso, es más probable que estén dispuestos a iniciar su curación y mejorar su comportamiento futuro).

178 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 7-3 (a), en 115.

179 Evaluación de Maine, *supra* nota 2, en 27 (citando a un menor diciendo "el abogado es amigo del oficial de libertad condicional. Siento que no tengo a nadie que me defienda"); Evaluación de Washington, *supra* nota 2, en 41 ("yo pienso que los abogados harán lo que ellos quieran. Es importante escuchar. Ellos realmente no me entienden. Están todos de acuerdo en lo que ELLOS van a decir y hacer - en vez de tan sólo escucharme ") (alteración en el original); ver también, *supra* nota 3 y el texto que la acompaña.

180 Ver Juan Ramirez Jr. & Amy D. Ronner, "Voiceless Billy Budd: Melville's Tribute to the Sixth Amendment", 41 CAL. W. L. REV. 103, 120-21 (2004) (las personas que perciben que el sistema de justicia es injusto "son menos propensas a aceptar las decisiones judiciales"); véase Cochran et al. *supra* nota 121, 7-3 (a), en 115 (planteando que los abogados que construyen relaciones personales con los clientes, pueden tener más éxito en el asesoramiento a sus clientes que aquellos que emplean tácticas coercitivas); Rhonda Gay Hartman, "Adolescent Autonomy: Clarifying and Ageless Conundrum", 51 HASTINGS L. J. 1265, 1330-31 (2000) ("En el contexto del compromiso civil, la evidencia sugiere que permitir a un adolescente dirigir su propio cuidado, aumenta el efecto de la terapia..."); Robyn-Marie Lyon, "Speaking for a Child: The Role of Independent Counsel for Minors", 75 CAL. L. REV. 681, 685 (1987) (citando a Guggenheim, *supra* nota 8, en 78) (argumentando que

interés en última instancia priva al niño de un sentido de justicia y obstaculiza los esfuerzos por hacer del niño un miembro responsable de la sociedad.<sup>181</sup> Al final, los riesgos y consecuencias de la exclusión de la voz del niño en el proceso deben justificar el respeto al niño en la relación abogado-cliente incluso cuando el niño no es totalmente maduro o no posee la capacidad cognitiva óptima.

b) La defensa del mejor interés no es coherente con las Reglas Modelo de Conducta Profesional

Aunque las Reglas Modelo a menudo son ambiguas al definir el papel del abogado defensor del niño, el modelo de defensa basado en el mejor interés puede no ser coherente con principios fundamentales, como la autonomía del cliente, incrustados en las reglas. Lo más importante es que las Reglas Modelo reconocen explícitamente que los clientes muy jóvenes o muy viejos pueden tener opiniones razonadas que se deben sopesar de manera justa en los procedimientos judiciales. Como se reconoce en el Comentario a la Regla 1.14, a menudo “niños de tan sólo cinco o seis, y sin duda los niños de diez o doce años” poseen la “capacidad de comprender, deliberar y llegar a conclusiones sobre cuestiones que afectan su propio bienestar”.<sup>182</sup> Si el cliente tiene valores y objetivos identificables, entiende las consecuencias de sus decisiones, y puede proporcionar razones para seleccionar entre las opciones en competencia, entonces el cliente es lo suficientemente capaz de dirigir al abogado y la decisión del cliente debe ser aceptada.<sup>183</sup> Lamentablemente, los defensores del modelo por el mejor interés del cliente muy a menudo cuentan con un método circular, un razonamiento autocomplaciente para encontrar que la decisión del cliente es poco razonable o imprudente.<sup>184</sup> En vez

---

es injusto obligar a un niño a hacerse responsable de sus acciones y, al mismo tiempo, privarlo de la capacidad de dirigir al abogado en su propia defensa).

181 Lyon, *supra* nota 180, en 686; Ronner, *supra* nota 177, en 93.

182 Ver Reglas Modelo de Conducta Profesional. Comentario 6 Regla 1.14 (2003) (identificando factores que los abogados deberían considerar al evaluar la capacidad de un niño).

183 Ver Comentario de ABA sobre Ética y Responsabilidad Profesional, Op. 96-404 (1996). Bray & Ensley, *supra* nota 138, en 336; David Luban: “*Paternalism and the Legal Profession*”, 1981 WIS. L. REV. 454,455-57; Maurer & Johnson, *supra* nota 147, en 1-14 (establece que los abogados deben “usar un método no circular para evaluar la capacidad. No es suficiente considerar si las decisiones del cliente son insensatas, sino, si el cliente puede dar razones para determinadas decisiones y si entiende sus consecuencias”); Rein, *supra* nota 139, en 141.

184 Ver Maurer & Johnson, *supra* nota 147, en 1-14 (aconsejando a los abogados evitar “usurpar la autoridad para tomar decisiones del cliente” coartando al cliente para consentir con la decisión del abogado); cf. comentario de Asociación de la Barra de la ciudad de Nueva York sobre Ética Profesional y Jurídica, Op. Formal 1997-2 (1997) (manteniendo que el abogado puede hacer revelaciones sin el consentimiento del cliente-niño, si el cliente es incapaz de tomar una decisión

de buscar pruebas del juicio razonado o considerado del cliente, el abogado utiliza el constructo capacidad como un medio por el cual él puede evadir la preferencia por una relación abogado-cliente normal.<sup>185</sup>

Las revisiones recientes a los comentarios de la Regla 1.14 sugieren también que un abogado debe tomar medidas de protección en nombre del cliente sólo en circunstancias limitadas y debe ejercer una acción de protección con una preferencia por la alternativa menos intrusiva. La Comisión de Ética 2000, por ejemplo, dispuso una limitación adicional sobre la interferencia del abogado limitando las acciones de protección a las circunstancias en las que el cliente está “en riesgo de sufrir daños físicos importantes, financieros, o daños de otra índole”.<sup>186</sup>

Teniendo en cuenta que el juez mantendrá el control sobre todas las decisiones finales en un caso de delincuencia luego de escuchar al fiscal y al oficial de libertad condicional, el riesgo de daño sustancial a los intereses superiores del niño no es significativamente mayor permitiendo al niño dirigir el curso de su representación legal. La Comisión también indicó que un abogado debe abstenerse de “medidas extremas” como solicitar el nombramiento de un tutor ad litem, a menos que otras medidas menos restrictivas, como la de consultar con miembros de la familia y retrasar las acciones para dar al cliente un período de reconsideración, hayan fracasado.<sup>187</sup> La revisión también elimina el lenguaje que previamente sugería que un abogado puede servir como “tutor de facto” para el cliente y ahora reconoce implícitamente una importante distinción entre el abogado del niño y el “tutor ad litem”.<sup>188</sup> En el nuevo comentario, es

---

razonada); Bray & Ensley, *supra* nota 138, en 333 n. 20 (1999) (señalando que “los actos altamente irracionales” de clientes adultos negativos en un caso de divorcio, no significa que los litigantes son incompetentes); Luban, *supra* nota 183, en 466 (argumentando que los abogados no debieran usar una lógica circular auto justificativa cuando deben determinar que una persona es incapaz de tomar decisiones razonadas).

185 Ver Rein, *supra* nota 139, en 1118 (argumentando que sería más humano para un abogado, aconsejar al cliente que él o ella no pueden hacer algo porque pueden herir a otros, que permitir al abogado declarar a un cliente incompetente para lograr las mismas metas).

186 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 (b) y comentario 5; ver también Informe de la Comisión Ética 2000, *supra* nota 153. Regla 1.14, comentario 5 (estableciendo que al tomar medidas protectoras, un abogado debería considerar los deseos y valores del cliente, y evitar inmiscuirse, en la medida de lo posible, en la autonomía del cliente).

187 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14, comentarios 5, 7; ver también Informe Comisión Ética 2000, *supra* nota 153, R. 1.14 Comentarios 5, 7 Regla 1.14 (estableciendo que un abogado debiera considerar la coherencia de una decisión con los compromisos conocidos y los valores del cliente).

188 Ver Informe de Comisión Ética 2000, *supra* nota 153, Regla 1.14 Comentarios 5, 7 (comparando la Reglas revisadas el año 2000 con la regla anterior). El comentario 7 de la Regla 1.14, reconoce que la designación de un tutor es a menudo costoso y traumática para el cliente y alienta al abogado a sopesar entre los costos financieros y emocionales frente a la necesidad de un tutor.

el "tutor ad litem" -y no el abogado-, quien debe servir de sustituto para tomar las decisiones, cuando la capacidad del cliente es tan reducida como para justificar la intervención.<sup>189</sup> La Regla no considera apropiado que el abogado se despreocupe de su lealtad al cliente y asuma el rol de custodio del mejor interés del niño.

c) El modelo del mejor interés no protege los derechos fundamentales de los jóvenes en las fases de adjudicación y disposición

El paternalismo del modelo de defensa por el mejor interés es probablemente más preocupante cuando se niega a los niños los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Como se revela en una serie de evaluaciones estatales acerca del acceso y la calidad de los defensores de menores, los abogados que se adhieren al modelo de defensa por el mejor interés a menudo prestan muy poca atención a desafiar la conducta del fiscal, realizando muy poca o ninguna investigación del caso, y con frecuencia cuentan con el oficial de libertad condicional como la principal fuente de información sobre el cliente y los cargos.<sup>190</sup> Un abogado que cree que la intervención del tribunal juvenil es lo mejor para el niño puede negarse a pelear o puede ser displicente en la lucha contra las acusaciones de delincuencia, incluso si él o ella saben que el cliente es inocente.<sup>191</sup> La defensa por el mejor interés también puede libremente hacer caso omiso del privilegio abogado-cliente y/o ignorar el derecho del niño a no autoincriminarse con el fin de garantizar que el niño reciba el tratamiento que el abogado piensa que necesita.<sup>192</sup> En algunos casos, el abogado puede realmente ayudar al fiscal a probar su caso contra el niño, decidiendo no oponerse en el juicio para de esta manera excluir

189 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 Comentario 4 (establece que el abogado debe acudir al representante legal del niño o al tutor para tomar decisiones en nombre del cliente); ver también, Informe de Comisión Ética 2000, *supra* nota 153 Regla 1.14 Comentario 4 (comparando las reglas revisadas en el año 2000 con las reglas antiguas).

190 Ver Evaluación de Kentucky *supra* nota 62, en 32 (señalando que, debido al enfoque del "mejor interés" tomado por muchos defensores juveniles, hay muy poca práctica de mociones o preparación de juicios, y muy pocos casos son llevados a juicio); Evaluación de Montana, *supra* nota 62, en 40 (estableciendo que al adoptar el enfoque por el "mejor interés", los defensores juveniles revelaron su confianza en los oficiales de libertad condicional para "ayudar a los niños", así como también la creencia de otros en el sistema que para proteger el mejor interés del niño, un defensor debiera "llevarse bien con todos"); Evaluación de Ohio, *supra* nota 62, en 26 (el enfoque por el "mejor interés" tomado por un defensor juvenil resultó en la reiteración del defensor de los comentarios negativos del oficial de libertad condicional acerca del menor, durante una audiencia y el defensor abogando que el menor fuese "encarcelado para efectos de tratamiento"); Evaluación de Texas, *supra* nota 1, en 14 (en la etapa de disposición, muy pocos defensores presentan evidencia adicional, contando con las recomendaciones del oficial de libertad condicional, en parte porque los defensores creen que los oficiales de libertad condicional saben mejor lo que es apropiado para el niño).

191 Ver Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1411.

192 Ferster et al., *supra* nota 17, en 388-89 (el abogado no contencioso puede desear revelar su creencia en la culpabilidad del niño, con el fin de asegurar los beneficios de la rehabilitación); Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1412.



pruebas<sup>193</sup>, haciendo que el derecho del niño a una prueba más allá de toda duda razonable prácticamente no tenga sentido.<sup>194</sup> En las peticiones de negociación, los abogados de la defensa también podrían ignorar claras violaciones a la Cuarta y a la Quinta Enmienda.<sup>195</sup> En la etapa de disposición, el abogado puede adherir con el juez y con el oficial de libertad condicional en la determinación de lo que es en el mejor interés del cliente,<sup>196</sup> o en algunos casos, realmente pueden solicitar medidas más restrictivas o períodos de confinamiento más largos cuando creen que estas sanciones son apropiadas.<sup>197</sup>

El modelo del mejor interés del cliente es difícil de justificar frente a los derechos sustantivos y procesales que el debido proceso debe garantizar a los niños en el sistema de justicia juvenil. A pesar de sus muchas ambigüedades y el respaldo continuo a los beneficios del tribunal juvenil, el Tribunal Supremo dejó en claro que la rehabilitación no se ofrecía a expensas del debido proceso.<sup>198</sup> El Tribunal no sólo garantizó al niño acusado el derecho a un abogado, sino que también el derecho a confrontar y a contra interrogar a los testigos, el derecho contra la autoincriminación, y el derecho a la notificación de los cargos en su contra.<sup>199</sup> Estos derechos no tendrían sentido si al niño se le hubiese negado el poder de dirigir el curso de su representación y sus derechos fuesen afirmados o renunciados según los caprichos de un abogado.<sup>200</sup> Aunque los jueces ejercen la responsabilidad final de proteger y hacer valer los derechos de los niños, si el abogado decide por su cuenta no litigar esos derechos, entonces las garantías sustantivas y procesales son desestimadas sin la participación del niño ni del juez.<sup>201</sup>

Al permitir a los abogados ejercer por el mejor interés del niño, el sistema se limita a sustituir la discrecionalidad incontrolada del tribunal por la discrecionalidad incontrolada de los abogados.<sup>202</sup> En *Gault*, el Tribunal señaló que la “descontrolada discreción [del tribunal],

193 Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1413; Platt & Friedman, *supra* nota 24, en 1179.

194 Ver, Guggenheim, *supra* nota 8, en 81, 86-87.

195 Ferster et al., *supra* nota 17, en 388 (discutiendo la práctica de los abogados de informar cualquier confesión de un menor al tribunal); Evaluación de Georgia, *supra* nota 62, en 24; ver también Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1412-13 (discusión sobre si un abogado debe usar tácticas de exclusión de prueba en la justicia juvenil).

196 Evaluación de Georgia, *supra* nota 62, en 31 (citando a un abogado defensor de Georgia cuando dice “las audiencias de disposición son realmente conducidas entre el oficial de libertad condicional y el juez. Mi aporte como abogado defensor no es necesario”).

197 Ver Ainsworth, *supra* nota 57, en 1127.

198 *In re Gault*, 387 U.S. 1, 22-23 (1967).

199 *Id.*, en 31-57.

200 Guggenheim, *supra* nota 8, en 86.

201 *Id.* en 86-87 (haciendo notar el argumento de que los estándares del mejor interés usurpan el rol del juez).

202 Ver *id.* en 87; Maurer & Johnson, *supra* nota 147, en 1-16.

aunque es benévolamente motivada, es frecuentemente un pobre sustituto de principio y procedimiento".<sup>203</sup> Como una serie de comentaristas lo han señalado, la aplicación del estándar del modelo por el mejor interés por parte de los jueces ha sido indeterminada en el mejor de los casos, y vulnerable a los prejuicios y abusos en el peor de ellos.<sup>204</sup> Debido a que los abogados están sujetos a los mismos prejuicios raciales, culturales y clasistas que los jueces, hay pocas razones para creer que los abogados estarían en una mejor posición que los jueces para evaluar el mejor interés del niño.<sup>205</sup> La discrecionalidad incontrolada de un abogado puede ser más preocupante que la de un juez, considerando que la conducta del abogado en casos de menores es muy rara vez, por no decir nunca, sujeta a una revisión vía apelación.<sup>206</sup>

Aun cuando el Tribunal en el caso *Gault* continuó afirmando las diferencias entre los procesos de adultos y de menores y negó una incorporación de modo general de la Sexta Enmienda y otras disposiciones de la Constitución en el caso de menores,<sup>207</sup> el Tribunal se mantuvo en su

---

203 387 U.S., en 18.

204 Ver Am. Law Inst., *"Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations"*, 8 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1, 2 (2001) (criticando el modelo del mejor interés como impredecible y vulnerable a la parcialidad); Wendy Anton Fitzgerald: *"Maturity, Difference, and Mystery: Children's Perspectives and the Law"*, 36 ARIZ. L. REV. 11, 53-56, 62-63 (1994) (argumentando que los prejuicios inherentes evitan que los jueces apliquen el test del mejor interés de manera objetiva y consistente); Bruce C. Hafen & Jonathan O. Hafen, *"Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child"*, 37 HARV. INT'L. L. J. 449, 463-64 ("La experiencia muestra que el estándar del mejor interés es indeterminado y muy difícil de aplicar"); Carl E. Schneider, *"Discretion, Rules, and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard"*, 89 MICH. L. REV. 2215, 2220-23 (1991) (citando a David L. Chambers, *"Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce"*, 83 MICH. L. REV. 477, 481 (1984)) (señalando que los críticos del estándar del mejor interés aplicado por los jueces encuentra que este tipo de enfoque es inherentemente indeterminado y puede ser "arbitrario y también extralimitado").

205 Ver Andrew Hoffman, *"The Role of Child's Counsel in State Intervention Proceedings: Toward a Rebuttable Presumption in Favor of Family Reunification"*, 3 CONN. PUB. INT. L. J. 326, 336 (Primavera 2004) ("La noción de que los abogados puede concluir objetivamente lo que sirve en el mejor interés del niño es absurda. Los abogados no son intrínsecamente más objetivos que cualquier otra persona". Hoffman continúa argumentando que la determinación de lo que está en el mejor interés del niño debe quedar en manos de los jueces y sus deficiencias en la vía del proceso de apelaciones); Michelle S. Jacobs: *"People from the Footnotes: The Missing Element in Client-Centered Counseling"*, 27 GOLDEN GATE U. L. REV. 345, 376-78 (1997) (argumentando que los inconscientes prejuicios raciales de los estudiantes de clínicas afectan la relación abogado-cliente).

206 Berkheiser, *supra* nota 68, en 633; ver Ed. Kinkeade, *"Appellate Juvenile Justice In Texas - It's a Crime! Or Should Be"*, 51 BAYLOR L. REV. 17,21 (1999) (señalando que una apelación de revisión en un caso de menores ante el Tribunal de Apelaciones Penales de Texas se presentó en sólo 8 casos entre 1980 y 1997).

207 387 U.S., en 22. Si bien el Tribunal ha encontrado que el debido proceso exige necesariamente algún "grado de orden y regularidad" y algunos elementos del sistema contencioso", *id.* en 27, otras características más benignas, tales como el proceso de menores separado de los procesos de adultos, la decisión de no clasificar los niños como "criminales", la decisión de no tratar a la delincuencia como base de la incapacidad civil y las políticas de protección de la confidencialidad de

mandato inequívoco de que las audiencias deben estar a la altura de los elementos esenciales del debido proceso y un trato justo.<sup>208</sup> El compromiso del Tribunal por la justicia fundamental sugiere que un niño acusado tiene el mismo interés en la determinación de hechos justa y precisa que el adulto acusado en un caso penal.<sup>209</sup> Debido a que el modelo adversarial ha sido reconocido en repetidas ocasiones como una característica esencial e indispensable del proceso de determinación de los hechos de manera justa y precisa, un sistema de justicia juvenil que permite al defensor de menores renunciar a su alianza con el cliente es preocupante.<sup>210</sup> Como lo indica el Tribunal Supremo en el contexto penal de adultos, la sociedad está mejor servida cuando el abogado defiende el interés del cliente, en lugar de que se reúnan y actúen en concierto con la sociedad.<sup>211</sup> Cuando un caso penal pierde su carácter como una confrontación entre partes adversas, se viola la garantía constitucional de un juicio justo.<sup>212</sup>

El Tribunal en *Gault* hizo referencia al derecho fundamental del adulto a un abogado, excluyendo cualquier noción de que un juez puede representar o proteger los intereses de un menor acusado.<sup>213</sup> Ello debido a que ni el oficial de libertad condicional ni el juez le deben lealtad total al cliente, ni ninguno de ellos puede representar en forma justa las opiniones e intereses del menor.<sup>214</sup> El Tribunal estaba particularmente preocupado por los oficiales de libertad condicional que también pueden servir como oficiales de arresto, presentar y verificar las peticiones de

---

los procesos del tribunal juvenil, no implican que la noción tradicional de justicia fundamental y debido proceso pueda ser concedida o denegada a la discreción de los legisladores estatales. Id. en 22-25.

208 Id. en 30.

209 Id. en 36; ver también *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622, 634 (1979) ("La preocupación del Tribunal por la vulnerabilidad de los niños se ha demostrado en sus decisiones relativas a las reclamaciones de los menores a la protección constitucional contra la privación de libertad o derechos de propiedad por parte del Estado. Con respecto a muchos de estos reclamos, hemos llegado a la conclusión de que el derecho del niño es prácticamente de la misma extensión que el derecho de un adulto. Por ejemplo, el Tribunal ha sostenido que la garantía de la Decimocuarta Enmienda contra la privación de libertad sin el debido proceso de la ley es aplicable a los niños en los procesos de delincuencia juvenil"); *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519, 530 (1975) (no se encuentra ninguna diferencia material entre el procedimiento penal de adultos y de delincuencia de menores cuando se considera necesario para el niño la asistencia de un abogado).

210 Ver por ejemplo, *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1980); ver también *Polk County v. Dodson*, 454 U.S. 312 (1981) (sosteniendo que el sistema legal requiere defensores públicos para defender íntegramente el mejor interés de los clientes en vez de actuar en nombre de o de acuerdo con el fiscal).

211 *Polk County*, 454 U.S. en 318-19; ver también, *United States v. Cronin*, 466 U.S. 648, 655 (1984) ("La defensa partidaria en ambos lados del caso promueve de mejor forma los objetivos finales de que los culpables sean condenados y los inocentes sean liberados") (citando a *Herring v. New York*, 422 U.S. 853, 862 (1975)).

212 *Cronic*, 466 U.S., en 656-57.

213 387 U.S. en 36 (citando a *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932)).

214 Id. en 35-36.

delincuencia, y testificar en contra del niño.<sup>215</sup> El lenguaje del Tribunal y la confianza en los principios fundamentales del derecho penal y procesal indican que el modelo por el mejor interés se desvía de forma tan rotunda del modelo de defensa adversarial en casos de adultos que no puede ser el rol adecuado del defensor en casos de menores. Cuando el abogado actúa en el mejor interés del niño, la función del abogado es apenas distinguible de la del investigador, del oficial de libertad condicional y, a veces, incluso del fiscal. El caso *Gault* parece extrañamente innecesario si el derecho a un abogado como se establece en ese caso no fuera más que una repetición de las protecciones que ya existían cuando se decidió el caso.

Aunque los argumentos para el modelo de defensa del mejor interés en general siguen siendo más fuertes en la audiencia de disposición, en donde las partes están enfocadas especialmente en el tratamiento en vez del castigo y la retribución, hay poca justificación para un modelo por el mejor interés no adversarial en las jurisdicciones en donde el tratamiento es un mito.<sup>216</sup> Considerando la preocupación del Tribunal a partir de 1966, de que los niños podían no estar recibiendo el tratamiento que se les prometió en el sistema de justicia juvenil,<sup>217</sup> junto con las pruebas actuales de las condiciones deplorables en muchas de las instalaciones de detención y tratamiento a través del país,<sup>218</sup> las nociones tradicionales de la libertad y la justicia funda-

---

215 Id. (discusión acerca del rol del oficial de libertad condicional en Arizona en donde Gerald Gault fue juzgado).

216 Barry C. Feld, *"The Juvenile Court Meets the Principle of Offense: Punishment, Treatment, and the Difference It Makes"*, 68 B.U. L. REV. 821,892 (1988) (evaluando el sistema de justicia juvenil a partir del caso *Gault* y señalando "la continua brecha entre la retórica de la rehabilitación y su realidad punitiva"); Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1414, 1416, 1420; Karen L. Michaelis, *"School Violence: The Call for a Critical Theory of Juvenile Justice"*, 2001 BYU EDUC. & L.J. 299, 311 (discutiendo el fracaso del sistema de justicia juvenil en entregar protección y rehabilitación a los menores delincuentes); Jonathan Simon, *"Power Without Parents: Juvenile Justice in a Postmodern Society"*, 16 CARDOZO L. REV. 1363, 1364-65 (1995) (señalando que "la premisa oficial del sistema de justicia juvenil de rehabilitación es abiertamente ridiculizada en los medios y en el discurso de los políticos profesionales").

217 *Kent v. United States*, 383 U.S. 541, 556 (1966) ("Existe evidencia...que el niño recibe lo peor de ambos mundos: que él no recibe ni la protección que se otorga a los adultos, ni la atención solícita y el tratamiento regenerativo postulado para los niños").

218 Para un ejemplo de representación, "Human Rights Watch" ha publicado informes documentando las pobres condiciones de las instalaciones de detención juvenil en Colorado, HUMAN RIGHTS WATCH, HIGH COUNTY LOCKUP: CHILDREN IN CONFINEMENT IN COLORADO (1997), disponible en <http://www.hrw.org/reports/1997/usacol/>, Georgia, HUMAN RIGHTS WATCH, MODERN CAPITAL OF HUMAN RIGHTS? ABUSES IN THE STATE OF GEORGIA (1996), disponible en <http://www.hrw.org/reports/1996/Us.htm>, y Maryland, HUMAN RIGHTS WATCH, NO MINOR MATTER: CHILDREN IN MARYLAND'S JAILS (1999), disponible en <http://www.hrw.org/reports/1996/maryland/Maryland-03.htm>. Amnistía Internacional ha publicado un informe acerca de la peligrosidad y hacinamiento en los centros de detención juveniles de Estados Unidos. AMNESTY INT'L, BETRAYING THE YOUNG: HUMAN RIGHTS VIOLATIONS AGAINST CHILDREN IN THE US JUSTICE SYSTEM (1998), disponible en [http://web.amnesty.org/library/pdf/AMR510601998ENGLISH/\\$File/AMR5106098.pdf](http://web.amnesty.org/library/pdf/AMR510601998ENGLISH/$File/AMR5106098.pdf).

mental siguen siendo supremas en la disposición. Cuando las instalaciones para el tratamiento son inadecuadas e incluso dañinas, la disposición es la etapa donde la libertad de los niños se encuentra más significativamente en peligro y se convierte en la fase más importante de todo el proceso.<sup>219</sup>

Incluso cuando el tratamiento está disponible y la investigación de los hechos es adecuada, profunda y certera no es menos importante la fase de disposición que cualquier otra fase del caso. Los niños no sólo tienen derecho a un número de salvaguardias procesales estatutarias en la etapa de disposición, sino que también persisten en esta etapa los derechos constitucionales del niño al debido proceso y a la justicia fundamental. Los niños tienen el derecho a probar la exactitud, la minuciosidad, y la confiabilidad de los informes de libertad condicional preparados para la disposición<sup>220</sup> y en algunos estados, los niños conservan por estatuto el derecho a enfrentar e interrogar testigos en la audiencia de disposición.<sup>221</sup> Así incluso cuando la rehabilitación sigue siendo la meta primaria de la disposición, el abogado tiene un deber continuo de consultar con el cliente el ejercicio o la renuncia de los derechos sustantivos conferidos por las legislaturas y los tribunales.

La rehabilitación efectiva también requiere el planeamiento individualizado en nombre de cada niño.<sup>222</sup> Debido a que las necesidades de cada niño varían, no todos los programas de tratamiento serán apropiados para todos los niños. Con todo, los jueces que consciente o inconscientemente son influenciados por las limitaciones presupuestarias pueden rechazar un plan de tratamiento mejor, en favor de uno que cuadre bien en el presupuesto existente en la justicia juvenil estatal o local. En última instancia, la decisión de la disposición no es menos susceptible a las arbitrariedades del juez o del oficial de libertad condicional que el veredicto del juicio o de otras resoluciones probatorias. Donde exista cualquier riesgo de toma de decisión arbitraria, los niños necesitarán de la protección de un abogado leal y diligente que insistirá sobre las regularidades sustantivas y procedimentales, asegurará investigaciones certeras y ampliará la gama de opciones de tratamiento que el juez pueda considerar. Debido a que la

219 *Ver State ex rel. D.D.H. v. Dostert*, 269 S.E 2d 401, 412 (W.Va.1980); Estándares Relativos a los Abogados Privados 3.1 (a), 9.4 (a) (IJA-ABA Comentario Conjunto en los Estándares de Justicia Juvenil 1979).

220 Estándares Relativos a los Abogados Privados 9.4.

221 Por ejemplo, ALASKA STAT. 47.12.110 (a) (2004); CONN. GEN. STAT. ANN. 46b-135(a) (West 2004); GA. CODE ANN. 15-11-7 (2005); 705 ILL. COMP. STAT. ANN. 405/1-5 (g) (West Supp. 2005); 42 PA. CONS. STAT. ANN § 6338 (a) (West 2000); TENN. CODE ANN 37-1-127 (a) (2004); TEX. FAM. CODE. ANN 54.03(b) (Vernon 2002); W. VA. CODE. ANN. 49-5-2 (i) (LexisNexis 2004); WIS. STAT. ANN 938.21 (a) (West Supp. 2004).

222 Ralph A. Rossum, "Holding Juveniles Accountable: Reforming America's 'Juvenile Injustice System'", 22 PEPP. L. REV. 907, 909 (1995).

defensa del mejor interés ignora a menudo los derechos del niño a ejercitar o a renunciar los derechos fundamentales en el juicio o en la disposición, no parece ser una opción satisfactoria para el paradigma abogado-niño en casos de delincuencia.

## B. Defensa del Mejor Interés Dirigida por los Padres

### **1. Razones/Justificación**

El valor que coloca un abogado en los derechos y responsabilidades de los padres afectará fuertemente en cómo él define su rol en la representación del niño. Debido a la fuerte historia legal y social del control de los padres sobre casi cada faceta de la vida de un niño,<sup>223</sup> junto con suposiciones tradicionales de que los padres están inclinados naturalmente para actuar en el mejor interés del niño, la ley es generalmente renuente a impedir los derechos de los padres a criar y a dirigir a sus niños.<sup>224</sup> En algunas áreas de la ley, los padres pueden incluso tener el derecho constitucional para dirigir y decidir por el niño.<sup>225</sup> A su vez, algunas objeciones a la defensa celosa dirigida por el cliente en casos de delincuencia, pueden presentarse fuera de la aprobación del abogado de los derechos del padre o del respeto a las metas de los padres en las fases adjudicadoras y de disposición.

El debate sobre el rol de los padres y de los niños en los casos de delincuencia se debe considerar como sub-parte de la “competencia” mayor entre los derechos de los niños y los derechos de los padres en la sociedad.<sup>226</sup> A un lado del debate, los activistas de la “liberación de los niños” promueven la mayor autonomía de ellos en la toma de decisiones, suponen la capacidad de toma de decisiones de todos los niños y reconocen sus derechos a recibir consejo directo en todos los tipos de procedimientos legales.<sup>227</sup> Del otro lado del debate, los abogados

---

223 Martin Guggenheim, “*Minor Rights: The Adolescent Abortion Cases*”, 30 HOFSTRA L. REV. 589, 594 (2002) (el derecho parental a controlar a un hijo ha sido reconocido por el Tribunal Supremo “como parte de los derechos sustantivos del debido proceso de los norteamericanos”); Hafén, *supra* nota 82, en 427; Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1422.

224 Guggenheim, *supra* nota 223, at 593-94; Hafén, *supra* nota 82, en 427; Kay & Segal *supra* nota 12, en 1422; Scott, *supra* nota 82, en 551.

225 Ver por ejemplo *Pierce v. Soc’y of Sisters*, 268 U.S. 510, 534-35 (1925); ver también John E. Coons, “*Intellectual Liberty and the Schools*”, 1 NOTRE DAME J. L. ETHICS & PUB. POL’Y 495, 502-03 (1985) (argumentando que la naturaleza del niño necesita de algún “régimen adulto” que dirija su vida, sean sus padres, el estado, o ambos); Hafén, *supra* nota 82, en 439 (argumentando que los padres tienen un derecho constitucional a tomar decisiones por sus niños, pero que este derecho recae en el estado si los tribunales presentan a los padres como incapaces).

226 Ver Moore, *supra* nota 80, en 1826-27.

227 Hafén, *supra* nota 82, en 433-35, 440-41.

de los derechos de los padres rechazan, tanto el modelo de defensa del mejor interés que permitiría que el abogado determine el curso de la representación, como así también rechazan el modelo dirigido por el cliente que permitiría al niño dirigir la representación.<sup>228</sup> Según estos abogados, ambos modelos amenazan el derecho constitucional de los padres ante la falta de cualquier declaración judicial o administrativa que los declare inhabilitados.<sup>229</sup> Los abogados que se identifican con los activistas de los derechos de los padres pueden estar a favor de un modelo de representación dirigido por ellos que busca preservar su autoridad dentro de la familia.

El Tribunal Supremo parece haber resucitado la vieja opinión sobre la custodia de los niños en 1984 y de tal modo se fortaleció la temprana confusión post- *Gault* cuando dijo en *Schall v. Martin*<sup>230</sup> que

“A diferencia de los adultos, (los niños) están siempre en una cierta forma de custodia... Los niños, por definición, no se supone que deban tener la capacidad de cuidarse a sí mismos. Se asume que deben estar sujetos al control de sus padres, y si el control de estos padres vacila, el Estado debe tomar su parte como *parens patriae*.”<sup>231</sup>

Basándose en este lenguaje algunos pueden ahora racionalizar la defensa del mejor interés con el argumento de que el Tribunal Supremo nunca ha visto a los niños como personas legalmente competentes y autónomas en casos de delincuencia.<sup>232</sup> Es decir, debido a que el niño es legalmente incompetente y siempre sujeto a la dirección de un padre o de otro tutor adulto, nunca debe permitirse al niño dirigir el curso de la representación. Irónicamente, el lenguaje del Tribunal en *Schall* parece estar en conflicto con el esfuerzo del Tribunal en *Gault* para abandonar la doctrina anticuada de *parens patriae* como excusa para privar a un niño acusado de los elementos esenciales de la imparcialidad y del debido proceso en procedimientos de delincuencia.<sup>233</sup> No obstante, el lenguaje del Tribunal Supremo en *Schall*, como en *Gault*, puede

228 Id. en 447, 458-61.

229 Id. en 447,458-59. Hafen cita a *Pierce* en la propuesta de que los padres disfrutan del derecho constitucional de criar a sus hijos como quieran mientras su conducta en relación al niño no caiga por debajo del mínimo umbral de ineptitud parental. Id. en 445-46.

230 467 U.S. 253 (1984).

231 Id. en 265 (citas omitidas) (discutiendo la validez del estatuto de detención preventiva en Nueva York).

232 Ver discusión en *Mlyniec*, *supra* nota 8, en 107-08.

233 Ver *In re Gault*, 387 U.S. 1, 16-18 (1967).

generar más confusión que claridad y apoyar los argumentos a favor de la defensa dirigida por los padres en nombre de los niños.

Aunque nunca se haya etiquetado explícitamente en la literatura, parece haber una línea de la defensa del mejor interés que confía fuertemente en las determinaciones de los padres acerca del mejor interés de los niños.<sup>234</sup> Al igual que en el modelo del mejor interés, el modelo dirigido por los padres supone que el niño es incapaz de tomar decisiones con respecto a su caso o es imprudente al tomar dichas decisiones.<sup>235</sup> Sin embargo, a diferencia del modelo tradicional del mejor interés, el modelo dirigido por los padres ve a estos y no al abogado como el responsable adulto alternativo de la toma de decisiones. Así, el modelo dirigido por los padres es particularmente atractivo para el abogado que cuestiona su propia habilidad para decidir qué es mejor para el niño. El abogado se comunica sobre todo con el padre, recopilando la información sobre las necesidades del niño, proporcionando la información sobre opciones en el caso, y aconsejando al padre un curso recomendado de acción. Las decisiones clave son entonces dejadas al padre que presuntamente entiende y aprecia la preparación psicosocial única del niño y el contexto dentro de su familia, cultura y comunidad. El padre no es solamente un tomador de decisiones racional que puede identificar y medir todas las consecuencias potenciales de corto y largo plazo de cualquier decisión, sino que además tiene un entendimiento especial de las necesidades del niño y de la familia.

Al comunicarse con el padre, el abogado también ahorra tiempo y evita las dificultades que pueden presentarse fuera de las pobres capacidades de comunicación del niño, de su capacidad cognoscitiva limitada y de la falta de confianza en los adultos. Suponiendo que el niño tendrá una mejor relación con su padre que con un abogado desconocido, el abogado se preocupa menos sobre el establecimiento de una relación independiente con el niño y en su lugar concentra la información y preguntas a través del padre.

La defensa dirigida por los padres también anima la participación activa de ellos en el proceso de justicia juvenil e impulsa su apoyo y compromiso con la alternativa final de rehabilitación del

---

234 Aunque Jonathan Hafén no use el término "defensa dirigida por los padres", él usa la frase "modelo de discreción parental" y claramente aboga por una enmienda a las Reglas Modelo de Conducta Profesional que aseguraría el derecho de los padres para dirigir el asesoramiento del niño en cualquier asunto legal, a menos que se determine que el padre sea incapaz al descubrir negligencia, abuso o abandono del niño. Hafén, *supra* nota 82, en 440; ver Goldstein et al., *supra* nota 41, en 7.

235 Hafén, *supra* nota 82, en 424, 438-39.



tribunal.<sup>236</sup> Como fuente primaria de disciplina y estructura, serán necesarios los aportes y cooperación de los padres para la exitosa puesta en práctica de cualquier plan de disposición.<sup>237</sup> Será más fácil la ayuda de los padres que se encuentren comprometidos con el proceso, mientras que los padres que se hayan sentido excluidos de la relación abogado-cliente pueden rehusarse a ayudar tanto al abogado, al niño o al tribunal en el proceso de rehabilitación.<sup>238</sup> El involucramiento parental puede también servir como control sobre la competencia y efectividad del asesoramiento.

## 2. Limitaciones de la Defensa Dirigida por los Padres

A pesar de las ventajas de la implicación parental en el sistema de justicia juvenil, el respeto por las metas parentales puede no siempre ser apropiado en un caso de delincuencia. El modelo dirigido por los padres se arraiga en un número de suposiciones sobre la relación entre los padres y los niños que simplemente pueden no ser verdad en el contexto de la delincuencia. En particular, el modelo asume que los padres tienen un deseo sin conflictos de actuar de acuerdo al mejor interés para el niño; que son más competentes que el niño o el abogado del niño para determinar sus intereses superiores en el contexto legal; y que los padres tienen la suficiente comprensión de las consecuencias legales para el corto y largo plazo del curso de acción seleccionada.

En el inicio del movimiento del tribunal de menores, los innovadores del tribunal justificaron la interferencia del estado en la santidad de la familia bajo una doctrina de *parens patriae*, que significa literalmente el "padre del país".<sup>239</sup> Debido a que se estimó que los padres de niños delincuentes abandonaron su deber de disciplinar y supervisar a los niños, perdieron su derecho

236 Ver id. en 427 (argumentando que "asegurando la participación de los padres en el proceso de toma de decisión del abogado representando al niño...protegerá los intereses sociales en la estabilidad familiar").

237 Ver Gilbert et al., *supra* nota 24, en 1155-56 (explicando la importancia de la familia en alcanzar los objetivos de la justicia juvenil); Kathleen M. Laubenstein, "Media Access to Juvenile Justice: Should Freedom of the Press Be Limited to Promote Rehabilitation of Youthful Offender?", 68 TEMP. L. REV. 1897, 1904 (1995) (notando que una "relación familiar fuerte es esencial para el éxito de la rehabilitación").

238 Ver Hafén & Hafén, *supra* nota 204, en 483-84 (discutiendo el miedo a que la negación de los derechos parentales puedan "tener efectos a largo plazo o reducir el compromiso parental a la crianza de los niños"); Scott, *supra* nota 82, en 551 (reconociendo que los derechos parentales y la autoridad pueden ser vistas como compensación legal por la carga de responsabilidad para proveer comida, refugio, cuidado de salud, afecto y educación).

239 Tanenhaus, *supra* nota 13, en 46; ver también Wong, *supra* nota 124, en 166 (señalando que la doctrina de *parens patriae* le otorgó al Estado el "poder y responsabilidad" para velar sobre los niños cuyos padres no provean "cuidado apropiado o supervisión").

a tomar las decisiones en nombre de los niños y así consintieron por defecto a la intervención del estado.<sup>240</sup> Históricamente y hoy, a menudo los padres directa o indirectamente contribuyen a la conducta delincente del niño. Los conflictos familiares, la violencia doméstica, la ausencia de lazos parentales, la inestabilidad mental de los padres, y la falta de supervisión o de disciplina parental son todos factores que contribuyen a la delincuencia.<sup>241</sup> En estas circunstancias, los padres pueden no estar mejor equipados que el abogado para tomar decisiones con respecto a las necesidades y al mejor interés del niño.

La dirección parental puede ser igualmente inadecuada cuando el interés de los padres entra en conflicto con el bienestar del niño<sup>242</sup>. La atención prevista o involuntaria del Tribunal Supremo a los derechos de los padres en la sentencia de *In re Gault* fue ofrecida en un contexto fáctico que no presentó ningún conflicto de intereses entre Gerald Gault y sus padres.<sup>243</sup> Desafortunadamente, los abogados juveniles no pueden suponer siempre una relación sin conflicto en el caso de delincuencia.<sup>244</sup> En algunos casos, puede existir un conflicto formal donde el padre sea la causa de conducta delincente o la víctima de la alegación.<sup>245</sup> En otros casos, un padre puede estar a favor de la detención del niño simplemente porque necesita un descanso de la custodia y de la responsabilidad parental.<sup>246</sup> El padre puede también estar avergonzado por la conducta del niño, molestarle el perder tiempo de su trabajo para asistir a procedimientos

240 Elizabeth S. Scott, "The Legal Construction of Childhood", en A CENTURY OF JUVENILE JUSTICE, *supra* nota 13, en 113, 116; Wong, *supra* nota 124, en 166.

241 Ver Gilbert et al., *supra* nota 24, en 1170, 1174; Marrus, *supra* nota 8, en 323-24 (la conducta de los padres y la salud mental pueden ser un factor en delincuencia); George Bundy Smith & Gloria M. Dabiri, "The Judicial Role in the Treatment of Juvenile Delinquents", 3 J. L. & POL'Y 347, 366-67 (1995).

242 Aunque los defensores del derecho de los padres estén de acuerdo en que la dirección paterna de la representación legal de los niños sería inapropiada cuando "los intereses de los padres entren en conflicto con aquellos del niño". Hafén, *supra* nota 82, en 461-62.

243 En *Gault*, Gerald y sus padres querían que Gerald volviera a su casa, tal como evidenciaron las apariciones de los padres ante el tribunal y el esfuerzo de los padres en nombre de Gerald. *In re Gault*, 387 U.S. 1, 5-7 (1967).

244 Ver Janet Fink, "Who Decides: The Role of Parent or Guardian in Juvenile Delinquency Representation", en ETHICAL PROBLEMS FACING THE CRIMINAL DEFENSE LAWYER 105, 123 (Rodney J. Uphoff ed., 1995). Los activistas de la libertad de los niños han rechazado una presunción categórica de intereses compartidos entre el padre y el niño. Ver Hafén, *supra* nota 82, en 440-41; David R. Katner, "Raising Mental Health Issues-Other than Insanity-In Juvenile Delinquency Defense", 28 AM. J. CRIM. L. 73, 78 (2000) (discutiendo el potencial para los conflictos de intereses entre los padres y los niños); ver también *United States v. Fowler*, 476 F.2d 1091, 1093 (7<sup>a</sup> Cir. 1973) (la preocupación de los padres era si el problema de su hijo evitaría que el padre ingresara a la "Job Corps"); *Anglin v. State*, 259 So. 2d 752 (Fla. Dist. Ct. App. 1972) (el defendido confesó luego que su madre le dijo "di la verdad" o si no ella lo "cascaría").

245 Ver por ejemplo *K.E.S. v. State*, 216 S.E.2d 670 (Ga. CT. App. 1975); Kell, *supra* nota 115, en 359-61; Moore, *supra* nota 80, en 1851-52.

246 Ver Lyon, *supra* nota 180, en 686.

relacionados con el tribunal, o temer la pérdida de su vivienda subvencionada si el niño es devuelto nuevamente hacia su hogar.<sup>247</sup> El potencial para los conflictos de intereses entre la el padre y el niño es incluso mayor en esas jurisdicciones donde el padre puede ser obligado civil, criminal o financieramente por la conducta delincuente del niño; donde el padre puede ser acusado de desacato por el no cumplimiento del niño con las condiciones de la libertad condicional; o donde los estatutos parentales de la participación obligan a la cooperación del padre y lo sujetan a sanciones por su propio incumplimiento.<sup>248</sup> Aunque cada tema no lleve a un conflicto formal de intereses, incluso las diferencias sutiles en la perspectiva pueden llevar a metas divergentes entre el niño acusado y su padre.<sup>249</sup>

El control parental sobre el abogado del niño puede también violar los estatutos estatales y el derecho consuetudinario que afirman el derecho del niño a la representación libre de conflictos. Un número de legislaturas estatales, por ejemplo, han reconocido el potencial para los conflictos padre-niño en los estatutos del derecho a un abogado. En los estados donde los padres tienen su propio derecho al asesoramiento en procedimientos de delincuencia, los estatutos relevantes requieren a menudo que los tribunales designen el asesoramiento separado e independiente tanto para el niño como para el padre cuando existe cualquier evidencia de conflicto de intereses.<sup>250</sup> Además, muchos estatutos expresamente requieren que el tribunal designe asesoramiento para un niño cuyos padres se consideren como financieramente capaces de proveer asesoramiento, pero se rehúsen a hacerlo.<sup>251</sup> Varios tribunales estatales también han sostenido que un padre no puede renunciar al derecho del niño al asesoramiento

247 Ver *In re Manuel R.*, 543 A.2d 719, 725-26 (Conn. 1988); Kristin Henning, "Eroding Confidentiality in Delinquency Proceedings: Should Schools and Public Housing Authorities Be Notified?", 79 N. Y. U. L. REV. 520, 573-74 (2004); Fink, *supra* nota 244, en 123; ver también Stanley Z. Fisher, "Standards Relating to Pretrial Court Proceedings", en JUVENILE JUSTICE STANDARDS ANNOTATED 243, 5.3, en 254 (Robert E. Shepherd Jr. ed., 1996).

248 Para una muestra de los estatutos estatales que sujetan a los padres a multas, encarcelamiento, u otras sanciones por la conducta delincuente del niño o la falla del niño para cumplir con las condiciones del tribunal, ver ALA. CODE 12-15-11-1. (LexisNexis Supp. 2004); GA. CODE ANN. 15-11-5 (2005); TEX. FAM. CODE ANN. 54.041 (Vernon 2002 y Supp. 2004-2005); WYO. STAT. ANN. 14-6-244 (2005). Para una muestra de los estatutos estatales que obligan, con la amenaza de sanciones, la asistencia y participación parental en las audiencias del tribunal, asesoramiento y otros servicios de la justicia juvenil ver ARIZ. REV. STAT. ANN. 8-308 (2004); D.C. CODE ANN. 16-2325.01 (LexisNexis 2005); IDAHO CODE ANN. 20-520 (2004); IND. CODE ANN. 31-37-9-4 (LexisNexis 2005); LA. CHILD. CODE ANN., art. 307 (2004); MONT. CODE ANN. 41-5-1412 (2003).

249 Ver Moore, *supra* nota 80, en 1840.

250 Ver por ejemplo GA. CODE ANN. 15-11-6; IDAHO CODE ANN. 20-514; 705 ILL. COMP. STAT. ANN. 405/5-610 (West 1999); IND. CODE ANN. 31-32-4-2; IOWA CODE 232.11 (2005); 42 PA. CONS. STAT. 6337 (2004).

251 Ver por ejemplo ARK. CODE ANN. 9-27-316 (2002); FLA STAT. ANN. 985.203 (West Supp.2005); IDAHO CODE ANN. 20-514; NEB. REV. STAT. 43-272 (2004); TENN. CODE ANN. 37-1-126 (2004). En estos estados, los tribunales generalmente otorgarán asesoramiento y luego pondrán al padre en desacato por no pagar los honorarios legales.

cuando tenga conflicto de intereses con el niño.<sup>252</sup> Semejantemente, el hecho de que un niño sea acompañado por un padre en un procedimiento de delincuencia, puede no liberar al tribunal de su responsabilidad de preguntar directamente al niño y determinar si la renuncia a un abogado es informada, voluntaria e inteligente.<sup>253</sup>

El derecho a la representación libre de conflictos en casos juveniles ha sido recibida más a fondo por el ABA. Como se ha indicado en los Estándares de IJA-ABA,

Todas las partes deben ser informadas por el abogado inicial, que él o ella es el consejero para el joven, y que en el evento de desacuerdo entre un padre o un tutor y el joven, se requiere que el abogado sirva exclusivamente los intereses del joven acusado.<sup>254</sup>

El potencial para el conflicto de interés entre un joven acusado y sus padres debe ser claramente reconocido y admitido. En todos los casos, la duda en cuanto a un conflicto debe ser resuelta por la designación de un asesoramiento separado para el niño y aconsejar a sus padres su derecho a recibir asesoramiento...<sup>255</sup>

Incluso donde no exista conflicto entre el padre y el niño, los padres pueden no ser los mejores tomadores de decisiones en el contexto de la delincuencia donde carecen generalmente del conocimiento y la experiencia legal para navegar en el sistema de justicia juvenil. Las opiniones de los padres, por ejemplo, se basan a menudo en una visión equivocada y exagerada de lo que el sistema de justicia juvenil puede lograr.<sup>256</sup> Los padres pueden forzar o alentar al niño a declararse culpable para que pueda obtener tratamiento y servicios sin ver la etiqueta "centro de tratamiento" como un eufemismo para la cárcel juvenil. Asimismo, el padre puede apoyar la

252 Ver por ejemplo *United States v. Fowler*, 476 F.2d 1091, 1093 (7<sup>a</sup> Circ. 1973); *Manuel R.*, 543 A.2d en 726; *In re C.P.D.*, 367 A.2d 133, 134-135 (D. C. 1976); ver también 42 PA. CONS. STAT. 6337 ("Un padre, guarda o custodio puede no renunciar al asesoramiento para el niño cuando su interés pueda estar en conflicto con el o los intereses del niño.").

253 *Manuel R.*, 543 A.2d en 725.

254 Estándares Relacionados a Estatus Provisional 8.1 (IJA-ABA Comentario Conjunto sobre los Estándares de Justicia Juvenil 1979).

255 *Id.*

256 En mi propia experiencia como defensora juvenil en el Distrito de Columbia durante los últimos diez años, los padres usualmente buscan la intervención policial o del tribunal para obtener servicios de salud mental, tratamiento de drogas, o supervisión general para el niño rebelde. Estos padres reportan frecuentemente su descontento en su propia pérdida de control sobre el curso de la rehabilitación, la falta de servicios en el sistema, y la negativa del niño a responder a un tratamiento pobremente planeado y a la intervención.

confesión como buena para la redención moral del niño, pero falle al reconocer los peligros de la confianza en el sistema de justicia juvenil como instancia a través de la cual inculcar valores y educación moral. Raramente los padres comprenden que muchas instituciones juveniles simplemente ayudan a los niños a refinar su comportamiento delincuente y exponen a la juventud encarcelada a abusos físicos y/o mentales.<sup>257</sup>

Además, los abogados que adhieren a las opiniones del padre sin consultar con el niño caerán del entendimiento crítico sobre el niño y de los hechos y circunstancias de la ofensa imputada. Si se excluye al padre de la relación abogado-niño, el padre conserva generalmente el derecho a dirigirse al tribunal directamente o indirectamente a través de los oficiales de libertad condicional y de otros funcionarios judiciales.<sup>258</sup> Por el contrario, cuando se niega al niño la participación significativa en la relación abogado-cliente, su voz es esencialmente excluida del sistema de justicia juvenil en conjunto. Una dupla abogado-padre que excluya al niño puede también negar su derecho a ejercitar o renunciar a los derechos fundamentales conferidos por Gault y es probable que engendre el mismo resentimiento en el niño como el modelo tradicional del mejor interés. El niño puede rebelarse perfectamente contra un plan de rehabilitación desarrollado por el abogado, el padre y el tribunal sin su aporte.<sup>259</sup>

Interpretar el derecho a un abogado en un caso de delincuencia como el derecho de los padres o incluso como un derecho dirigido a los padres, puede ser contrario a los dictados de las Reglas Modelo de Conducta Profesional. Colectivamente, las Reglas Modelo prevén una relación "normal" abogado-cliente que es conducida por la comunicación oportuna y razonable con el cliente (Reglas 1.4 y 2.1), la protección de las confidencias del cliente (Regla 1.6), y la libertad de conflictos de intereses (Reglas 1.7-.12).<sup>260</sup> El control parental no sólo puede violar las reglas respecto a conflictos, sino que la participación parental en la comunicación abogado-niño puede afectar cualquier privilegio de la relación abogado-cliente y puede dar

257 Ver *supra* nota 218 y texto acompañante.

258 En muchas jurisdicciones, el padre será reconocido como parte formal en el caso de delincuencia. Ver *supra* notas 38 y 248.

259 Ver Bruce J. Winick, "Therapeutic Jurisprudence and the Civil Commitment Hearing", 10 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 37, 44-45 (1999) (reivindicando que la eficacia del tratamiento ordenado por el tribunal puede ser dañada si el individuo siente que su aporte no ha sido tenido en cuenta durante los procedimientos legales).

260 Reglas Modelo de Conducta Profesional R. 1.4, 1.6, 1.7-.12, 2.1 (2003); ver también por ejemplo, N. C. State Bar, 98 Formal Ethics Op. 18 (1999) (sosteniendo que el abogado de menores en casos criminales tiene el deber de confidencialidad hacia el joven y sólo puede revelar información confidencial a sus padres con el consentimiento del menor o si el padre es el guarda legal y la revelación es necesaria para tomar una decisión legalmente vinculante).

lugar a que los padres sean llamados como testigos del estado en contra del niño<sup>261</sup>. Las reglas tampoco permiten que el abogado que utiliza el modelo de defensa del mejor interés del niño, consulte con los padres en lugar del cliente. Las Reglas 1.4 y 2.1 requieren al abogado mantener al cliente razonablemente informado sobre la situación de su caso y a explicar los asuntos en la medida razonablemente necesaria para permitir que el cliente tome decisiones informadas. Incluso cuando la capacidad del cliente sea tan disminuida que se designe a un tutor, el abogado debe continuar comunicándose con el cliente tanto como sea razonablemente posible.<sup>262</sup>

También surgen preguntas éticas interesantes cuando el padre contrata voluntariamente a un abogado para un niño acusado o cuando el tribunal designa a un abogado, pero le ordena al padre a compensar al abogado por sus servicios. Los padres que pagan por el abogado generalmente esperan controlar o por lo menos participar en las decisiones relacionadas al curso de la representación. Sin embargo, la Regla Modelo 1.8 (f) se ocupa explícitamente de esta situación y prohíbe claramente la interferencia de terceros en la relación abogado-cliente.<sup>263</sup> El abogado no sólo debe lealtad continua al cliente y no a un tercero que paga, sino que tampoco puede violar las confidencias del cliente al tener comunicación con el tercero que paga.<sup>264</sup>

El rechazo al modelo de defensa dirigido por los padres no significa que los padres no puedan ni deban ayudar en la relación abogado-niño. La involucración de los padres puede servir como control de la competencia del abogado, ayudar al niño a entender cuestiones legales difíciles y ser el puente de confianza entre el niño y el abogado. Desafortunadamente, de-

261 Ver Reglas Modelo de Conducta Profesional R. 1.6 (a). Pero ver el nuevo Comentario para la Regla Modelo 1.14 que sugiere que el privilegio abogado-cliente puede sobrevivir si el cliente de capacidad disminuida pide al abogado consultar con sus padres. Varios estados han extendido formalmente el privilegio abogado-cliente para incluir a padres que han sido invitados a asistir al niño. Ver también, por ejemplo, *Kevlik v. Goldstein*, 724 F.2d 844 (1<sup>er</sup> Cir.1984) (notando que se renuncia generalmente al privilegio abogado-cliente cuando un tercero se encuentra presente, pero encontrando que la presencia de los padres no implica renunciar al privilegio cuando un padre ha sido el consejero y las partes tuvieron la intención que las comunicaciones permanezcan confidenciales); *United States v. Bigos*, 459 F.2d 639 (1<sup>er</sup> Cir. 1972) (igual); *State v. Sucharew*, 66 p.3d 59 (Az. Ct. App. 2003) (igual); ver también WASH. REV. CODE ANN. 5.60.060 (West 2005) ("un padre o guardián de un menor arrestado bajo un cargo criminal puede no ser examinado debido a la comunicación entre el niño y su abogado/a si la comunicación fue hecha en presencia del padre o guarda."). Sin embargo, aun cuando el cliente de capacidad disminuida invite a un miembro de la familia a participar en discusiones con el abogado, el abogado puede enfocarse en su cliente y no en los miembros de la familia para tomar decisiones en el caso. Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14, comentario 3; ver también ETHICS 2000 COMM'N REPORT, supra nota 153, R. 1.14 comentario 3 (estableciendo que el abogado debe orientarse a su cliente y no a los miembros de su familia, en tomar decisiones en nombre del cliente).

262 Reglas Modelo de Conducta Profesional. Regla 1.14, comentario 2.

263 Id. Regla 1.8 (f).

264 Ver id. Regla 1.8 (f) (3); Moore, supra nota 80, en 1845-47.

masiados abogados olvidan la distinción entre el control de los padres y la ayuda parental. Cuando el abogado es demasiado deferente con los padres e imprudente sobre los límites de confidencialidad, efectivamente niega el derecho individual del niño a un abogado y puede impedir el proceso de rehabilitación al alienar al niño y desarrollar una imagen incompleta de sus necesidades.

### C. Doctrina del Juicio Sustituido

#### **1. Razones/Justificación**

No obstante la preferencia de las Reglas Modelo por una relación normal entre el cliente-abogado y el rechazo de amplias generalizaciones acerca de la capacidad de los niños, hay momentos cuando la capacidad de un cliente estará tan disminuida como para obstaculizar completamente la comunicación y hacer imposible una relación normal cliente-abogado. En esos casos, el abogado se enfrentará a un difícil desafío -el de mantener la lealtad con el cliente y satisfacer las metas más reales de la representación legal. En algunos casos, la doctrina del juicio sustituido puede ser una solución factible a este desafío. De acuerdo a esta doctrina, un abogado tomará sus decisiones en representación de un cliente incompetente, basándose en lo que el cliente hubiese decidido si él o ella fueran competentes.<sup>265</sup>

La doctrina señala un sinnúmero de ventajas sobre el modelo tradicional y el de defensa del mejor interés del niño dirigido por los padres.<sup>266</sup> La doctrina del juicio sustituido difiere de la defensa del mejor interés básicamente en su intento por honrar la lealtad y dignidad del cliente y sus esfuerzos por replicar los deseos del niño en el mayor grado posible.<sup>267</sup> El juicio sustituido enfoca la atención de la defensa en la perspectiva y propósitos del niño en ser menos vulnerable a la influencia de la opinión personal y subjetiva del abogado con respecto a lo que

<sup>265</sup> Jessica Litman, "A Common Law Remedy for Forcible Medication of the Institutionalized Mentally Ill", 82 COLUM. L. REV. 1720, 1722-23 (1982).

<sup>266</sup> La doctrina del juicio sustituido puede también tener ventajas sobre la designación de un tutor para servir como el que toma decisiones en forma subrogante y como asesor directo. Ver Reglas Modelo de Conducta Profesional, Regla 1.14 comentario 7. Mientras la designación de un tutor puede preservar la presencia de la lealtad del abogado, esa lealtad existe solamente en nombre cuando el abogado simplemente se remite a las decisiones del tutor.

<sup>267</sup> Ver Angela D. Lurie, "Representing the Child-Client: Kids Are People Too", 11 N. Y. L. SCH. J. HUM. RTS. 205, 235 (1993) (señalando que cuando el modelo de juicio sustituido es adecuadamente implementado permite al abogado defender lo que el niño querría si madurara); Lyon supra nota 180, en 702; Randi Mandelbaum: "Revisiting the Question of Whether Young Children in Child Protection Proceedings Should Be Represented by Lawyers", 31. LOY. U. CHI. L. J. 1, 65-87 (2000) (reconociendo que el modelo de juicio sustituido proporciona alguna ayuda para guiar al abogado a una representación más centrada en el niño).

es mejor para el niño.<sup>268</sup> La doctrina guía y limita la discreción del abogado al requerirle que recoja información acerca del patrón de alternativas del cliente en circunstancias similares y/o evaluar lo que otros niños razonables u otras personas igualmente situadas han hecho o harían en circunstancias similares.<sup>269</sup> Aun cuando se trate de un niño pequeño, el niño es siempre considerado como la fuente más importante de información acerca de sus propios valores y preferencias.<sup>270</sup> Cuando la información del niño se agota, la defensa puede buscar una visión adicional en los adultos que conocen bien al niño.<sup>271</sup> El abogado que honestamente intenta determinar lo que el cliente desearía si él fuese competente, puede satisfacer mejor los deseos del cliente que la defensa del mejor interés que simplemente defiende lo que él o ella cree es lo mejor.

Aunque esta doctrina se aplica más comúnmente en causas de tratamiento médico y en la representación legal de los ancianos,<sup>272</sup> por lo menos un comentarista ha argumentado sobre su aplicación en el contexto de la delincuencia, por lo menos en la representación de esos niños que son evidentemente incompetentes.<sup>273</sup> Robyn-Marie Lyon entrega un argumento interesante para el uso de la doctrina del juicio sustituido en lugar del modelo del mejor interés.<sup>274</sup> Como tema preliminar, Lyon apoya la idea que en la mayoría de los procesos juveniles el abogado debería, en lo posible, actuar como la voz del niño, presentando al tribunal los intereses y deseos expresados por el niño.<sup>275</sup> No obstante, reconociendo que la edad, madurez y estado de salud mental del niño pueden a veces impedir que comunique claramente sus deseos al abogado,<sup>276</sup> Lyon concluye que el abogado del niño puede aplicar la doctrina del juicio sustituido y aproximarse a la decisión que el niño haría si estuviera mentalmente maduro.<sup>277</sup> En los procedimientos juveniles, el abogado consideraría la evidencia de lo que el niño inmaduro desea ahora; las opiniones de individuos informados con respecto a lo que el niño desearía si fuera competente; y evidencia de lo que personas maduras en situación similar desearían haber sido la defensa en su nombre.<sup>278</sup>

---

268 Ver Lyon, *supra* nota 180, en 701; Mandelbaum, *supra* nota 267, en 65-67.

269 Lurie, *supra* nota 267, en 235-36; Mandelbaum, *supra* nota 267, en 65-67 (explicando la aplicación del juicio sustituido por los tribunales).

270 Lyon, *supra* nota 180, en 703; Mandelbaum, *supra* nota 267, en 66.

271 Mandelbaum, *supra* nota 267, en 66.

272 *Id.* n. 258.

273 Lyon, *supra* nota 180, en 702.

274 *Id.* en 701.

275 *Id.* en 692.

276 *Id.* en 692-93.

277 *Id.* en 693.

278 *Id.* en 703.



## 2. Limitaciones de la Doctrina

A pesar de sus beneficios, la doctrina del juicio sustituido tendría un valor limitado en el contexto de la delincuencia. Históricamente, la doctrina fue desarrollada como un marco para la representación de clientes que alguna vez fueron competentes, pero debido a la edad avanzada o enfermedad, han llegado a ser incompetentes.<sup>279</sup> En los casos en que el cliente era previamente competente el abogado generalmente tendrá acceso a un registro de los valores y preferencias del cliente y así estará en una mejor posición para tomar las mismas decisiones que tomaría el cliente si fuere competente. Algunos comentaristas han rechazado explícitamente el uso de la doctrina del juicio sustituido para menores y otros individuos que nunca han sido legalmente competentes.<sup>280</sup> En el contexto médico, los comentaristas argumentan que cuando un individuo nunca ha desarrollado un sistema de valores personal, ya sea por su juventud o enfermedad, la aplicación de la doctrina del juicio sustituido socavaría el derecho del cliente a la autodeterminación, porque quien tomará la decisión finalmente sustituirá sus propios valores por los de la persona incompetente.<sup>281</sup> Cuando la doctrina se aplica en nombre de niños pequeños, a menudo se deteriora en un test "niño razonable" que no considera adecuadamente los intereses individuales y únicos, y los deseos, del niño.<sup>282</sup>

Aun cuando el niño sea mayor y exista un historial de los valores y preferencias del cliente, la doctrina del juicio sustituido aún implica un grado de especulación por parte del abogado, ya que el cliente no está expresando directamente sus deseos.<sup>283</sup> Debido a que la doctrina otorga al abogado un considerable arbitrio para obtener e interpretar información acerca de las preferencias del niño, la doctrina está sometida a arbitrariedades y abusos.<sup>284</sup> El abogado que está en desacuerdo con las preferencias declaradas del niño puede aún esconderse en

279 Cara Cheyette, "Organ Harvests from the Legally Incompetent: An Argument Against Compelled Altruism", 41 B. C. L. REV. 465, 486 (2000) (señalando que la doctrina primero surgió en el contexto de la propiedad).

280 Normal L. Cantor, "The Relation Between Autonomy-Based Rights and Profoundly Mentally Disabled Person", 13 AN-NALS HEALTH L. 37, 42-43 (2004); Cheyette, *supra* nota 279, en 492.

281 Cheyette, *supra* nota 279, en 492; Guggenheim, *supra* nota 83, en 1400 ("La diferencia crucial ente los adultos más incapacitados, tales como los ancianos, y niños jóvenes, es que esos adultos han vivido una vida plena, durante la cual sus personalidades, valores y preferencias llegaron a ser conocidas. Los niños jóvenes, en contraste, no han alcanzado todavía el punto en la vida cuando sus valores han sido revelados").

282 Michael D. Grabo & Michael Sapoznikow, "The Ethical Dilemma of Involuntary Medication in Death Penalty Cases", 15 GEO. J. LEGAL ETHICS 795, 805-06 (2002); Mandelbaum, *supra* nota 267, en 67.

283 Rhonda Gay Hartman, "Coming of Age: Devising Legislation for Adolescent Medical Decision Making", 28 AM. J. L. & MED. 409, 444 (2002).

284 Cantor, *supra* nota 280, en 43; Lurie, *supra* nota 267, en 235.

el juicio sustituido como una máscara para ocultar lo que él cree que es en el mejor interés del niño. En estos casos, la doctrina se convierte en una opción ilusoria y llega a ser virtualmente indistinguible del modelo del mejor interés.<sup>285</sup>

Aunque el compromiso articulado de la doctrina de la defensa centrada en el niño es preferible a los objetivos de la defensa tradicional o de la defensa dirigida por los padres, la doctrina del juicio sustituido es de un valor limitado porque es difícil de aplicar en la representación de los jóvenes y permanece vulnerable a los abusos evidentes del modelo de defensa del mejor interés. Si esta doctrina puede aplicarse en el contexto de la delincuencia, solamente es adecuada en aquellas circunstancias en donde la capacidad cognitiva del cliente está tan disminuida que no puede comunicarse con el abogado o tomar decisiones consideradas adecuadas en su propia representación.<sup>286</sup> Y en esos casos, no está del todo claro si el niño sería competente para ser juzgado por un presunto delito o conducta delictiva.<sup>287</sup> No obstante, la doctrina puede proporcionar un paradigma adecuado alternativo en algunos casos de jóvenes mayores que son competentes para ser enjuiciados, pero que tienen gran dificultad para comunicar sus metas y deseos al abogado.

### 3. Continuum del modelo de defensa tradicional basado en el interés expresado

En el debate sobre el papel del abogado del niño, los oponentes de los modelos del mejor interés y del juicio sustituido defienden lo que se menciona a menudo como un modelo "tradicional" o "celoso" de representación. La nomenclatura "tradicional" y "celosa" ha sido adoptada por los que tratan de exigir el mismo nivel de celo en la defensa de los niños como tradicionalmente se ha previsto para los adultos en casos penales.<sup>288</sup>

Desafortunadamente, la confianza en la terminología usada en el contexto criminal de adultos puede generar más confusión y oposición que lo necesario. El concepto de "defensa celosa" es desventajosamente impreciso en el contexto legal del niño, porque enfoca la investigación en el celo con el cual un abogado sostiene una posición determinada e ignora el centro del

---

285 Grabo & Sapoznikow, *supra* nota 282, en 806 (sugiriendo que los modelos de juicio sustituido y del mejor interés a menudo convergen en la práctica).

286 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 comentario 7 (2003) (permitiendo una acción protectora solamente en estas circunstancias limitadas).

287 Para una discusión de la competencia juvenil para ser enjuiciado, ver *supra* nota 174 y texto adjunto.

288 Ver por ejemplo Hoffman, *supra* nota 205, en 335 (contrastando el modelo del mejor interés con la defensa "tradicional" dirigida por el cliente); Michelle Markowitz, Nota, "Is a Lawyer Who Represents the 'Best-Interests' Really the Best for Pennsylvania's Children?", 64 U. PITT. L. REV. 615-618-20 (2003) (observando la diferencia entre una "defensa tradicional" y un tutor designado por el tribunal, que representaría el mejor interés del niño).

debate con respecto a la asignación de la autoridad de la toma de decisiones entre el cliente y el abogado. Un abogado puede defender “celosamente” lo que cree que es el mejor interés para el niño tan “celosamente” como puede defender los intereses articulados del niño. El término “defensa celosa” puede también tener una connotación negativa que los oponentes del modelo de defensa por el mejor interés no intentan comunicar. Específicamente, el término ha sido usado a menudo para implicar que el abogado defensor debería trabajar resueltamente -tanto dentro y fuera de los límites de la ley- para poder “dejar libre al cliente”.<sup>289</sup> Los abogados que se oponen a este enfoque en la defensa penal rechazarán categóricamente su aplicación para la representación de los niños en los casos de delincuencia. De esta manera, la etiqueta de “defensa celosa” puede simplemente exagerar la alternativa de defensa por el mejor interés. La concesión de autoridad a un niño para tomar decisiones con respecto a la dirección de su caso no permite al abogado actuar fuera de la ley más allá de la asignación de la autoridad de tomar decisiones a un cliente adulto.<sup>290</sup>

La etiqueta “defensa tradicional” no es más precisa que la etiqueta “celosa”. Porque no existe consenso sobre lo que debiera ser una relación “tradicional” cliente-abogado adecuada entre adultos, el término no proporciona al defensor del niño ninguna guía significativa de cómo él o ella debería interactuar con un menor. En un extremo, el abogado “tradicional” que representa a un cliente adulto seguirá ciegamente cada dirección del cliente.<sup>291</sup> En el extremo opuesto, el abogado seguirá la dirección del cliente solamente de nombre, pero controlará el resultado de las decisiones manipulando o reteniendo información al cliente o coaccionándolo para que decida de una manera u otra.<sup>292</sup> En los casos penales de adultos, la sabiduría convencional sugiere que la relación tradicional abogado-cliente es actualmente más dirigida por el abogado que conducida por el cliente.<sup>293</sup> Visto de esta forma, ni el “modelo celoso” ni el “modelo tradicional” describen una alternativa deseable a la defensa del mejor interés.

Aunque en este artículo yo prefiero el término defensa del “interés expresado”, reconozco que éste también tiene sus propias limitaciones. Mientras que el término probablemente capta me-

289 Ver Kay & Segal, *supra* nota 12, en 1401, 1416; Marrus, *supra* nota 8, en 326-27.

290 Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.2 (d) y comentarios 9-13.

291 Ver generalmente Thomas I. Schaffer & Robert F. Cochran, Jr., LAWYERS, CLIENTS AND MORAL RESPONSIBILITY 15-29 (1994) (analizando las experiencias de un abogado para los pobres en el contexto del control del cliente y autonomía del cliente).

292 Cochran et al., *supra* nota 121, 7-2 (b), en 111.

293 Los abogados a menudo fallan en consultar con sus clientes, los intimidan con decisiones diversas a través del caso, y/o los fuerzan a tomar defensas que son buenas para el sistema. Id. 2-2 en 12,14 (criticando el modelo tradicional como autoritario y dirigido por el abogado); ver Rodney J. Uphoff, “Who Should Control the Decision to Call a Witness: Respecting a Criminal Defendant’s Tactical Choices”, 68 U. CIN. L. REV. 763, 766-67 (2000).

por el debate sobre los derechos de los niños competentes para dirigir a sus abogados en el curso de la representación, el lenguaje del "interés expresado" aún deja espacio de variación en los grados en que el abogado pueda controlar y manipular al cliente. Como resultado, un amplísimo continuo de modelos de asesoría jurídica ha surgido en la apariencia de defensa del "interés expresado".

Esta parte se refiere a la literatura sobre la teoría del asesoramiento al cliente para la orientación de cómo un modelo "tradicional" o de "interés expresado" podría ser adoptado en la representación de los niños en los casos de delincuencia. Para facilitar la discusión, esta parte considerará solamente tres variaciones básicas de la asesoría "tradicional" del cliente: (1) el modelo autoritario (coercitivo, dirigido por el abogado), (2) el modelo centrado en el cliente y (3) el modelo colaborativo.<sup>294</sup> Aun cuando técnicamente, cada uno de estos modelos permite al cliente determinar los objetivos de la representación,<sup>295</sup> cada modelo difiere en cuán pasivamente o coercitivamente el abogado guiará las decisiones del cliente. Los modelos de asesoramiento que caen en el extremo coercitivo del continuo difieren muy poco del modelo del mejor interés discutido en la Parte II y demuestran no ser satisfactorios para la representación de los acusados menores. Los modelos de defensa en los cuales el abogado permanece neutral o altamente deferente con el cliente pueden resultar igualmente insatisfactorios, ya que despojan al niño de la orientación y comprensión tan necesaria de un asesor legal. Finalmente, esta autora rechaza las extremas variaciones de la defensa tradicional del interés expresado y opta por una relación más colaborativa entre el abogado y el niño. El niño no solamente encontrará mayor satisfacción en la colaboración con su abogado, sino que los modelos de defensa del mejor interés y del interés expresado pueden encontrar un espacio de compromiso en un paradigma colaborativo.

Una exitosa colaboración abogado-cliente no sólo preservará la autonomía y el debido proceso del niño, sino que también aumentará su capacidad de tomar decisiones, mejorando así el juicio del niño.<sup>296</sup> Al aumentar la información y orientación del niño a través de un razonamiento calculado, el abogado que colabora con su cliente puede aliviar las preocupaciones de los defensores del modelo del mejor interés quienes son renuentes a deferir el juicio en un menor.

---

294 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 1-1, en 2; Joseph Allegretti, "The Role of a Lawyer's Morals and Religion When Counseling Clients in Bioethics", 30 FORDHAM URB. L. J. 9, 12-18 (2002); Robert F. Cochran Jr., "Review Essay: The Rule of Law(yers): The Practice of Justice: A Theory of Lawyers' Ethics", 65 MO. L. REV. 571, 588-96 (2000).

295 Ver Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.2 (a) (requiriendo al abogado "acatar las decisiones del cliente con respecto a los objetivos de representación" y consultar con el cliente en cuanto a los medios mediante los cuales se cumplen esos objetivos).

296 Las Reglas Modelo apoyan los esfuerzos en maximizar las capacidades del cliente. Ver id. Regla 1.14 comentario 5.

Asimismo, maximizando la participación del niño en la relación y dándole verdadera fidelidad a las decisiones del niño después de una consulta extensa y argumentada, el abogado colaborativo puede mejorar las perspectivas del niño para una rehabilitación exitosa.

#### A. Modelos Autoritarios

De las tres variaciones primarias en la defensa tradicional por el interés expresado, el modelo autoritario es el más coercitivo y menos deferente con los clientes. Aunque técnicamente el abogado autoritario permite al cliente determinar los objetivos de la representación, el abogado asume un papel muy paternalista, directivo y a veces coercitivo en la dupla cliente-abogado.<sup>297</sup> Al igual que el abogado del mejor interés, el abogado autoritario asume que su cliente carece de la competencia y sabiduría para elegir la mejor alternativa en el caso. Debido a que visualiza el problema legal como un problema técnico, el abogado también asume que tendrá la pericia técnica o legal para tomar decisiones en nombre del cliente.<sup>298</sup> El abogado espera entonces que su cliente lo siga pasivamente, ya sea por decisión u omisión.<sup>299</sup>

La coerción en el modelo autoritario no siempre es intencional o agresiva. En algunas instancias, el abogado puede no estar consciente de la influencia o presión que él ejerce sobre el cliente. En cambio, el abogado puede sutilmente usurpar la dirección y autoridad en la relación manipulando la información o controlando el contenido y secuencia de las reuniones con el cliente.<sup>300</sup> Los abogados controlan el contenido interrumpiendo al cliente, limitando los temas de conversación, reteniendo información, o limitando las alternativas que el cliente puede elegir.<sup>301</sup> Los abogados también pueden influenciar las decisiones del cliente al hablar en términos que sólo los abogados entienden, estructurando los problemas en una forma hermética y limitada, o arreglando estratégicamente la lista de opciones para exagerar o enfatizar los resultados negativos o positivos.<sup>302</sup> Los abogados también pueden manipular la confianza del cliente a través de la dura crítica de otros miembros del sistema legal.<sup>303</sup>

297 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 7-2(b), en 111.

298 Id. 1-2, en 2; ver Cochran, *supra* nota 294, en 599; Rodney J. Uphoff: "Relations Between Lawyer and Client in Damages: Model, Typical or Dysfunctional?" 2004 J. DISP. RESOL. 145, 152.

299 Ver Allegretti, *supra* nota 294, en 12 ("Se espera que los cliente sean dóciles y pasivos. Deberían confiar en sus abogados para actuar en sus intereses superiores. No deberían hacer muchas preguntas o tomar un papel demasiado activo en su propia representación."); ver también Cochran et al., *supra* nota 121, 7-2 (b), en 111; Uphoff, *supra* nota 298, en 152.

300 Cochran et al., *supra* nota 121, 2-1, en 11, 2-3, en 14-16.

301 Id. 8-3(a) (2), en 137; Lynn Mather, "Fundamentals: What Do Clients Want? What do Lawyers Do?", 52 EMORY L. J. 1065, 1070 (2003) (discutiendo la maleabilidad del lenguaje legal).

302 Cochran et al., *supra* nota 121, 8-3(a) (2), en 137; Mather, *supra* nota 301, en 1070.

303 Cochran et al., *supra* nota 121, 2-4, en 18 (señalando que cuando los jueces y abogados opositores son descritos como

La oportunidad de coerción es especialmente grande cuando el cliente es un niño. Las diferencias en edad y experiencia combinadas con la inclinación natural del niño para deferir a los adultos crea inherentes dinámicas de poder entre el niño y el abogado. Un abogado que intenta transformar a su cliente en un ciudadano bueno y responsable puede coaccionar al niño a confesarse culpable para iniciar el proceso de rehabilitación, o coaccionar de otra manera al niño para que acepte lo que el abogado cree es el mejor interés del niño e, incluso, el mejor interés de la familia del niño. El abogado de jóvenes que está preocupado por la necesidad del niño de tratamiento psiquiátrico y psicológico puede manipular las opciones disponibles para el niño con el fin de obtener su consentimiento para un programa de tratamiento residencial a pesar que el deseo del niño es permanecer en casa.

El abogado autoritario puede defender su intervención paternalista mediante una amplia lectura de los fines/medios asignados en la Regla 1.2 de las Reglas Modelo de Conducta Profesional. Aunque la regla concede al cliente autoridad final sobre los fines y objetivos del caso, la regla también concede autoridad al abogado sobre los medios mediante los cuales se alcanzarán esos fines. Como la distinción de fines/medios es vacía y ambigua en el mejor de los casos,<sup>304</sup> hay espacio considerable para que el abogado manipule la línea entre la estrategia y los objetivos. La interpretación bastante amplia del Tribunal Supremo acerca de la asistencia efectiva del defensor también da considerable control al abogado sobre las tácticas y estrategias del día a día que deben ser resueltas durante el curso de la representación.<sup>305</sup>

## 1. Limitaciones del Modelo Autoritario

Viendo la relación abogado-cliente a través de la lente del modelo autoritario se exponen los peligros de adoptar un compromiso nominal o superficial a algún modelo de defensa del inte-

---

incompetentes, los clientes tienen una pequeña alternativa que es confiar en su propio abogado como una persona que tiene acceso a información privilegiada).

304 Robert P. Burns & Steven Lubet, "Division of Authority Between Attorney and Client: The Case of the Benevolent Otolaryngologist", 2003 U. ILL. L. REV. 1275, 1294-96 (discutiendo los problemas que surgen por la carencia de un límite bien definido entre los fines y medios).

305 Ver por ejemplo *Florida v. Nixon*, 125 S. Ct. 551 (2004) (al no encontrar presunta ayuda ineficaz del consejero cuando él falló en obtener la aprobación expresa del demandado de la estrategia del juicio que concedió culpabilidad de asesinato capital y enfocó su petición de indulgencia en la fase penal); *Bell v. Cone*, 535 U.S. 685 (2002) (sosteniendo que el fracaso del abogado en presentar evidencia atenuante y renunciar al alegato de clausura fueron decisiones tácticas acerca de las cuales abogados competentes podrían estar en desacuerdo y de tal modo sin ayuda ineficaz de asesoría); *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400 (1988) (al no encontrar ayuda ineficaz de la asesoría cuando el abogado de la defensa descaradamente violó las reglas de descubrimiento de pruebas para conseguir una ventaja táctica).

rés expresado tradicional. Los modelos que caen en la gama coercitiva de asesoramiento del cliente se diferencian del modelo del mejor interés sólo de nombre. En el modelo autoritario, el compromiso teórico con la autonomía y dirección del cliente es abrumado por la práctica de la manipulación y de la coerción. En última instancia, el modelo autoritario despierta todas las inquietudes similares de la defensa del mejor interés, incluyendo la insatisfacción del cliente, la pérdida de comprensión e información críticas de parte del cliente, y el compromiso con el debido proceso.

Al igual que la defensa del mejor interés, el asesoramiento autoritario a menudo produce un resultado legal pobre o insatisfactorio al inhibir el completo intercambio de información entre el abogado y el cliente.<sup>306</sup> El abogado que controla la entrevista con el cliente y limita sus aportes malinterpretará las metas del mismo y prescindirá de hechos y circunstancias significativos en torno a los aspectos legales. El cliente que es sofocado por el control del abogado autoritario a menudo se mostrará insatisfecho con el proceso legal y poco dispuesto a seguir las órdenes judiciales y las recomendaciones hechas por un juez que nunca ha tenido la ocasión de escuchar o considerar sus opiniones.<sup>307</sup> Al representar al niño en el sistema de justicia juvenil, el abogado autoritario puede impedir la rehabilitación al sofocar el compromiso y la cooperación del niño con el plan de disposición.

Ya que solamente el niño mejor informado y más seguro de sí mismo tiene probabilidades de superar la influencia coercitiva del abogado erudito y manipulador, el enfoque autoritario negará con eficacia el derecho de la mayoría de los niños a afirmar o a renunciar a derechos sustantivos como el derecho a confrontar testigos o evitar autoincriminarse.<sup>308</sup> Al igual que el modelo del mejor interés, el modelo autoritario se muestra insatisfactorio ya que simplemente sustituye un límite sobre la autonomía del cliente (el abogado) de otro (el estado).<sup>309</sup>

#### B. Defensa Centrada en el Cliente

Muchos críticos del modelo autoritario dominado por el abogado han respaldado una alternativa centrada en el cliente que reconoce la autonomía y la autodeterminación individual como "piedra angular" del sistema político norteamericano.<sup>310</sup> En crudo contraste con el modelo del

306 Cochran et al., *supra* nota 121, 1-2, en 3; Allegretti, *supra* nota 294, en 13-14; Cochran, *supra* nota 294, en 582-83.

307 Cochran et al., *supra* nota 121, 7-3 (a), en 115; Allegretti, *supra* nota 294, en 13 (notando que el modelo autoritario produce menos satisfacción para los clientes).

308 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 1-2, en 3.

309 Ver id.

310 Robert D. Dinerstein, "Client-Centered Counseling: Reappraisal and Refinement", 32 ARIZ. L. REV. 501, 510-13 (1990); ver también Cochran, *supra* nota 294, en 590-91; Mather, *supra* nota 301, en 1068.

mejor interés y los modelos autoritarios, la defensa centrada en el cliente no es directiva, rechaza el paternalismo y la manipulación,<sup>311</sup> y actúa con un fuerte respeto por la autonomía y la dignidad de los clientes.<sup>312</sup> En la etapa temprana de articulación del modelo, los abogados del modelo centrado en el cliente se opusieron a dar cualquier opinión a los clientes sobre qué acción deberían tomar como clientes.<sup>313</sup> Incluso en articulaciones más recientes y menos extremas del modelo, el abogado centrado en el cliente desempeña un papel limitado en la toma de decisión del representado, limita el consejo que le ofrece y comunica neutralidad en la mayor medida posible.<sup>314</sup> Cuando el cliente busca activamente consejo del abogado, éste puede proporcionar la información sobre varias líneas de acción posibles, pero impulsará al representado a tomar las decisiones por sí mismo y tendrá cuidado de no decirles qué hacer.<sup>315</sup> El abogado puede incluso introducir cuestiones no legales y morales para que el cliente las considere siempre y cuando no intente imponer sus propios valores.<sup>316</sup>

Los partidarios de la defensa centrada en el cliente creen que los abogados raramente se encuentran en la mejor posición para determinar qué alternativas proporcionarán la mayor satisfacción para el representado.<sup>317</sup> Los abogados de la defensa centrada en el cliente también creen que es más probable que un cliente acepte y cumpla con una decisión que él mismo ha hecho.<sup>318</sup> Incluso cuando el último responsable será un juez, tal como ocurre en un caso de delincuencia, los clientes tienden más a seguir las obligaciones impuestas en un tribunal cuando se les permite tener una mayor participación en el proceso de toma de decisiones.<sup>319</sup>

---

311 Dinerstein, *supra* nota 310, en 555; Jason J. Kilborn, "Who's in Charge Her Putting Clients in Their Place", 37 GA. L. REV. 1, 34 (2002).

312 Cochran et al., *supra* nota 121, 1-3, en 5, 7-2 (a), en 111; Cochran, *supra* nota 294, en 590-91.

313 Dinerstein, *supra* nota 310, en 509; ver Robert Rubinson, "Constructions of Client Competence and Theories of Practice", 31 ARIZ. ST. L. J. 121, 121 (1999). Cuando David A. Binder y Susan C. Price publicaron "Legal Interviewing and Counseling: A Client Centered Approach" en 1977, su acercamiento "centrado en el cliente" rápidamente se convirtió en el estándar para entrevistar y aconsejar. En el corazón del acercamiento "centrado en el cliente" de Binder y Price está la idea de que un abogado debe abstenerse de influenciar en las decisiones de sus clientes, y en cambio debería facilitar la toma de decisiones de los clientes al darles una lista completa de opciones, junto con todas las consecuencias para cada opción. Ver John M.A. DiPippa, "How Prospect Theory Can Improve Legal Counseling", 24 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 81, 106 (2001).

314 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 1-3, en 5; Dinerstein, *supra* nota 310, en 587.

315 Cochran et al., *supra* nota 121, 1-3, en 6, 7-2 (a), en 111; Dinerstein, *supra* nota 310, en 508-09 (señalando que los abogados desarrollan una lista de opciones, preguntan al cliente opciones adicionales, discuten las consecuencias positivas y negativas de cada opción, ofrecen predicciones acerca de la probabilidad de cada opción y ayudan al cliente a sopesar las consecuencias de cada opción).

316 Cochran, *supra* nota 294, en 591; Dinerstein, *supra* nota 310, en 563-65; Kilborn, *supra* nota 311, en 45.

317 Dinerstein, *supra* nota 310, en 509, 516; Kilborn, *supra* nota 311, en 36.

318 Dinerstein, *supra* nota 310, en 547-48; Kilborn, *supra* nota 311, en 36.

319 Dinerstein, *supra* nota 310, en 549 (Los estudios muestran que los "clientes valoran la imparcialidad percibida del proceso con el cual se juzgan sus demandas así como los resultados que reciben"); ver también Berkheiser, *supra* nota 68, en



Asimismo, la participación del representado en la relación abogado-cliente reduce la ansiedad que a menudo acompaña su rol pasivo o ciego en el proceso legal.<sup>320</sup> La defensa centrada en el cliente también protege los derechos sustantivos y del correspondiente proceso al darle una autoridad clara y sin restricciones para ejercitar o renunciar a esos derechos.

### 1. Limitaciones del Modelo Centrado en el Cliente

En apariencia, el modelo centrado en el cliente puede apelar a los opositores de la defensa del mejor interés porque protege los derechos sustantivos del representado, anima su satisfacción y satisface las obligaciones éticas que asignan al cliente la autoridad del proceso de toma de decisión. Sin embargo, el modelo centrado en el cliente también ha sido sujeto de considerables críticas. Los comentaristas, por ejemplo, se quejan a menudo de que el modelo centrado en el cliente en realidad niega la autonomía de éste animando al abogado a no dar consejos.<sup>321</sup> Cuando el cliente pide al abogado que tome las decisiones por él, una adhesión rígida al modelo centrado en el cliente es claramente inconsistente con los deseos y expectativas del representado.<sup>322</sup> Los críticos del modelo centrado en el cliente sostienen que raramente estos llegan a la relación abogado-cliente con un sistema preconcebido de metas y de intereses, sino que por el contrario forman y construyen esas metas a partir de la interacción con el abogado.<sup>323</sup> Estos críticos también ven la persuasión equilibrada como parte necesaria y aceptable de cualquier relación autónoma<sup>324</sup> y les preocupa que una excesiva deferencia hacia los clientes les prive de un importante entendimiento legal y produzca innecesarias decisiones pobres.<sup>325</sup>

Algunos críticos también se quejan de que la defensa orientada al cliente anima y facilita la toma de decisiones egocéntricas del cliente.<sup>326</sup> Éste puede incluso interpretar la neutralidad

---

643 (observando que los estudios han mostrado que los delincuentes jóvenes tienen más probabilidades de responder positivamente a la intervención del tribunal cuando son participantes activos, que cuando el proceso se impone sobre ellos).

320 Dinerstein, *supra* nota 310, en 548-49; Ronner, *supra* nota 177, en 94.

321 Ver por ejemplo Dinerstein, *supra* nota 310, en 567; Stephen Ellmann, "Lawyers and Clients", 34 UCLA L. REV. 717, 745-46 (1987).

322 Cochran et al., *supra* nota 121, 1-4, en 7; Dinerstein, *supra* nota 310, en 574-75; ver también DiPippa, *supra* nota 313, en 108 (sosteniendo que los clientes esperan que los abogados proporcionen asesoramiento sustantivo y procesal y que un acercamiento puramente centrado en el cliente no puede ser mantenido).

323 Ver Dinerstein, *supra* nota 310, en 574-75.

324 *Id.* en 517 n.75 (Haciendo una analogía del modelo médico de consentimiento informado).

325 *Id.* en 505; Ellmann, *supra* nota 321, en 745.

326 Cochran, *supra* nota 294, en 592.

del abogado frente a su acción moralmente dudosa como una afirmación de su parte de la opción elegida por el cliente.<sup>327</sup> En un caso de delincuencia o en otro procedimiento relacionado con la familia, un niño puede fallar al considerar el impacto de su conducta y elecciones sobre otros miembros de familia. Al no poder explicar las preocupaciones y los intereses de un padre, el niño puede perder la ayuda parental crítica que necesitará en el proceso de rehabilitación.

El modelo centrado en el cliente, como muchos otros, también se basa en un número de suposiciones subyacentes que pueden no ser ciertas en la representación de niños y de adolescentes. Más significativamente, el modelo asume que hay un cliente competente que tiene la capacidad de tomar decisiones razonables basadas en valores articulados que probablemente no cambien en el tiempo.<sup>328</sup> Si bien los niños no son presuntamente incompetentes, las limitaciones cognitivas y psicosociales pueden disminuir la capacidad de toma de decisiones y hacer una diferencia no aconsejable para la insatisfacción del niño. Debido a que los niños razonan con relativamente poca información general e incluso menos información legal, necesitan de abogados que los ayuden a entender la gama completa de opciones disponibles para ellos en el pleito. En un caso de delincuencia, por ejemplo, puede pedirle al niño que decida si él litigará cuestiones basadas en evidencias antes del juicio; se declarará culpable o hará valer su derecho al juicio; su derecho a interrogar testigos del estado; y a testificar a su favor. Los niños tienen experiencia limitada en estos contextos y necesitan y quieren la asistencia y el asesoramiento de un adulto bien informado y de un asesor jurídico. Finalmente, un modelo centrado en el cliente que anima al abogado a retener consejos puede no ser lo suficientemente flexible para acomodarse a las necesidades del defendido juvenil.

### C. Modelo Colaborativo

Los críticos del modelo centrado en el cliente han propuesto un número de modificaciones al marco centrado en el cliente y en algunas instancias han introducido nuevas teorías de asesoramiento a clientes.<sup>329</sup> Mientras que los críticos continúan a favor de la autonomía y lealtad

---

327 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 9-3, en 175.

328 Ver id. 7-2 (a), en 111 (explicando que el modelo asume que la mayoría de los clientes son capaces de razonar las complejidades de sus problemas); Dinerstein, *supra* nota 310, en 510 n.38 (indicando que incluso los redactores originales del modelo centrado en el cliente reconocieron que el modelo puede no ser apropiado para el cliente que es claramente incompetente para tomar decisiones); Federle, *supra* nota 61, en 1676.

329 Dinerstein, *supra* nota 310, en 587 (proponiendo una revisión del modelo para permitir al abogado ofrecer su asesoramiento).

hacia el defendido, ellos intentan aumentar la participación del abogado y fomentar una mayor colaboración entre éste y el cliente.<sup>330</sup> En los modelos de asesoramiento colaborativos, el representado controla las decisiones, pero el abogado le ofrece consejos y estructura el proceso de defensa de una manera que fomente su correcta toma de decisiones.<sup>331</sup> Los abogados colaborativos proporcionan información relevante sobre las opciones disponibles, ayudan a los clientes a aclarar sus metas y objetivos personales, y les brindan apoyo emocional y social para tomar sus decisiones.<sup>332</sup> El abogado es esencialmente "no directivo" en cuanto a la última decisión del defendido, pero "directivo" en cuanto al proceso que se seguirá para alcanzar esa decisión.<sup>333</sup>

En muchos sentidos, el modelo colaborativo de representación legal es paralelo al desarrollo de la doctrina del "consentimiento informado" en el campo médico.<sup>334</sup> Cuando hablamos de consentimiento informado en el contexto médico, el paciente acepta la intervención médica luego de haber escuchado de boca del médico todos los riesgos y beneficios asociados con la intervención propuesta y todas sus posibles alternativas.<sup>335</sup> La doctrina enfatiza la conexión entre el consentimiento informado y la autonomía del paciente y se focaliza en la toma de decisión compartida entre el médico y el paciente.<sup>336</sup>

En el paradigma de la colaboración legal, los abogados reconocen que los clientes buscan su asistencia precisamente porque quieren el consejo, la dirección y la sabiduría de un abogado.<sup>337</sup> Es así como la responsabilidad del abogado no reside simplemente en listar de manera pasiva y neutral las alternativas, sino asegurarse que el cliente considerará y evaluará todas las opciones disponibles y elegirá la mejor alternativa.<sup>338</sup> Para alcanzar estas metas el aboga-

330 David A. Binder et al., *LAWYERS AS COUNSELORS: A CLIENT-CENTERED APPROACH* (2 ed. 2004); Michael Diamond, "Community Lawyering: Revisiting the Old Neighborhood", 32 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 67, 93 (2000).

331 Cochran et al., *supra* nota 121, 1-4 en 6, 7-1, en 119; ver Robert F. Cochran Jr. et al., "Client Counseling and Moral Responsibility" 30 PEPP. L. REV. 591, 598 (2003) ("El cliente toma la decisión última, pero el abogado está involucrado activamente en el proceso.").

332 Cochran et al., *supra* nota 121, 7-2 (d), en 113.

333 Id. 8-1, en 131; Allegretti, *supra* nota 294, en 16 (citando a Cochran et al., *supra* nota 121, 1-4, en 6).

334 Dinerstein, *supra* nota 310, en 525.

335 Id. en 530 & n. 132; ver Lars Noah, «Informed Consent and the Elusive Dichotomy Between Standard and Experimental Therapy», 28 AM. J. L. & MED. 361, 364-65 (2002) (definiendo la doctrina del consentimiento informado).

336 Dinerstein, *supra* nota 310, en 530; Noah, *supra* nota 335, en 364-65.

337 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 7-3 (a), en 114, 8-1, en 131. Las Reglas Modelo de Conducta Profesional también instruyen a los abogados para rendir "juicio profesional independiente" y "consejo sincero". Reglas Modelo de Conducta Profesional R. 2.1 (2003).

338 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 8-1 (a), en 131-32. El modelo de investigador neutral de la defensa también ha sido rechazado uniformemente por los comentaristas y los líderes en la comunidad de la defensa juvenil. Guggenheim, *supra* nota 8, en 107-09; Mlyniec, *supra* nota 8, en 116.

do puede aconsejar apropiadamente y persuadir al cliente en el asesoramiento.<sup>339</sup> Además, debido a que el consejero eficaz quiere ayudar a su defendido a evitar cometer errores, el abogado puede decirle que está eligiendo una alternativa claramente mala y explicarle por qué.<sup>340</sup> Aunque el abogado colaborativo deba ponerse del lado de su cliente, también seguirá siendo objetivo en el ofrecimiento de una valoración realista de todas las ventajas y desventajas legales y no jurídicas de un curso de acción contemplado.<sup>341</sup>

Al facilitar un significativo diálogo entre abogado-cliente en el cual se identifiquen todas las opciones disponibles y consecuencias probables, la colaboración puede incluso empoderar políticamente a clientes desfavorecidos tales como los jóvenes y los pobres que a menudo son sencillos y carecen de conocimiento sobre asuntos legales.<sup>342</sup>

Finalmente, los partidarios del modelo colaborativo se muestran en contra de la terminología binaria de la dominación del abogado contra la dominación del cliente.<sup>343</sup> Debido a que el modelo valora la flexibilidad y la variabilidad en la relación abogado-cliente, el modelo colaborativo también permite que las partes negocien los términos de la relación y asignen responsabilidad entre ellos.<sup>344</sup> Mientras que algunos clientes necesitarán y desearán la opinión y el consejo del abogado, otros no.

## 1. Colaboración con los Niños en el Sistema de Justicia Juvenil

De todos los modelos examinados en este artículo, el modelo colaborativo aparece como el más adecuado para acomodarse a las necesidades de un defendido niño. Aunque el modelo colaborativo –al igual que el modelo centrado en el cliente– supone que el abogado representará a un cliente competente,<sup>345</sup> el modelo colaborativo proporciona mayores oportunidades para que el abogado maximice y aumente las capacidades cognitivas limitadas del niño y mejore su juicio y su entendimiento.

---

339 Dinerstein, *supra* nota 310, en 517 (indicando que algunos modelos médicos del modelo del consentimiento informado afirman "que la persuasión no es sólo una parte aceptable sino también necesaria de una relación autónoma").

340 Cochran et al., *supra* nota 121, 8-1, en 132, 8-4, en 141; Allegretti, *supra* nota 294, en 18-19 (observando que en el modelo colaborativo, como entre los amigos, el abogado debe aconsejar al cliente cuando el abogado cree que el cliente está tomando una mala decisión).

341 Cochran et al., *supra* nota 121, 8-3 (a), en 135; Allegretti, *supra* nota 294, en 18-19.

342 Ver Cochran et al., *supra* nota 331, en 592; Dinerstein, *supra* nota 310, en 519; Uphoff, *supra* nota 298, en 157-58.

343 Dinerstein, *supra* nota 310, en 524; ver también Allegretti, *supra* nota 294, en 17 ("El abogado no es el jefe del cliente, pero tampoco es el revólver contratado del cliente").

344 Cochran et al., *supra* nota 121 2-7, en 25-29; Mather, *supra* nota 301, en 1069.

345 Cochran et al., *supra* nota 121, 2-7, en 27.

Aunque la investigación ha demostrado que los adolescentes tienen ciertas limitaciones cognitivas y psicosociales que pueden frustrar la participación eficaz en la relación abogado-cliente, no existe una edad mágica en la cual la gente joven se vuelva capaz de tomar buenas decisiones.<sup>346</sup> De hecho, cada uno de nosotros cultiva habilidades de toma de decisiones en el tiempo con el crecimiento, el desarrollo, la experiencia y la educación.<sup>347</sup> El niño también desarrollará su propio código de moralidad personal y adoptará virtudes tales como valor, verdad, fidelidad y misericordia con el ensayo y error de ejercitar el juicio moral.<sup>348</sup> Permitir que el niño colabore con su abogado en un caso de delincuencia le da una oportunidad de aplicar y de profundizar sus habilidades de toma de decisiones recientemente adquiridas.

El modelo colaborativo puede ofrecer un marco particularmente útil para la dupla abogado-niño, ya que el abogado colaborativo entiende que la buena toma de decisiones se afirma en la capacidad del abogado de crear un contexto ambiental apropiado para aconsejar y para desarrollar una buena relación con el cliente.<sup>349</sup> Para los niños que demuestren una mejor capacidad cognoscitiva en los contextos que les resultan familiares y desprovistos de estrés,<sup>350</sup> el consejero colaborativo proporcionará un ambiente físico y emocional cómodo y asignará el tiempo suficiente para un asesoramiento completo.<sup>351</sup> El consejero también construirá rapport con el niño a través del tiempo, comprometerá al niño en un diálogo de uno a uno apropiado a su edad y repetirá la información tantas veces como el menor necesite escucharla.<sup>352</sup>

La investigación también sugiere que otros aspectos psicosociales de la toma de decisiones

346 Aún un niño de cinco o seis años y ciertamente aquellos de diez o doce tendrán habitualmente la habilidad de "entender, deliberar y llegar a conclusiones sobre asuntos que afecten su propio bienestar". Reglas Modelo de Conducta Profesional R. 1.14 comentario 1 (2003). También en la adolescencia temprana maduran las habilidades fundamentales de comunicación, facilitando más la colaboración cliente-abogado. Grisso, *supra* nota 114, en 16.

347 Cf. Cochran et al., *supra* nota 121, 1-4, en 8-9 (explicando que un abogado llega a buenas decisiones a través de una "habilidad innata, hábito, edad, conocimiento, cantidad de experiencia, educación y carácter" (cita omitida)).

348 Ver id. 9-2 (b), en 170.

349 Id. 7-3, en 113; Uphoff, *supra* nota 298, en 155-57.

350 Ver Buss, *supra* nota 56, en 918-19; Grisso, *supra* nota 114, en 16-18. Los estudios sugieren que los adolescentes son más propensos a brindar información inexacta a personas con autoridad cuando están bajo presión. Id. en 18. Aun cuando las capacidades cognitivas de los adolescentes son parecidas a las de los adultos, la teoría sugiere que utilizarán esas habilidades con menor fiabilidad en situaciones nuevas, ambiguas o estresantes, debido a que las habilidades han sido recientemente adquiridas y están menos establecidas. Las emociones, el humor y el estrés ejercen usualmente una influencia negativa en el proceso de toma de decisiones, causando una constricción en el rango de opciones consideradas o consecuencias previstas.

351 Cochran et al., *supra* nota 121, 8-5 (a) (3), en 153-53.

352 Ver Dinerstein, *supra* nota 319, en 556; Wallace J. Mlyniec, "A Judge's Ethical Dilemma: Assessing a Child's Capacity to Choose", 64 *FORDHAM L. REV.* 1973, 1898 (1996).

-tales como la confianza en los adultos, la percepción del riesgo y la preferencia por el riesgo pueden mejorar conforme mejore la relación abogado-cliente.<sup>353</sup> Debido a que los jóvenes tienden a tener un nivel de confianza y de satisfacción más elevado con los abogados que pasan más tiempo trabajando con ellos,<sup>354</sup> es más probable que el niño reciba y acepte el aporte del abogado colaborativo. El niño también podrá evitar decisiones precipitadas y miopes cuando tenga la ayuda de un abogado que le ayude pacientemente a identificar y a considerar todas las implicancias a largo plazo de cualquier decisión tomada.<sup>355</sup> Cuando se haya provisto de toda la información relevante y se hayan dado todos los apoyos ambientales y emocionales apropiados, un niño puede tomar decisiones bien razonadas y dirigir apropiadamente a su abogado en el curso de la representación.

El modelo colaborativo también se muestra lo suficientemente flexible como para acomodar las metas rehabilitadoras del sistema de justicia juvenil y adaptarse a las diferencias entre la fase de disposición y la fase de adjudicación de los casos de delincuencia. Cuando el abogado opta por no basarse solamente en la evaluación del oficial de libertad condicional, sino que por el contrario guía al niño a través de una investigación independiente de sus propias necesidades y deseos,<sup>356</sup> el abogado y su cliente estarán en una mejor posición para desarrollar un plan apropiado y confiable para la rehabilitación. El abogado colaborativo puede incluso mejorar las perspectivas rehabilitadoras del niño mediante el trabajo con él para investigar e identificar soluciones creativas y alternativas al encarcelamiento<sup>357</sup> y para aumentar la aceptación y conformidad del niño con la disposición del plan definitivo.<sup>358</sup> El modelo colaborativo en última instancia empodera al cliente para tomar una decisión más pensada y mejor informada

---

353 Schmidt et al., *supra* nota 57, en 180.

354 *Id.*

355 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 9-2 (b), en 172.

356 Como parte de una investigación independiente, el abogado puede entrevistar a parientes, recopilar registros escolares, y en algunos casos acordar una evaluación independiente de salud mental que no será compartida automáticamente con el tribunal. El abogado puede asegurar el pago para la evaluación a través del proveedor de asistencia médica del niño, del seguro de la familia, o del sistema escolar público. Al decidir sobre si acordar una evaluación independiente, el abogado tendrá que consultar con el niño para determinar si éste está dispuesto a aceptar la intrusión de una evaluación adicional y tendrá que evaluar el riesgo de que solicitar evaluaciones adicionales revelará factores negativos acerca del cliente y resultará en una disposición más restrictiva que la que el cliente quiera.

357 Ver Estándares Relativos al Estatus Provisional 8.2 (IJA-ABA Comunicación Conjunta sobre los Estándares de Justicia Juvenil 1979); Estándares Relativos a los Abogados Privados 9.2 (a)-(b) (IJA-ABA Comunicación Conjunta sobre los Estándares de Justicia Juvenil 1979) (ofreciendo estándares que requieren que los abogados se familiaricen con todos los servicios de la comunidad y con las alternativas de tratamiento disponibles para el tribunal y a investigar la fuente de cualquier evidencia introducida en la audiencia de resolución).

358 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 8-1, en 131.

entre las opciones y da significado real al derecho del cliente de expresar su opinión en la audiencia de disposición.

En algunos casos, el abogado colaborativo puede también animar al cliente a considerar aquellas opciones que adultos relevantes perciban como "mejor" para el niño. Así, en el contexto de delincuencia, el abogado puede aconsejar apropiadamente al niño a considerar (1) las ventajas a largo plazo del tratamiento y de la rehabilitación, (2) el impacto de su conducta y elecciones en su familia, y (3) las implicancias morales de su presunta conducta delincente en la sociedad. Cuando el abogado no es autoritario y retrasa el consejo hasta que tenga un trato apropiado con el cliente, el niño conserva la autonomía individual y es libre de rechazar la opinión del abogado.<sup>359</sup>

Finalmente, el modelo colaborativo puede también acomodar la interacción única entre los abogados, los niños y sus padres. Debido a que el abogado colaborativo reconoce que los tomadores de decisión efectivos utilizan todos los recursos disponibles para ellos, puede animar a su cliente a hablar con los miembros de su familia que le puedan proporcionar una perspectiva alternativa e información adicional antes de tomar decisiones importantes.<sup>360</sup> El consejo de los padres puede ser particularmente útil a un niño que respete sus opiniones y puede ayudarlo a tomar decisiones en el contexto de valores familiares importantes. La colaboración con los padres puede también ser útil para asegurar la cooperación de ellos con las decisiones finales del niño y para ayudar a cualquier plan rehabilitador que ordene el tribunal. A diferencia del modelo dirigido exclusivamente por los padres y del potencialmente egoísta modelo centrado en el cliente, el modelo colaborativo debe fomentar la cooperación entre toda la gente significativa en la vida del niño.

Aunque el modelo colaborativo caiga por su diseño dentro del continuo del modelo del interés expresado de los paradigmas abogado-cliente, el modelo colaborativo puede también satisfacer muchas de las preocupaciones normativas expresadas por los abogados del mejor interés. Los profesionales que recurren a la defensa del mejor interés porque creen que sus clientes

---

359 Para estrategias más concretas para evitar coerción indebida de parte de los abogados representando niños, ver *infra* notas 364-66 y texto que las acompaña.

360 Cochran et al., *supra* nota 121, 8-5 (b), en 155-56 (explicando que un abogado puede dirigirse al cliente preguntando "¿hay alguien más con el que quisieras conversar acerca de esta decisión?"). El comentario a la Regla Modelo 1.14 sugiere que el cliente de una capacidad disminuida puede invitar a un tercero a la discusión cliente-abogado sin comprometer el privilegio abogado-cliente si el cliente precisa la asistencia de un tercero. Reglas Modelo de Conducta Profesional Regla 1.14 comentario 3 (2003).

son cognitivamente incapaces de guiar la defensa, pueden estar dispuestos a intentar un acercamiento más colaborativo que está diseñado para aumentar la capacidad cognoscitiva de sus clientes y para facilitar mayor conformidad por el niño en el proceso de rehabilitación. Incluso aquellos defensores a favor de la deferencia parental o que se oponen normativamente a la autonomía de los niños, pueden estar dispuestos a probar un modelo que permita, y a veces incluso anime, a que el niño consulte con sus padres.

## **2. Límites del Modelo Colaborativo con Jóvenes**

A pesar de la utilidad práctica de su estructura, el modelo colaborativo tiene sus dificultades. Debido a que el modelo colaborativo es costoso y absorbente, será probablemente resistido por aquellos abogados que tengan altas cantidades de casos por tratar o trabajen en defensorías de bajos recursos. El modelo debe también soportar las presiones sistémicas de jueces, de oficiales de libertad condicional y de otros funcionarios judiciales, que se opongan a cualquier modelo de defensa que dificulte la economía temporal y fiscal. Con todo, aumentando la participación del niño y ganando su cooperación, el modelo debería mejorar el éxito total de la rehabilitación en el tribunal juvenil, aumentar la seguridad pública, y de tal modo justificar el tiempo y los costos adicionales.

Las diferencias de status entre el abogado y el niño pueden crear dificultades adicionales para el abogado colaborativo. Debido a que la colaboración es generalmente más acertada cuando las partes deliberantes son igualmente dependientes y de status relativamente igual,<sup>361</sup> el abogado que representa al niño más joven y menos experimentado tendrá siempre el desafío de alcanzar un delicado equilibrio entre el consejo legal y la autonomía legal del cliente dentro de la relación. No sólo el abogado tendrá mayor experiencia en el área relevante de la ley, pero cuando el cliente es un niño, habrá disparidades adicionales en edad, experiencia de vida y conocimiento.<sup>362</sup> En los contextos penales y de delincuencia, es probable que la relación abogado-cliente sea más complicada por diferencias en raza, clase, educación y status general en la sociedad.<sup>363</sup>

Para alcanzar el delicado equilibrio entre el consejo y la autonomía del representado, el abogado debe entender cómo los factores del desarrollo pueden afectar a la relación abogado-cliente y desarrollar métodos concretos para mejorar las entrevistas, asesoramiento y toma

---

361 Cochran et al., *supra* nota 121, 1-4, en 7; ver Cochran et al., *supra* nota 331, en 601.

362 Ver Cochran et al., *supra* nota 121, 9-5, en 185.

363 *Id.*



de decisiones con los clientes más jóvenes.<sup>364</sup> Los abogados eficaces centrados en el cliente y colaborativos se comprometerán en escuchar activamente, prestar atención a las señales físicas del defendido, construir una relación de buena comunicación, afirmar al cliente, hacer preguntas abiertas, y desarrollar preguntas para construir desde temas amplios a detalles finos.<sup>365</sup> El abogado puede también variar la dinámica del asesoramiento a través del curso de la relación. En las etapas tempranas de la relación, el abogado colaborativo será no crítico y proporcionará aceptación y empatía genuinas, no contingentes.<sup>366</sup> Luego de que se establezca la relación en sesiones de asesoramiento posteriores, el abogado puede ofrecer un asesoramiento más apropiado y aumentar su preocupación por las decisiones del cliente. Conforme el abogado se familiariza con el niño, podrá también aconsejarlo en el contexto de la experiencia de vida del niño.

Las variables no jurídicas tales como el remordimiento y la responsabilidad moral pueden introducirse más apropiadamente en los estadios avanzados del caso, tales como la disposición, cuando sea más probable que el cliente confíe en el entendimiento del abogado y menos probable que considere como coercitivo el consejo del abogado. En las primeras fases, la introducción de variables no jurídicas puede parecer crítica e insinuar que los problemas sociales y morales son más importantes que los derechos sustantivos y procesales del niño. Por ejemplo, en una sesión de asesoramiento en la cual el niño debe decidir si aceptar o no la oferta de acuerdo del estado, el cliente y el abogado explorarán las defensas potenciales, evaluarán el éxito probable de cualquier defensa, y considerarán los riesgos asociados con la pérdida posterior del juicio. Puede que nunca sea apropiado que el abogado diga a su cliente que tiene una responsabilidad moral de declararse culpable porque los padres del niño se incomodan al venir al tribunal o porque el abogado cree que el cliente debe una disculpa o una restitución a su víctima. Por el contrario, al momento de la disposición, puede ser apropiado que el abogado anime al niño a considerar tanto los intereses de las víctimas como los beneficios del tratamiento y de la rehabilitación.

Esto no es para sugerir que el abogado nunca deba introducir algún factor no legal en los puntos de decisión relacionados con el juicio. Puede ser que al niño le interese cuánto tiem-

364 Schmidt et al., *supra* nota 57, en 193.

365 Existe un número de excelentes recursos sobre habilidades de entrevistas a clientes, etc. Para una muestra de consejos generales para una entrevista para adultos y niños, ver Cochran et al., *supra* nota 121, 9-1 a -5, en 165-87. Para una muestra de las habilidades de entrevistar jóvenes, ver ABA JUVENILE JUSTICE CENTER ET AL., TALKING TO TEEN IN THE JUSTICE SYSTEM: STRATEGIES FOR INTERVIEWING ADOLESCENT DEFENDANTS, WITNESSES, AND VICTIMS (Lourdes M. Rosado ed., 2000).

366 Cochran et al., *supra* nota 121, 7-3 (a), en 114, 9-3, en 175.

po tendrán que pasar sus padres en el tribunal. El abogado podría incluso tratar temas de arrepentimiento en la discusión de la negociación o del juicio si el cliente hubiese introducido el tema o si el abogado realmente cree que el juez verá favorablemente el alegato del niño y tendrá buena disposición para con él. Por el contrario, en la fase post adjudicación de la disposición, el arrepentimiento y el impacto en la víctima son intrínsecamente relevantes y casi siempre afectan la decisión última del juez en el caso.

Aunque el modelo colaborativo presente algunos desafíos para el abogado del niño, sus ventajas sobrepasan en última instancia a sus dificultades. Con el entrenamiento adecuado, la paciencia y una buena voluntad de educar a niños, en muchos casos el abogado colaborativo puede aumentar las capacidades del joven y seguir con eficacia la dirección de éste en casos de delincuencia. Las ventajas y la flexibilidad del modelo colaborativo también sobrepasan las ventajas de la defensa del modelo del mejor interés y de otros modelos de decisión sustitutos.

#### **4. Conclusiones**

En el contexto de la justicia juvenil, los abogados deben desarrollar un paradigma abogado-cliente que otorgue un significado sustantivo al derecho constitucional del niño al abogado, satisfaga fundamentalmente el debido proceso y en la mayor medida posible apoye la exitosa rehabilitación de los niños en el sistema de justicia juvenil. El paradigma apropiado debe también comportarse con las preferencias de las Reglas Modelo sobre la lealtad y autonomía del cliente, a la vez que maximice el desarrollo mental, emocional y educacional del niño. Este artículo rechaza los modelos del mejor interés y de dirección por los padres por considerarlos como insatisfactorios en cada una de estas variables. Estos modelos no sólo niegan claramente la autonomía individual, sino que también impiden la rehabilitación y socavan el derecho constitucional del niño al asesoramiento.

Aunque no podemos esperar que la relación abogado-niño sea una reproducción exacta de la relación adulta entre abogado-cliente, la defensa paternalista que es tan común en la actual representación juvenil excede ampliamente lo que es necesario para acomodar las limitaciones inherentes al niño. A pesar de un claro consenso entre líderes y comentaristas académicos en la comunidad de la justicia juvenil, los estándares profesionales como aquellos preparados por el IJA-ABA no han sido eficaces en traer uniformidad al rol del consejero del niño en casos de delincuencia. Puede ser que persista la defensa del mejor interés simplemente porque los abogados de niños han polarizado los temas de una manera que no es ni necesaria, ni útil. Los abogados del mejor interés que continúan rechazando la defensa "tradicional", "celosa" bien pueden imaginarse un paradigma rígido en el cual el abogado trabaje a toda costa para llegar al cliente o en el cual el cliente domine la conducta del abogado sin el aporte ni asesoramiento del mismo. Por otro lado, los entusiastas abogados del interés expresado temen probablemente que cualquier discusión del mejor interés del niño impida la autonomía del cliente e invada sus derechos fundamentales. Enmarcar el debate en este sentido ya no resulta útil en

el complejo mundo del tribunal de menores y el liderazgo académico y profesional haría bien en abandonar la terminología anticuada y para explorar un acercamiento más colaborativo a la relación abogado-niño.

Un modelo colaborativo de la defensa apoyaría muchas metas de la justicia juvenil y ofrecería un paradigma muy práctico para la relación abogado-niño. No sólo el modelo sigue siendo leal a los principios fundamentales de determinación del cliente y autonomía informada, sino que también es bastante flexible para acomodarse a los aspectos únicos del tribunal juvenil, incluyendo la interacción especial de padres, abogados y niños, y el compromiso del tribunal con la rehabilitación. El modelo también reconoce el continuo de limitaciones cognoscitivas y psicosociales entre los jóvenes sin depender de presunciones mal usadas o criterios admitidos que quiten a los jóvenes su derecho constitucional de recibir asesoramiento y da al abogado la oportunidad de enseñar, guiar e incluso de persuadir a los niños sin perder su confianza o usurpar el rol de instructor moral de los padres. Finalmente, el modelo también da a los padres un lugar en el procedimiento de la toma de decisiones del niño sin transferir poder a los padres, ni destruir el núcleo de la relación abogado-cliente, o abandonando la lealtad y confidencialidad para con el cliente.

Si se asume que no todas las limitaciones cognoscitivas y psicosociales pueden ser corregidas o acomodadas dentro del paradigma colaborativo, el profesional necesitará un marco alternativo para aquellas ocasiones limitadas en las que el niño simplemente no pueda comunicarse con su abogado o comprometerse incluso en el análisis o razonamiento más básicos. El profesional puede (1) aumentar los asuntos de competencia con el tribunal y litigar la capacidad del niño para ser enjuiciado, (2) pedir que el tribunal designe a un tutor para proteger los intereses del cliente mientras que el abogado permanece leal a las metas del cliente en la medida de lo posible, o (3) tratar de determinar lo que hubiera hecho el niño si fuese competente y abogue conforme a la doctrina sustitutiva del juicio. Para los jóvenes mayores que fueran antes competentes, la doctrina del juicio sustitutivo puede ser una opción apropiada ya que intenta honrar la autonomía del cliente y requiere que el abogado examine el modelo de preferencias del niño y de sus valores para decidir qué posición debe abogar en nombre el niño. Desafortunadamente en esos casos donde el abogado no tiene ninguna base sobre la cual comprobar lo que haría el niño si fuera competente o donde el niño es claramente incompetente para ser enjuiciado, el juicio sustituido no es más apropiado que la defensa del mejor interés. En el último caso, el abogado debe elevar al tribunal los temas de competencia y/o pedir que el tribunal designe a un tutor.





### 3. SIGNIFICADO DE LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL DE MENORES: DEL PRONÓSTICO DE PELIGROSIDAD A LA CULPABILIDAD

Por Beatriz Cruz Márquez\*

#### 1. Introducción: Discusión doctrinal en torno a la agravante de reincidencia

La reincidencia supone la comisión de una conducta delictiva al menos por segunda vez y va acompañada, bajo la concurrencia de determinados requisitos legales, de una agravación de la respuesta penal. Su permanencia en los Códigos penales<sup>1</sup> constituye seguramente uno de los ejemplos más claros de la relevancia concedida a las necesidades preventivo generales que se atribuyen a sociedades complejas como la actual, así como la incapacidad de reaccionar a los excesos que se articulan en nombre de tales necesidades, aun cuando contradicen principios ineludibles en materia penal como el de culpabilidad o el de legalidad. Las manifestaciones doctrinales más críticas frente a la agravante de reincidencia aluden con frecuencia a la vulneración de estos principios<sup>2</sup> y, por ende, a la idea de dignidad de la persona<sup>3</sup>. En cualquier

---

\* Profesora de la Universidad de Extremadura, es Licenciada en derecho de la Universidad de Extremadura, posee un Magister Legum Studium en Westfälischen Wilhelms-Universität, Münster, Alemania y un Doctorado Europeo (Derecho Penal) en la Universidad de Extremadura, España.

1 Sobre su regulación en los países de nuestro entorno jurídico, vid. Marín de Espinosa Ceballos, E. B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, Comares, 1999, pp. 35 ss.

2 Vid. Agudo Fernández, E., «La nueva agravante de reincidencia cualificada en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», *CPCr*, n.º 81, 2003, p. 440, en alusión a la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio, en respuesta a la cuestión de constitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción de Daroca (Zaragoza). Sobre la citada sentencia, así como sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 3195/90, de 6 de abril, en que el este tribunal casa su doctrina al respecto, interpretando la agravante de reincidencia conforme a la Constitución Española siempre que "no se supere la gravedad de la culpabilidad por el hecho", vid. Marín de Espinosa Ceballos, *La reincidencia*, ob. cit., pp. 109 ss.

3 Agudo Fernández, *CPCr*, n.º 81, 2003, ob. cit., p. 441.

caso, cuando se analiza la agravante de reincidencia<sup>4</sup>, especialmente la cualificada<sup>5</sup>, o los delitos habituales configurados a partir de la reiteración de acciones constitutivas de faltas<sup>6</sup>, resulta evidente que la previsión de una sanción penal más grave a la establecida para la misma conducta cometida de forma aislada sólo se explica recurriendo al comportamiento delictivo anterior, ya juzgado por lo demás. Es posible diferenciar los argumentos aportados para explicar la doble valoración de los delitos anteriores<sup>7</sup>, según aludan a la mayor gravedad del injusto, por mostrar una especial rebeldía frente a la norma infringida<sup>8</sup>, de la *culpabilidad*, por ser más reprochable la conducta de quien ya delinquiró una vez y fue sancionado, o a la especial *peligrosidad* del infractor, ya sea por su especialización delictiva o por su persistencia en la decisión de delinquir<sup>9</sup>.

La observación de tales argumentos permite comprobar que se trata de aspectos ajenos tanto al hecho delictivo en sí, pues no aluden a la forma de comisión<sup>10</sup> ni a sus consecuencias directas<sup>11</sup>, como a la culpabilidad individual de quien reincide, referida a la capacidad para

---

4 Regulada en el artículo 22.5<sup>º</sup> del CP, que condiciona su aplicación a los siguientes elementos: la existencia de condena ejecutoria, por un delito ubicado en el mismo título del CP y de la misma naturaleza que el enjuiciado en el momento en que se plantea la imposición de la agravante y no cancelado aún. Vid. Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte General, Volumen II*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 615 ss. Sobre las críticas realizadas a los requisitos establecidos en la regulación de la agravante de reincidencia, al exigir la pertenencia al mismo título del delito cometido con anterioridad, así como que ambos delitos tengan la misma naturaleza, Alonso Álamo, M., «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 72.

5 La diferencia de la agravante de multirreincidencia Agudo Fernández, *CPCr*, n.º 81, 2003, ob. cit., pp. 437 s., dada la ausencia de mención expresa a la apreciación de la agravante de reincidencia en una sentencia anterior. Está prevista en el artículo 66.5<sup>º</sup> CP y permite ampliar la pena a la superior en grado siempre que concurren las condiciones establecidas: existencia de condena o condenas previas, ejecutorias, por al menos tres delitos, identidad de Título, identidad de naturaleza, durante los cinco años anteriores.

6 Al respecto, Alonso Álamo, «Delito de conducta reiterada», ob. cit., pp. 63 ss.

7 Sobre el fundamento de la agravación de la pena por la existencia de anteriores condenas en la doctrina científica, vid. Marín de Espinosa Ceballos, *La reincidencia*, ob. cit., pp. 174 ss.; Monge Fernández, A., «Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena», *CPCr*, n.º 95, 2008, pp. 112 – 123.

8 Cardenal Montraveta, S., «La reincidencia en el derecho penal de menores» en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*. Libro homenaje a Santiago Mir Puig, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010, p. 663, en referencia a la concepción de Mir Puig.

9 En referencia al menor infractor, Cardenal Montraveta, «Reincidencia», ob. cit., pp. 670 s.

10 Allí donde la reincidencia derive en una mayor pericia por parte del delincuente, que reduzca la capacidad de la víctima para defenderse, este plus de gravedad estaría abarcado por la agravante del artículo 22.2<sup>º</sup> CP.

11 Lo que sucede, por ejemplo en el caso de la agravante de discriminación, donde a la lesión del bien jurídico en sí se añade la vulneración del principio de igualdad, vid. Cuello Contreras, *PG<sup>2</sup>*, ob. cit., pp. 606 s.

dejarse motivar por la norma penal<sup>12</sup>. Lo que pone en evidencia la idea latente a todos ellos, a saber: la inseguridad generada en la sociedad por la conducta reincidente en la medida en que cuestiona la eficacia preventivo-especial de la intervención penal y recuerda su principal limitación, esto es, deducir de la conducta pasada un pronóstico negativo acerca de la futura cuya materialización resulta imposible asegurar con certeza<sup>13</sup>. Sucede, sin embargo, que la minimización de tales precepciones sociales desde el derecho penal puede realizarse únicamente dentro del límite de la culpabilidad por el hecho, valorada en concreto, infranqueable también en caso de recurrir a la aplicación de medidas de seguridad<sup>14</sup>, pues lo contrario supondría una instrumentalización del delincuente, opuesta en cualquier caso al respeto de la dignidad de la persona<sup>15</sup>.

## 2. Regulación de la reincidencia en la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORRPM)

Junto a las consideraciones críticas que genera la previsión de la agravante de reincidencia en el derecho penal de adultos, acabadas de esbozar, conviene analizar a continuación su regulación específica en el ámbito del derecho penal juvenil, al objeto de evaluar el alcance y naturaleza de esta circunstancia, así como las posibles dificultades que plantea de cara al mantenimiento del interés superior del menor. Conviene advertir, sin embargo, que para ello se han incluido no sólo las manifestaciones referidas a la concurrencia efectiva de esta circunstancia, sino también las relativas a su pronóstico, dada su particular relación con la prevención especial, así como el peso específico otorgado tradicionalmente a este objetivo en el régimen de responsabilidad penal juvenil.

Entre las primeras destaca la regla de determinación prevista en el artículo 10.1 b) de la LORRPM, que prescribe al juez de menores la aplicación de una medida de internamiento de 1 a

<sup>12</sup> Cardenal Monraveta, «Reincidencia», ob. cit., p. 664.

<sup>13</sup> Al respecto, por todos, Schöch, H., «Kriminalprognose», en *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 1: Grundlagen der Kriminologie*, Berlin, De Gruyter Recht, 2007, pp. 361 ss.

<sup>14</sup> De manera que la previsión de medidas de seguridad como respuesta a los delitos del infractor reincidente tampoco permitiría extender la intervención penal hasta garantizar la ausencia de peligrosidad. Vid. Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte General, Volumen I*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 139 ss. Plantean la aplicación de medidas de seguridad como solución, Alonso Álamo, «Delito de conducta reiterada», ob. cit., p. 73; Monge Fernández, *CPCr*, n.º 95, 2008, ob. cit., pp. 127 ss.

<sup>15</sup> Uno de los fundamentos del rango constitucional del principio de culpabilidad, Agudo Fernández, *CPCr*, n.º 81, 2003, ob. cit., pp. 442 ss.

6 años cuando el menor haya cometido uno de los delitos previstos en el artículo 9.2 LORRPM, que establece el ámbito de aplicación de dicha medida, – delitos graves o delitos menos graves cometidos con violencia o intimidación / en banda o grupo –, sea mayor de 16 años y el hecho revista extrema gravedad, entendiéndose como tal siempre la reincidencia. El efecto agravante de la reincidencia, junto a las otras condiciones, resulta evidente, especialmente si se compara con el régimen general de determinación de la medida juvenil, caracterizado por su flexibilidad y por la atención al interés superior del menor. En concreto, al fijar como punto de referencia el ámbito de aplicación de la medida de internamiento, implica en muchos casos un incremento de la intervención penal por encima de la concreta culpabilidad por el hecho<sup>16</sup>, en clara contradicción con las interpretaciones del TC y del TS mencionadas anteriormente<sup>17</sup>. Además, la aplicación automática de la medida de internamiento cerrado en caso de concurrir las condiciones enumeradas, impide tener en cuenta las circunstancias que puedan haber disminuido la capacidad de culpabilidad del menor infractor o la exigibilidad de su conducta conforme a la norma, que delimitan el límite máximo del reproche penal. De hecho, y pese a la tendencia general a remitir al artículo 22.5ª del CP<sup>18</sup>, donde está regulada la circunstancia agravante de reincidencia, para dar contenido a su mención específica por el artículo 10.1 b) de la LORRPM, resulta conveniente incorporar en su lugar los requisitos previstos en el artículo 66.1.5ª CP (agravante de reincidencia cualificada), dada la mayor proximidad entre los efectos aparejados a esta última (aplicación de la pena superior en grado) y los que se derivan del artículo 10.1 b). Bien entendido que esta opción, aunque preferible por cumplir con mayor rigor la prohibición de extender la privación de libertad más allá de lo previsto en el derecho penal de adultos (artículo 8 de la LORRPM)<sup>19</sup>, no evita por sí sola el automatismo de este criterio, ni las dudas que suscita en general la mención, expresa o indirecta, a la reincidencia en el derecho penal juvenil<sup>20</sup>.

---

16 Tal es el caso, por ejemplo, del menor que cometa un delito contra la propiedad en grupo si previamente ha sido sentenciado por haber cometido un delito de las mismas características.

17 En sentido contrario, entendiéndose discutible únicamente el carácter automático de la prescripción, Cardenal Montraveta, «Reincidencia», ob. cit., p. 672.

18 Feijoo Sánchez, B., Feijoo Sánchez, B., «Título II. De las medidas», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2008, p. 204, con numerosas referencias en la nota núm. 2.

19 Alude a la utilización de esta vía en la práctica para no aplicar la medida de internamiento en los casos en que la comisión de ilícitos no tienen asignada pena privativa de libertad en el CP, Vaello Esquerdo, E., «La incesante aproximación del derecho penal de menores al derecho penal de adultos», *RGDP*, 11 (2009), p. 24.

20 Cuello Contreras, J., «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo», *RECPC*, 12-01 (2010), p. 18; Cruz Márquez, B., *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 124, con numerosas referencias en las notas núm. 274 y 275; Vaello Esquerdo, *RGDP*, 11 (2009), ob. cit., p. 25.



Otras manifestaciones de la influencia de la comisión de hechos delictivos previos por parte del menor, son las referidas a los criterios para la adopción de la medida cautelar de internamiento, entre los que goza de preferencia (artículo 28.2 de la LORRPM)<sup>21</sup>, y a las opciones desjudicializadoras, respecto de las que ejerce un efecto excluyente, expreso en el caso del desistimiento incondicionado (artículo 18 LORRPM in fine) y tácito en el resto<sup>22</sup>. A ellas se añade la obligación por parte del juez de menores de tomar en consideración la comisión con anterioridad de otros hechos de la misma naturaleza (artículo 39.1, párrafo 1º de la LORRPM).

En el segundo grupo de manifestaciones de la reincidencia, estructuradas en clave de pronóstico, únicamente existe una previsión expresa entre los criterios de adopción de las medidas cautelares, concretamente el “*riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima*” (artículo 28.1 LORRPM), introducida por la reforma operada a través de la LO 8/2006. Ahora bien, la ausencia de una mención específica a la valoración del riesgo de reincidencia en el régimen general de determinación de la medida a aplicar (artículo 7.3 LORRPM) o en cuestiones complementarias, como la suspensión de la ejecución (artículo 40 LORRPM), su modificación por otra o incluso el cese de la medida (artículos 13 y 51 LORRPM), no debe ocultar la innegable probabilidad de que influyan en este tipo de decisiones en la práctica<sup>23</sup>, dada la frecuente asociación entre la finalidad preventivo-especial, que supone la reducción del riesgo de reincidencia, y la consecución del interés superior del menor<sup>24</sup>.

Esta breve exposición de la regulación vigente en España en el ámbito del derecho penal de menores sirve para evidenciar el objetivo común de las manifestaciones legales de la reincidencia, tanto la concurrente como la pronosticada, a efectos de la determinación de la medida juvenil, que no es otro que el de intervenir frente al peligro asociado a un determinado perfil de menor infractor, definido bien por la persistencia efectiva en la conducta delictiva, bien por la concurrencia de factores a los que se asocia una probabilidad elevada de dicha persistencia se produzca. Con independencia de la cuestionabilidad preventiva de este tipo de reacciones, así como de la fiabilidad de los instrumentos de pronóstico, que será analizada con cierto detalle en el siguiente apartado, es preciso señalar las dudas que plantea en relación con el respeto al principio de culpabilidad, especialmente cuando se analiza desde la perspectiva de

21 Vaello Esquerdo, *RGDP*, 11 (2009), ob. cit., p. 25.

22 Vid. Cruz Márquez, B., «La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño», *REDPCr*, 07 – 14 (2005), p. 21.

23 Interpretación propuesta por Cardenal Montraveta, «Reincidencia», ob. cit., pp. 673 ss. para evitar contradicciones con el artículo 10.1 de la LORRPM.

24 Sobre la necesidad de distinguir ambos aspectos, Cruz Márquez, B., «Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», *AFDUAM*, 2010, en prensa.

las peculiaridades del menor infractor. Y ello por una serie de razones:

1) La comisión de un nuevo hecho delictivo tras haber sido juzgado por otro, de la misma o distinta naturaleza no es indicativa necesariamente de una actitud más contraria al derecho que quien lo comete por primera vez, ni tampoco de la mejor adecuación de la privación de libertad como respuesta a la reiteración en el delito. Sucede más bien, por lo que se refiere al proceso de socialización, interiorización y acatamiento de las normas de convivencia, que mientras está demostrada la influencia del tipo de instancias de control, formal o informal, que intervienen<sup>25</sup>, aún no se ha podido constatar el mayor éxito educativo de las medidas de internamiento en comparación con las medidas ejecutadas en medio abierto<sup>26</sup>. A este dato conviene añadir el de la mayor vulnerabilidad frente al sistema de justicia penal del menor que ya ha sido descubierto y juzgado por la comisión de un determinado delito, lo que parece apuntar a la intervención de variables ajenas a su socialización también al investigar y descubrir la posterior conducta delictiva.

2) La reincidencia puede explicarse en muchos casos como un indicio de la recuperación del menor<sup>27</sup>, frente al que no conviene reaccionar rígidamente, en la medida en que cada proceso es único y su desarrollo depende en buena parte del margen de libertad y confianza depositado en él, como agente activo de este proceso.

3) Por último, más allá del posible efecto desocializador de la intervención penal juvenil e incluso de la influencia que puede tener la comisión del delito en la formación del propio autoconcepto, conviene señalar que la mayoría de los factores explicativos de la conducta delictiva del menor, y en mayor medida los asociados al riesgo de reiteración y persistencia, presentan una lectura en clave de disminución de la culpabilidad, normalmente por afectar su capacidad volitiva e inhibitoria, valorable en los casos más acusados a través de la exigibilidad de la conducta conforme a la norma. Desatender este efecto e insistir en el riesgo de persistencia en la criminalidad constituye en realidad una vulneración del principio de culpabilidad, aunque aparezca avalada por una finalidad preventiva o incluso educativa, y contradice claramente la consecución del interés superior del menor, que debe garantizar el libre desarrollo de su personalidad, atendiendo a las peculiaridades, habilidades y carencias que presente. Razones más que suficientes para profundizar en este aspecto, revisando el alcance de las

25 Boers, K., «Kontinuität und Abbruch persistenter Delinquenzverläufe», en *Jugendliche Mehrfach- und "Intensivtäter". Entwicklungen, Strategien, Konzepte*, Berlin, GpK, 2009, p. 73.

26 Con independencia del perfil más o menos desfavorable de los menores a quienes se aplica la medida de internamiento, con el que se suele explicar con frecuencia los peores resultados de esta medida, llama la atención sobre el hecho de que precisamente se presupone de ella una mejor adecuación para hacer frente a la situación del menor, García Pérez, O., «La práctica de los juzgados de menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia», *RECPC*, 12-12 (2010), p. 30.

27 Cuello Contreras, *RECPC*, 12-01 (2010), p. 18.

investigaciones relativas al desarrollo y evolución de la delincuencia desde la adolescencia hasta la edad adulta y establecer los rudimentos que permitan valorar los factores de riesgo relativos a la personalidad del menor infractor en el marco de la comprobación y medición de la culpabilidad, previo a la determinación de la medida juvenil.

### 3. La reincidencia en la investigación criminológica

Uno de los aspectos más estudiados desde la perspectiva criminológica es sin duda el relativo a la continuidad e interrupción de la delincuencia a lo largo de la vida (carrera criminal), especialmente por lo que se refiere a los delincuentes intensivos, a quienes se considera responsables de gran parte de la criminalidad violenta y grave<sup>28</sup>. La sospecha de que existe una relación entre la aparición de la conducta delictiva a edades tempranas (infancia y adolescencia) y la persistencia de esta a lo largo de la edad adulta, de forma especializada y grave<sup>29</sup>, explica en buena parte el interés criminológico por descubrir las diferentes modalidades de evolución (trayectorias), así como las principales causas que intervienen en el desarrollo y continuidad de la carrera criminal. Pues la posibilidad de clasificar a los diferentes infractores y de predecir la conducta reincidente en virtud de la concurrencia de una serie de factores de riesgo, constituyen la clave para acometer políticas preventivas eficaces y exitosas, al tiempo que justifican intervenciones punitivas extremas<sup>30</sup>, al amparo de la consecución de la seguridad colectiva. Sin negar el enorme atractivo de esta pretensión, resulta evidente que conlleva consecuencias relevantes para el infractor en concreto, y más aún en el caso del adolescente, lo que exige cuanto menos revisar, aunque sea brevemente, las conclusiones alcanzadas por las principales investigaciones realizadas en este ámbito, y ofrecer una primera aproximación contextualizada sobre algunas de las realizadas en España<sup>31</sup>.

Sirva como punto de partida la siguiente clasificación de las principales líneas de la investigación criminológica longitudinal, en función de su concepción teórica y del método de investi-

28 Pone de relieve la ausencia de una definición de autor intensivo (por cometer delitos de gravedad) y de criterios estables para diferenciarlo del delincuente múltiple, Boers, «Kontinuität und Abbruch persistenter Delinquenzverläufe», ob. cit., pp. 50 ss.

29 Vázquez González, C., «Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories)», *Revista de Derecho*, Vol. XIV – Julio 2003, pp.135 ss.

30 Buen ejemplo de ello es la Three-Strikes-Law, vigente en EE.UU., y que ha supuesto un incremento notable de su población penitenciaria.

31 Una enumeración detallada de las diferentes investigaciones españolas referidas a la eficacia preventivo-especial de las medidas juveniles puede encontrarse en García Pérez, *RECPCr*, 12-12 (2010), ob. cit., pp. 22 ss.

gación utilizado<sup>32</sup>: 1) las investigaciones clásicas multifactoriales; 2) los estudios descriptivos de la carrera criminal; 3) las investigaciones de la carrera criminal y análisis multifactoriales orientados a la personalidad; 4) los estudios longitudinales sociológicos, tanto los socioetiológicos como los socioconstructuivistas.

### **1. Investigaciones multifactoriales<sup>33</sup>**

Constituyen el origen de la investigación criminológica longitudinal y se caracterizan por renunciar, expresa o tácitamente, a la adopción de una determinada posición teórica, y por pretender descubrir de forma inductiva las relaciones causales existentes entre factores criminógenos de diversa naturaleza – biológica, psicológica y social – y la conducta delictiva. Construidas como contraste de grupos (menores / jóvenes cumpliendo una sanción privativa de libertad y menores / jóvenes de la población normal), se esfuerzan por comparar una extensa información retrospectiva, tanto autoinformada, como facilitada por terceros y procedente del análisis de informes. El principal problema de tipo de estudios, al margen del carácter ilusorio de la intención de prescindir de una determinada fundamentación teórica<sup>34</sup>, reside en la escasa fiabilidad de los datos documentados a partir del recuerdo manifestado por los encuestados sobre los diferentes factores objeto de análisis (modelo educativo de los padres con anterioridad a la comisión del delito, grupo de iguales, escala de valores, etc.).

### **2. Estudios descriptivos de la carrera criminal**

Coinciden con los anteriores en su naturaleza atórica, pero a diferencia de ellas se concentran en la descripción matemática de la criminalidad y sobre todo del desarrollo de la carrera criminal, en referencia principalmente a datos oficiales aunque también incluyen datos recogidos a través del autoinforme. Las líneas generales de este tipo de investigaciones se formulan al final de los años 60, por los estudios de Philadelphia<sup>35</sup>. Las principales conclusiones de estos estudios avalaron, por un lado, el carácter ubíquo y remisivo de la conducta delictiva a lo largo de la adolescencia, así como la conveniencia de optar por soluciones informales

---

32 Se sigue la distinción y exposición realizada en Boers, K., «Die kriminologische Verlaufsforschung», en *Internationales Handbuch der Kriminologie, Band 2: Besondere Probleme der Kriminologie*, Berlin, De Gruyter, 2009, pp. 579 ss.

33 Entre las investigaciones más significativas se encuentran la del matrimonio Gluecks (1950) en Boston y la llevada a cabo por Göppinger (1983) en Tübingen.

34 La selección de los factores sujetos a análisis es indicativa de las suposiciones teóricas en que se basa la investigación, Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., p. 580.

35 Wolfgang, M. E. / Figlio, R. M. / Sellin, Th., *Delinquency in a birth cohort*, Chicago, University of Chicago Press, 1972, citado por Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., pp. 581 ss.

y restauradoras, al evidenciar una tasa de reincidencia oficial menor entre los menores que habían sido objeto de amonestación o cuya causa se había sobreesido; mientras que, por otro lado, confirmaron las premisas de la política represiva de incapacitación selectiva, al comprobarse que el grupo, reducido, de los menores con un mayor número de contactos con la policía, representaba a su vez el porcentaje más elevado entre los registros judiciales. Este descubrimiento sirvió de base a la construcción del concepto del delincuente crónico (Chronic Offenders), de especial relevancia criminológica y político criminal en EE.UU. Es más, pese a la arbitrariedad del criterio de selección utilizado (conurrencia de 5 detenciones policiales, sin distinción del tipo de delito cometido), así como a la incapacidad para explicar el proceso de escalación en la gravedad de los delitos y las enormes limitaciones del pronóstico criminal, el estudio en torno a dicho concepto ocupa un lugar principal en la investigación criminológica americana<sup>36</sup> y la idea de incapacitación selectiva continúa siendo el espíritu de su política punitiva, cuya consecuencia más evidente es el incremento de la población carcelaria<sup>37</sup>.

### 3. Investigaciones de la carrera criminal y análisis multifactoriales centrados en la personalidad<sup>38</sup>

Constituyen una síntesis de las primeras investigaciones multifactoriales y los estudios descriptivos sobre la carrera criminal, al enlazar este concepto, la existencia de una dinámica propia del proceso delictivo, y su exponente principal, la identificación del “infractor crónico”, con un modelo causalista, que pretende explicar cada nivel de desarrollo de la carrera delictiva con una combinación diferente de factores, relativos principalmente a la personalidad del infractor. De este modo, el análisis de la carrera criminal se fue incorporando en el concepto de conducta y personalidad antisocial, configurando las bases de la actual criminología del desarrollo, de extraordinaria influencia en la configuración de estrategias de prevención de la

36 En este contexto, se desarrollan: el Panel on Research on Criminal Careers (Blumstein, A. / Cohen, J. / Roth, J. A. / Visher, C. A., *Criminal careers and “career criminals, Volume 1*, Washington, DC, National Academy Press, 1986, citado por Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit. p. 582), que consiste en una recapitulación de las principales investigaciones longitudinales americanas y británicas realizada en los años 80 y orientada a comprobar en qué medida el encarcelamiento de los delincuentes intensivos se reflejaba en una disminución considerable de la criminalidad. Previamente, la Corporación RAND (se trata de un “laboratorio de ideas” norteamericano formado, en un primer momento, para ofrecer investigación y análisis a las fuerzas armadas norteamericanas y que en la actualidad lo hace para la policía. Vid. [www.rand.org](http://www.rand.org)) también había augurado un decrecimiento importante de la criminalidad grave a través de la identificación y privación de libertad de los delincuentes intensivos, cuyos resultados se vio obligada a matizar tras una segunda investigación (Greenwood, P. / Turner, S., *Selective incapacitation revisited: why high-rate offender are hard to predict*, Santa Monica, CA, Rand, 1987, citado por Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit. p. 583).

37 Las cifras pueden encontrarse en la página web del Centro Internacional de Estudios Penitenciarios ([www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps/](http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps/)).

38 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit. p. 584.

delincuencia juvenil en la actualidad<sup>39</sup>. Los estudios realizados en este contexto<sup>40</sup> presentan la ventaja de incorporar datos relativos tanto a la criminalidad registrada como a la no registrada, si bien la observación de los datos oficiales se centra exclusivamente en el menor infractor. Su calificación como estudios centrados en la personalidad no sólo es debida a la posición principal otorgada a este aspecto entre los numerosos factores causales analizados – así, es frecuente encontrar referencias al coeficiente intelectual, agresividad, hiperactividad, impulsividad, déficit de atención, trastornos de la personalidad, etc. –, sino especialmente por interpretar la persistencia en la conducta delictiva grave como un rasgo de personalidad anormal<sup>41</sup>.

El objetivo principal de las investigaciones orientadas al estudio de la personalidad criminal reside en clasificar y predecir el desarrollo de la persistencia en la delincuencia grave a partir de la concurrencia de factores de riesgo y factores de protección, que a su vez permitirían trazar con antelación una intervención preventiva en las condiciones vitales del infractor.

a) Por lo que se refiere a la **clasificación y predicción de las distintas trayectorias delictivas**, destaca la distinción entre los jóvenes infractores que persisten en la conducta delictiva a lo largo las etapas posteriores de su vida (Life-Course-Persistent Antisocial Behavior) y los jóvenes infractores cuya conducta criminal queda circunscrita a la adolescencia (Adolescence-Limited Antisocial Behavior)<sup>42</sup>. La mayoría de los adolescentes infractores pertenecen a este segundo grupo y su comportamiento delictivo es entendido como dificultades y lagunas en el proceso de madurez; mientras los infractores pertenecientes al primer grupo, mucho más reducido, presentan un desarrollo disocial de carácter psicopatológico ya en la primera infancia, sobre la base de algún déficit de personalidad, que se mantiene a lo largo de su vida y que

---

39 Vázquez González, *Revista de Derecho*, Vol. XIV, pp. 141 ss.

40 Paradigmáticos son los estudios – citados en Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit. p. 584 – de Cambridge (vid. Farrington, D. P., «Key results from the first forty years of the Cambridge study in delinquent development», en *Taking stock of delinquency*, New York, Kluwer Academic / Plenum Publishers, 2003), Dunedin (vid. Moffit, T. E. / Caspi, A. / Harrington, H. / Milne, B. J., «Males on the life-course-persistent and adolescence-limited antisocial pathways: follow up at age 26 years», en *Development and Psychopathology* 14, 202) y Pittsburgh (vid. Loeber, R. / Farrington, D. P. / Stouthamer-Loeber, M., «The development of male offendings: key findings from fourteen years of the Pittsburgh Youth Study», en *Taking stock of delinquency*, New York, Kluwer Academic / Plenum Publishers, 2003).

41 Sin embargo, la variable explicada ha dejado de ser desde hace tiempo sólo la conducta delictiva y la conducta antisocial se ha convertido en variable explicativa, cuya operacionalización se deduce normalmente de las claves psiquiátricas para el diagnóstico de la personalidad disocial, vid. Farrington, D. D., «Criminología del desarrollo y del curso de la vida», en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 254.

42 MOFFIT, T. E., «Adolescence-limited and life-course persistent antisocial behaviour: a developmental taxonomy», *Psychological Review* 100, 674 – 701, citado por Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., pp. 585 ss.

evoluciona negativamente en ambientes desfavorables. Los principales problemas de esta propuesta, desde un punto de vista criminológico, son<sup>43</sup>: 1) La imposibilidad, dado el tamaño reducido de la muestra, de probar la concurrencia de un mayor déficit neurocognitivo entre los infractores persistentes a través de un análisis multivariante, que pueda asegurar la ausencia de correlaciones aparentes entre ambas variables. 2) La persistencia criminal por parte de los menores que delinquieron durante la primera infancia es inestable, tal y como se deduce al realizar un análisis de clases latentes y comprobar que, con los datos disponibles, el factor de la criminalidad temprana únicamente pudo pronosticar un tercio de los casos persistentes. 3) Los menores infractores cuya conducta delictiva había sido calificada como circunscrita a la fase adolescente muestran escasas diferencias en casi todos los delitos con el grupo de menores catalogados como persistentes cuando se comparan los datos recopilados hasta los 26 años de edad, sobre todo al incluir la delincuencia autoinformada.

Las clasificaciones de este tipo realizadas con posterioridad<sup>44</sup> han confirmado tanto la inexistencia de correlación entre la aparición e incluso persistencia en la conducta delictiva durante la infancia y su continuidad una vez superada la adolescencia, como, en sentido contrario, la extensión de la criminalidad más allá de la fase adolescente pese a haber tenido lugar la primera infracción después de la infancia. En definitiva, la disminución de la incidencia delictiva de quienes cometieron más delitos durante la infancia junto al aumento de esta entre quienes cometieron más tarde su primer delito permite suponer que el porcentaje constante de infractores intensivos, en torno al 5 ó 6% en el caso de menores y jóvenes, indicado en este tipo de estudios, no está configurado por los mismos sujetos, sino que se produce un intercambio entre los dos grupos señalados<sup>45</sup> o, lo que es lo mismo, que en ambos grupos existen sujetos que interrumpen el desarrollo delictivo.

De hecho, centrar la atención en la interrupción de la carrera criminal en lugar de en su continuación, permitió comprobar que la pauta general es el desistimiento, que tiene lugar en un determinado momento de la vida en todas las trayectorias señaladas<sup>46</sup> (Life-Course-Desister)<sup>47</sup>;

43 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., pp. 586 ss.

44 En referencia a los datos obtenidos en el marco del Rochester Youth Development Study, analizado por Thornberry, T. P., «Explaining multiple patterns of offending across the life course und across generations», en *Developmental criminology and its discontents. The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Volume 602, Thousand Oaks, Sage, 2005, citado por Boers, «Kontinuität und Abbruch», ob. cit., pp. 59 s.

45 Boers, «Kontinuität und Abbruch», ob. cit., p. 60; el mismo, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., p. 589.

46 Sampson, R. J. / Laub, J. H., «Life-course desisters? Trajectories of crime among delinquent boys folloed to age 70», *Criminology* 41, pp. 555 – 592, citado por BOERS, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., pp. 589 ss., passim.

47 Aunque conviene tener en cuenta que la edad en que se inicia la interrupción de la carrera criminal es ostensiblemente más temprana en estudios recientes. Así, Boers, «Kontinuität und Abbruch», ob. cit., p. 54.

lo que debería reconducir las estrategias preventivas hacia el fortalecimiento de los distintos factores que explican dicha ruptura<sup>48</sup>. Ahora bien, sin olvidar que la variabilidad de las trayectorias delictivas, especialmente evidente cuando se analizan los datos referidos a la criminalidad no registrada, indican la existencia de un modelo de evolución influido por la variedad social, en lugar de un único modelo de desarrollo de la criminalidad.

Tampoco aportan datos concluyentes las investigaciones que pretenden identificar diferentes trayectorias delictivas a partir, junto a los rasgos relativos a la personalidad, de la estratificación de las trayectorias propuestas. Así, la previsión de tres niveles dentro de cada trayectoria delictiva – en concreto tres: la notoria (Overt Pathway), la encubierta (Covert Pathway) y la indicativa de conflictos de autoridad (Authority Conflict Pathway)<sup>49</sup> – en función de la gravedad y la frecuencia, no mejoró la capacidad predictiva del instrumento. Esto se constata al comprobar que aquellos menores que fueron preseleccionados como persistentes, por cometer un delito en al menos dos niveles, no siguieron la trayectoria de criminalidad notoria en la mitad de los supuestos<sup>50</sup>.

En cualquier caso, el análisis de las trayectorias delictivas ha supuesto la introducción del conocimiento, planteado desde diferentes disciplinas, relativo al desarrollo del ciclo vital – familia, formación, profesión, pareja y/o paternidad, con sus diferentes procesos intraindividuales, desarrollos y transiciones – en el ámbito de la investigación criminológica, dando lugar a la criminología del desarrollo<sup>51</sup>, que constituye en la actualidad, con sus diferencias<sup>52</sup>, el denominador común de los estudios de naturaleza longitudinal.

Pese a la ausencia de un pronunciamiento expreso acerca de la asunción de los presupuestos de la criminología del desarrollo, resulta interesante analizar en este apartado, al hilo de las investigaciones en torno a la identificación de las diferentes trayectorias delictivas, el estudio realizado en la Comunidad Autónoma de Catalunya durante los años 2002 a 2005<sup>53</sup>. Se trata

---

48 Parece más fácil fortalecer una dinámica interna que ya concurre, la que lleva a la interrupción, en lugar de pretender invertir la conducta delictiva en una fase, la adolescencia, en la que constituye un fenómeno "normal", Boers, «Kontinuität und Abbruch», ob. cit., p. 77.

49 Thornberry, T. P., «Explaining multiple patterns of offending across the life course and across generations», *Developmental criminology and its discontents. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Volume 602*, Thousand Oaks, Sage, 2005.

50 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., p. 589.

51 Modelo que explica la evolución de la criminalidad juvenil hacia la criminalidad adulta a partir de cómo se produzca el proceso de desarrollo social y psicológico durante la infancia y la adolescencia, siguiendo los postulados de la psicología evolutiva, y de los vínculos generados. Vid. Vázquez González, *Revista de Derecho*, Vol. XIV, p. 136.

52 Farrington, «Criminología del desarrollo», ob. cit., pp. 251 ss.

53 Vid. Capdevila Capdevila, M. / Ferrer Puig, M. / Luque Reina, E., *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*, Documentos de Trabajo, Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2005.



de una investigación de diseño longitudinal cuyo objeto de estudio abarcó a todos los menores que finalizaron un programa de asesoramiento o mediación o una medida judicial, sobre quienes se realizó un seguimiento hasta el año 2005<sup>54</sup>. Entre las conclusiones alcanzadas por los autores del estudio destacan las siguientes: 1) Por lo que se refiere a la *descripción de la muestra*, la frecuencia de signos de ausencia / debilidad de mecanismos de control informal entre los / las menores infractores<sup>55</sup>, el claro predominio de los delitos contra la propiedad y los delitos sin violencia<sup>56</sup> y un porcentaje bastante igualado de menores con antecedentes y menores infractores primarios. 2) En cuanto a la *reincidencia*<sup>57</sup>, se comprueba (a) la ausencia de diferencias en el tiempo en que el menor tarda en reincidir y en el número de reincidencia, aunque sí existe una correspondencia entre los menores que han cumplido medidas más intensas (libertad vigilada e internamiento) y el ingreso a edad temprana en un centro penitenciario. (b) Se señala la existencia de correlación entre los maltratos físicos en el ámbito familiar y la reincidencia, así como el número de causas previas y la edad prematura de contacto con la justicia. (c) Se distinguen factores dinámicos – relaciones con grupos disociales, situación laboral, situación socioeconómica familiar, edad al finalizar la intervención – y estáticos – sexo masculino, maltrato físico intrafamiliar, número de causas previas, combinación de ambos con la edad al finalizar la intervención – de predicción de la reincidencia. 3) En cuanto a la *trayectoria criminal*, distinguen dos grupos diferenciados: el de los infractores primarios, derivados con frecuencia al ámbito de la mediación y con una conducta delictiva limitada a la adolescencia (12,7% de reincidencia) y el de los menores que presentan trayectorias delictivas más largas y especializadas, en quienes concurren numerosos factores de riesgo y pocos de protección y con un porcentaje de reincidencia tres veces más elevado que el grupo anterior (concretamente, del 62,8%).

Conviene reflexionar, aunque sea someramente, acerca del alcance de las conclusiones señaladas, al objeto de valorar aspectos que no han sido considerados en el estudio, al menos expresamente: En primer lugar, al fijar como criterio de configuración de la muestra el del año de finalización de la medida impuesta, deben relativizarse los datos relativos al número de delitos cometidos por el menor infractor, respecto de los cuales se desconoce su relación con el número de años desde que el menor forma parte del ámbito de aplicación de la LO 5/2000, así como renunciar a una lectura periódica de los diferentes factores asociados al desarrollo y continuidad de la conducta delictiva. Además, es necesario recordar que el estudio prescinde

54 Los autores hacen alusión a la recomendación generalizada de abarcar periodos de como mínimo 3 años.

55 Vid. Capdevila Capdevila / Ferrer Puig / Luque Reina, *Reincidencia*, ob. cit., pp. 69 ss.

56 Vid. Capdevila Capdevila / Ferrer Puig / Luque Reina, *Reincidencia*, ob. cit., pp. 76 ss.

57 Vid. Capdevila Capdevila / Ferrer Puig / Luque Reina, *Reincidencia*, ob. cit., pp. 170, 177s.

de la criminalidad no registrada, cuya capacidad para matizar las conclusiones de este tipo de estudios resulta incuestionable. En segundo lugar, si se pone en relación una de las hipótesis centrales del estudio, como es la de que los diferentes porcentajes de reincidencia de las medidas están relacionados no con la medida en sí, sino con los diferentes perfiles de los menores a quienes se les aplican las medidas con el dato relativo al número de menores que han estado ingresados en un centro de internamiento alguna vez, el dato relativo al porcentaje de reincidencia de los menores que presentan una trayectoria delictiva persistente resulta considerablemente matizado. Pues si el 62,8% mencionado<sup>58</sup>, referido a la medida de internamiento, se explica como consecuencia de la concurrencia de un mayor número de factores de riesgo en los menores a quienes se aplica esta medida, cabe pensar que esa proporción de factores también concurría en los menores a quienes se aplicó con anterioridad la medida de internamiento – en concreto 460 jóvenes de los 2903 que configuran la muestra, aunque sólo 214 han sido ingresados una sola vez<sup>59</sup> –, reduciendo seguramente el impacto de la reincidencia en este grupo de menores especialmente en riesgo: en torno al 43%<sup>60</sup>; lo que, haciendo una lectura en contrario, significa que a pese a los factores criminógenos señalados, la mitad de los menores infractores no reincidió o lo hizo cometiendo un delito de bastante menor entidad. Esta presunción parece confirmarse en el caso de la reincidencia violenta, pues la ausencia de diferencias significativas entre programas<sup>61</sup> puede ser indicativa a su vez de la ausencia de correlaciones entre las situaciones de riesgo en que se encuentran los menores a quienes se aplican las medidas que implican un mayor control y la comisión de conductas delictivas violentas en un futuro relativamente cercano<sup>62</sup>. Por último, cuando se compara el perfil descriptivo de los menores a quienes se aplica una medida de internamiento y el de los menores a quienes se aplica una medida de libertad vigilada<sup>63</sup>, resulta sumamente difusa la diferencia entre ambos grupos por lo que se refiere a la concurrencia de factores de riesgo de carácter personal y familiar, que únicamente es clara por lo que se refiere a la “Convivencia con la familia de origen”, aunque no con las características de la relación cuando esta se da. Lo que hace pensar en la influencia de variables relacionadas con la gravedad del delito y con la reiteración de la conducta delictiva (escalada en la sanción aplicada), al tiempo que matiza la relación se-

---

58 Que representa por lo demás el 13,6% de la reincidencia total de la población que integra la muestra, Capdevila Capdevila / Ferrer Puig / Luque Reina, *Reincidencia*, ob. cit., p. 106.

59 Capdevila Capdevila / Ferrer Puig / Luque Reina, *Reincidencia*, ob. cit., p. 100.

60 O lo que es lo mismo, 93 de 214, en lugar de tomar como referencia los 148 que han finalizado la medida de internamiento en el año 2002.

61 Capdevila Capdevila / Ferrer Puig / Luque Reina, *Reincidencia*, ob. cit., pp. 108 ss.

62 Sobre la limitación temporal del pronóstico relativo a la conducta delictiva, Schöch, «Kriminalprognose», ob. cit., pp. 362 s.

63 Capdevila Capdevila / Ferrer Puig / Luque Reina, *Reincidencia*, ob. cit., p. 97 y 99 respectivamente.

ñalada entre el perfil del menor infractor y la medida aplicada, por un lado, y la explicación de los distintos porcentajes de reincidencia sobre la base de los diferentes perfiles, por el otro<sup>64</sup>.

b) En cuanto a los **factores de riesgo**, destacan en los estudios de la carrera criminal y en los análisis multifactoriales los factores familiares y sociales y los relativos a la personalidad del infractor. Concretamente, es reseñable el esfuerzo realizado por comprobar la influencia en el mantenimiento de la conducta delictiva de los siguientes aspectos: 1) el momento, durante la primera infancia o durante sus últimos años, en que surgen los problemas psicológicos y familiares, siendo así que su aparición tardía muestra una correlación más clara con la continuidad delictiva; 2) la presencia de síndromes específicos de la personalidad, como el trastorno por déficit de atención con hiperactividad e impulsividad, cuya relación con el comportamiento delictivo en la edad adulta no está confirmada, pues únicamente consta respecto de la conducta antisocial cometida a lo largo de la infancia. Otra variable, que explica gran parte de la varianza, es la ausencia de sentimientos de culpa, cuya validez es dudosa, en la medida en que en algunos estudios este dato es ofrecido directamente por los padres o educadores y en otros es indicativa de la actitud normativa por parte del menor infractor. En suma, la influencia de los factores de riesgo personales y familiares ha resultado ser menor de lo que se esperaba, también cuando se comparan los datos de quienes muestran una carrera delictiva persistente y crónica y aquellos que abandonaron la delincuencia rápidamente; 3) el momento de comisión del primer delito, que pese a estar tradicionalmente ligado a la continuidad criminal, no muestra una correlación significativa con la persistencia en el delito.

c) Sin negar el enorme interés de las investigaciones mencionadas, así como la conveniencia de seguir insistiendo en la consecución de los objetivos planteados, lo cierto es que el estado actual del conocimiento disponible acerca de los diferentes factores de riesgo resulta insuficiente para configurar programas individuales, psicológicos o psiquiátricos, de **intervención preventiva y de tratamiento** durante la infancia y la adolescencia. No obstante, las propuestas en este sentido continúan siendo frecuentes y existen sistemas de justicia juvenil que ya han incluido instrumentos de este tipo para facilitar la toma de decisiones<sup>65</sup>.

64 Capdevila Capdevila / Ferrer Puig / Luque Reina, *Reincidencia*, ob. cit., p. 172.

65 Es lo que sucede en el sistema británico, vid. al respecto, Fernández Molina, E., *Entre la educación y el castigo: Un análisis de la justicia de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 374 - 398. Concretamente, sobre el ASSET, vid. por todos, Baker, K., «Assessment in Youth Justice: Professional Discretion and the Use of Asset», *Youth Justice*, August 2005, vol. 5, no 2, pp. 106 - 122. Al mismo tiempo, puede encontrarse información de primera mano sobre la organización de los distintos servicios que trabajan con menores infractores, así como sobre los instrumentos de predicción utilizados: <http://www.yjb.gov.uk/en-gb/>. De hecho, la Generalitat de Catalunya inició la incorporación del uso del SAVRY (Borum, R. / Bartel, P. / Forth, A., *Structured Assessment of Violent Risk in Youth*, 2003) en la Justicia Juvenil en 2005 - vid. Justa medida, «Pro-

En España destacan en este sentido las investigaciones llevadas a cabo en la Comunidad de Madrid<sup>66</sup> y la de Cantabria<sup>67</sup>, que, pese a no estar diseñadas longitudinalmente, merecen especial atención en la medida en que proponen la utilización de instrumentos de medición del riesgo de reincidencia, a partir de los cuales configurar el tratamiento del menor. Por lo que se refiere al diseño, ambas investigaciones siguen un esquema parecido, al utilizar los mismos instrumentos para la recogida de datos – el Cuaderno de Recogida de Información sobre el Menor (C.R.I.M.)<sup>68</sup>, el Inventario de Gestión en Intervención para Jóvenes (IGI-J)<sup>69</sup>, la Escala de Conducta Antisocial / Escala de evaluación de la psicopatía en jóvenes (PCL-YV)<sup>70</sup> y la Escala de Desarrollo Antisocial (APSD)<sup>71</sup> –, con un esquema de muestra similar: en el caso del estudio relativo a la Comunidad de Cantabria, la muestra estaba comprendida por todos los/las menores a quienes se les impuso una medida juvenil en dicha comunidad durante el año 2007<sup>72</sup>; en el análisis de la Comunidad de Madrid, configuran la muestra los/las menores a quienes se les impuso una medida durante el periodo de mayo de 2006 a mayo de 2007<sup>73</sup>. Las conclusiones alcanzadas coinciden a su vez en gran parte, pudiendo resumirse en las siguientes: 1) capacidad de predecir la reincidencia por parte de las pruebas IGI-J (Inventario para la Gestión e Intervención para Jóvenes), PCL-YV (Escala de Conducta Antisocial) y APSD (Escala

---

yecto de gestión del riesgo en jóvenes infractores», [http://www.justamesura.com/pdf/IPGRJI\\_cas.pdf](http://www.justamesura.com/pdf/IPGRJI_cas.pdf) –. Una traducción de dicho instrumento en catalán / español se encuentra en: Bartel, P. / Forth, A. / Vallès, L. / Hiltermann, E., SAVRY: *Manual para la valoración y estructuración de riesgo de violencia en jóvenes*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2007.

66 Graña Gómez, J. L. / Garrido Genovés, V. / González Cieza, L., Reincidencia delictiva en menores infractores de la Comunidad de Madrid: Evaluación, características delictivas y modelos de predicción, Madrid, Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor.

67 Garrido Genovés, V., La predicción y la intervención con los menores infractores: un estudio en Cantabria (Estadísticas, instrumentos, protocolos y evaluación), Colección Estudios Sociales n.º 9, Consejería de Empleo y Bienestar Social.

68 Se trata de un protocolo en que se recogen datos relativos al menor infractor, en concreto: datos generales, sociofamiliares, escolares, socioambientales, administrativos, judiciales y relativos al consumo de drogas.

69 Adaptación española del *Youth Level of Service / Case Management Inventory*, realizado por Hoge, R. D. / Andrews, D. A. / Leschied, A. W., 2002, al respecto, vid. Garrido, V. / López, E. / Silva, T. / Molina, P., El modelo de la competencia social de la ley de menores, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

70 Constituye una adaptación de la PCL-R (Escala Revisada de Evaluación de la Psicopatía, de Robert Hare, 1991) que, partiendo de la creencia de que las características psicopáticas no aparecen sin más durante la edad adulta, tiene en cuenta las peculiaridades de menores y jóvenes. Vid. Forth, A. E. / Kosson, D. S. / Hare, R. D., *The Psychopathy Checklist: Youth Version – Manual*, Toronto, Multi-Health Systems, 2003.

71 Vid. Frick, P. J. / Hare, R. D., *The Antisocial Process Screening Device – Technical manual*, Toronto, Multi-Health Systems, 2001.

72 También forman parte de la muestra 6 menores procedentes del sistema de protección que no habían recibido una medida judicial, aunque no se explica la razón de su inclusión, vid. Garrido Genovés, *La predicción y la intervención*, ob. cit., p. 37.

73 Resulta confusa la alusión al C.R.I.M. para explicar el número de reincidentes de la muestra, vid. Graña Gómez / Garrido Genovés / González Cieza, *Reincidencia delictiva*, ob. cit., p. 35.

de Desarrollo Antisocial); 2) utilidad de las pruebas para mostrar una mayor probabilidad de que cometan actos violentos, aunque en este caso, aunque su capacidad es menor la referida a la reincidencia (este aspecto sólo consta para la investigación relativa a la Comunidad de Madrid); 3) la existencia de correlaciones fuertes entre las pruebas utilizadas, la existencia de reincidencia, la mayor edad y la violencia (aspecto mencionado únicamente en el estudio de la Comunidad de Madrid); 4) ausencia de solapamiento entre las tres pruebas, lo que confirma que no miden exactamente lo mismo y que todas son relevantes para la predicción y el tratamiento. Sin embargo, la mayor complejidad de las otras pruebas, junto con una mayor especificidad en la predicción (del 70% en la investigación de la Coruña y del 62% en el caso de Madrid) y la previsión de un apartado en que se establecen las necesidades y objetivos de intervención llevan a recomendar el uso de la prueba IGI-J en primer lugar.

Al respecto, más allá del recelo que suscitan este tipo de instrumentos en la medida en que presentan el riesgo de estandarizar en exceso la configuración de la intervención con los menores infractores, conviene realizar las siguientes consideraciones: (a) En primer lugar, llama la atención la ausencia de una definición concreta de la reincidencia a los efectos de los estudios planteados o, como mínimo, de la diferenciación de los supuestos en que se produce una agravación de la conducta delictiva o una especialización por parte del menor infractor.

En este sentido, conviene recordar la posibilidad de realizar una lectura de la reincidencia en términos de “recuperación”, para lo que sería necesario profundizar en sus diferentes manifestaciones y así como el contexto en que tiene lugar. (b) En segundo lugar, la orientación casi exclusiva hacia la personalidad, rasgos psicológicos<sup>74</sup> y componentes emocionales<sup>75</sup> de los menores, impide la observación de estos aspectos desde una perspectiva socioestructural, que incluya datos relativos a la cifra negra, pues nada asegura que los menores sobre los que no consta oficialmente la reincidencia, no lo sean en realidad. Lo que lleva a poder afirmar que el estudio no está asegurado frente a la existencia de correlaciones de fondo, que expliquen, de forma aparente, las mostradas en los análisis bivariantes realizados. En este sentido se puede interpretar la escasa capacidad predictiva, similar en ambos estudios, de la prueba APSD<sup>76</sup> cuando se analizan los datos proporcionados por los progenitores como un indicio no sólo del mayor entrenamiento y experiencia por parte de los educadores sino también una

---

74 Insiste en la falta de correlación entre la presencia de un trastorno psicológico durante la infancia temprana y la continuidad de la conducta delictiva más allá de la adolescencia, Boers, «Kontinuität und Abbruch», ob. cit., p. 62.

75 Acerca de la importancia de incluirlos en la predicción para el tratamiento individualizado, vid. Garrido Genovés, *La predicción y la intervención*, ob. cit., pp. 21 ss.

76 Caracterizada por ser cumplimentada por el padre o la madre y un educador.

mayor sugestión por su parte para explicar la reincidencia a partir de las variables señaladas. (c) Pese a que se afirma la capacidad predictiva de todas las pruebas en general, se encuentran las siguientes diferencias entre los estudios, lo que permite cuestionar la validez de las conclusiones alcanzadas, especialmente por en cuanto a la capacidad predictiva de los factores individualmente considerados. Por lo que se refiere al Inventario para la Gestión e Intervención (IGI-J), coinciden ambos estudios en la significación de la escala de “Delitos y medidas judiciales pasadas y actuales” y “Consumo de sustancias”, mientras que difieren en “Educación formal o empleo” (negativo), “Actitudes, valores y creencias”, “Ocio / diversión” y “Personalidad / conducta”. Teniendo en cuenta que la primera escala es tautológica, dado el carácter regresivo del estudio, se reduce a una la escala que muestra diferencias significativas en ambos estudios. También varían considerablemente la capacidad predictiva total de la prueba (del 66% en La Coruña y del 71% en la Comunidad de Madrid), la sensibilidad (del 68% y el 80% respectivamente) y la especificidad (del 55% y el 60% respectivamente) en el punto de corte 15,50. Estas diferencias seguramente se expliquen por el distinto tamaño de muestra (92 menores en el caso de La Coruña y 208 en la Comunidad de Madrid), por lo que la explicación del bajo porcentaje de acierto a la hora de identificar a los no reincidentes con el argumento del escaso tamaño de la muestra resulta indirectamente cuestionado. En cuanto a la Escala de Conducta Antisocial (PCL-Y), aunque en ambos estudios la diferencia de la puntuación total de la prueba es significativa en el caso de los menores reincidentes, los factores también difieren: en La Coruña sólo el factor antisocial (parcialmente dirigido, por lo demás, a la valoración de la conducta delictiva anterior) presenta diferencias significativas, mientras que los datos de la Comunidad de Madrid muestran diferencias significativas en todos los factores. Al analizar la capacidad predictiva de la prueba la coincidencia del factor en que claramente concurre<sup>77</sup>, el PCL-Antisocial resulta llamativo, especialmente teniendo en cuenta su contenido parcialmente tautológico, al referirse al cumplimiento / quebrantamiento de medidas e incluso a la versatilidad delictiva del menor. Las variaciones en los porcentajes de referidos a la capacidad predictiva total de la prueba (del 70% en La Coruña y del 66% en la Comunidad de Madrid), la sensibilidad (del 82% y el 79% respectivamente) y la especificidad (del 47% y el 54% respectivamente) para un punto de corte de 12,50, contradicen también indirectamente el argumento del tamaño de la prueba para explicar la baja especificidad de la prueba. Por último, los factores que muestran diferencias significativas en la Escala de Desarrollo Antisocial difieren bastante de un estudio a otro, aunque en ambos casos se constata claramente una mayor capacidad discriminatoria por parte de los educadores. Las variables predictoras son también distintas: en un caso, el narcisismo indicado por los profesionales, en el otro, la

<sup>77</sup> No obstante, en el estudio de la Comunidad de Madrid este dato es confuso, por no coincidir la tabla con el comentario realizado por los autores, vid. Graña Gómez / Garrido Genovés / González Cieza, *Reincidencia delictiva*, ob. cit., pp. 68 ss.

insensibilidad emocional indicada por los padres (con signo negativo) / por los profesionales y la impulsividad, tanto la señalada por los profesionales como la combinada. En cuanto a los porcentajes relativos a la capacidad predictiva total de la prueba (del 51% en La Coruña y del 69% en la Comunidad de Madrid), la sensibilidad (del 55% y el 81% respectivamente) y la especificidad (del 43% y el 53% respectivamente) para un punto de corte del 13,50, no son comparables, al referirse a escalas distintas (el APSD-total en La Coruña y el APSD-profesionales en Madrid). (d) Huelga decir que los problemas de especificidad evidenciados por ambos estudios – cuya subsanación puede no depender del tamaño de la muestra, dadas las escasas diferencias entre ambos estudios –, restan validez a los instrumentos tanto por lo que se refiere al pronóstico como al tratamiento, dada la naturaleza penal de la intervención y la enorme vulnerabilidad del menor a las consecuencias, tanto directas como indirectas, que se pueden derivar de ellos.

Desde una perspectiva menos centrada en factores relativos a la personalidad del menor infractor y dirigida también a evaluar el efecto de la intervención educativo-sancionadora, destaca por su amplitud el estudio realizado en la Comunidad Autónoma del País Vasco durante los años 2003 a 2007<sup>78</sup>. La población objeto de estudio la compusieron todos los menores que a lo largo del año 2003 finalizaron una medida en medio abierto o en un centro educativo<sup>79</sup>. Los objetivos de la investigación residen en conocer el impacto de la intervención educativa de las distintas medidas aplicadas, así como la tasa de reincidencia<sup>80</sup>. Entre sus conclusiones destacan: 1) Por lo que se refiere a la reincidencia analizada respecto de la totalidad de la población estudiada la tasa alcanzada es del 21,7% tras la aplicación de las medidas ejecutadas en medio abierto<sup>81</sup>, del 53,4% cuando la medida cumplida es de internamiento<sup>82</sup> y del 28,1% en total. 2) En cuanto a los menores que cumplían su primera medida, se constatan un porcentaje total claramente inferior, del 18,5%<sup>83</sup>, una cierta independencia entre la eficacia de las medidas, en

78 San Juan Guillén, C. / Ocáriz Passevante, E., *Evaluación de la intervención educativa y análisis de la reincidencia en la Justicia de menores en la CAPV*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2009.

79 Sobre los criterios de recogida de información, vid. San Juan Guillén / Ocáriz Passevante, *Evaluación*, ob. cit., pp. 29 s.

80 Entendida, a los efectos del estudio, como la comisión de nuevos hechos delictivos con posterioridad al cumplimiento de una medida, San Juan Guillén / Ocáriz Passevante, *Evaluación*, ob. cit., p. 26.

81 Los menores reincidentes presentan en este caso diferencias significativas por lo que se refiere a la mayor ruptura de vínculos, mayor consumo de tóxicos, más relaciones de iguales en situación de riesgo y mayor hiperactividad que los menores no reincidentes, vid. San Juan Guillén / Ocáriz Passevante, *Evaluación*, ob. cit., pp. 64 ss.

82 No se aprecian diferencias estadísticamente significativas entre los menores reincidentes y no reincidentes, lo que parece justificarse con el tamaño de la muestra, San Juan Guillén / Ocáriz Passevante, *Evaluación*, ob. cit., pp. 89 ss.

83 No se muestran claramente los diferentes índices de reincidencia según las medidas impuestas, existiendo contradicción, al menos aparentemente, entre los porcentajes indicados en la Tabla 55 (p. 129) y el indicado en las conclusiones de la p. 136 relativo a las medidas de centro educativo.

términos de reducción de los factores de riesgo, y la reducción de la tasa de reincidencia<sup>84</sup>, así como una elevada vulnerabilidad socio-familiar de los menores que cumplen medida en centros educativos<sup>85</sup>. Al hilo de tales resultados conviene destacar precisamente los aspectos en los que no se obtienen datos concluyentes, dejando al margen consideraciones relativas al diseño de la investigación, como la ausencia de datos relativos a la criminalidad no registrada o de referencias a modelos explicativos más complejos<sup>86</sup>, que seguramente sean debidas a las dificultades económicas y prácticas para desarrollar investigaciones de tal envergadura<sup>87</sup>. En esta línea, la falta de diferencias estadísticamente significativas entre los menores reincidentes y no reincidentes que cumplen una medida en centro educativo<sup>88</sup>, justificada a priori por el reducido tamaño de muestra, puede ser también indicativa de la influencia de otras variables no referidas directamente al menor sino a las características de la intervención privativa de libertad – duración, número de internos en el centro en el momento de cumplir la medida, ratio internos/educadores, etc. –, así como a factores relacionados con un proceso de retroalimentación o “desviación secundaria”, aún no verificado empíricamente. En cuanto a los resultados relativos a la primera intervención educativa, la aparente independencia entre el efecto educativo de la medida y la reincidencia del menor infractor puede ser interpretada, con todas las reservas que merece la ausencia de datos concluyentes al respecto, simplemente como indicio del peso específico de las diferencias que definen cada caso concreto<sup>89</sup>. Se trata claramente de un aspecto que debe ser analizado con mayor profundidad. Por último, conviene matizar las alusiones relativas a la condición de vulnerabilidad que presentan los menores que cumplen su primera medida en centros educativos, señalando su más que reducido número<sup>90</sup>, así como

---

84 Sobre las posibles explicaciones a este resultado, San Juan Guillén / Ocáriz Passevante, *Evaluación*, ob. cit., pp. 138 s.

85 San Juan Guillén / Ocáriz Passevante, *Evaluación*, ob. cit., p. 136.

86 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., pp. 607 ss.

87 De hecho, es frecuente la alusión a las dificultades para sistematizar la información analizada, dada la enorme cantidad de profesionales que intervienen en su redacción, así como a la ausencia de protocolos generales lo suficientemente detallados como para realizar análisis de forma periódica. De ahí el interés que suscitan sistemas homogeneizados y coordinados como el británico, Fernández Molina, *Entre la educación y el castigo*, ob. cit., pp. 390 ss.

88 Tres de las variables apreciadas en entre los menores que cumplen una medida en medio abierto son de carácter dinámico, de lo que se deriva la conveniencia de no concluir un pronóstico negativo desfavorable para el menor exclusivamente a partir de estos factores, a menos que se asegure una revisión también dinámica de la evaluación. Vid. Schöch, «Kriminalprognose», ob. cit., pp. 362 ss.

89 Llama la atención que no se haya profundizado en la relación entre la reiteración delictiva (San Juan Guillén / Ocáriz Passevante, *Evaluación*, ob. cit., pp. 55 y 84) y la posterior reincidencia del menor; lo que seguramente habría evidenciado que, pese a la existencia de un mayor número de reincidentes entre los menores con antecedentes, también hay menores que no reinciden a partir de un determinado momento. En este sentido, llama la atención la ausencia de una referencia expresa al grupo de menores multi-incidentes que no reincide tras cumplir su primera medida, pp. 103 ss.

90 4 en total, si se excluyen las medidas de permanencia de fin de semana, San Juan Guillén / Ocáriz Passevante, *Evaluación*, ob. cit., p. 129.



la conveniencia de indicar el tipo de delito por el que se aplica<sup>91</sup>.

#### 4. Investigación longitudinal sociológica<sup>92</sup>

Desde este planteamiento se analiza el desarrollo de la criminalidad a lo largo del curso vital en relación con condiciones teóricas explícitas de la estructura social, lo que implica que los métodos de análisis son más complejos, en la medida en que incluyen los efectos indirectos de las variables de fondo o tienen en cuenta el posible refuerzo recíproco que se puede producir entre algunas variables con el paso del tiempo. En función de si atienden o no a las instancias de control formal y sus efectos, se trata de estudios socioetiológicos o socioconstructivistas:

a) Los **estudios longitudinales de carácter socioetiológico** se diferencian de las investigaciones orientadas a la personalidad en que buscan las causas de la delincuencia juvenil y su continuidad en posiciones de la criminología sociológica. De este modo, la teoría de la anomia, de la asociación diferencial o del control social, resultan integradas, bien como consecuencia causal, bien de forma combinada, sobre la base de una relación recíproca. En general, estos análisis ponen de manifiesto algo que parece ser independiente de la orientación criminológica que se defiende y que se puede observar con claridad si se distingue entre factores distales y proximales: circunstancias estructurales de carácter general, que no presentan una influencia inmediata sobre la conducta criminal (distales), como la desigualdad, el éxito en la formación, el presupuesto familiar, etc., adquieren significación criminológica a través de variables facilitadoras como la formación de los grupos de carácter delictivo o la orientación de valores (proximal), que son las que muestran una correlación más consistente con la aparición / persistencia de la conducta delictiva en general<sup>93</sup>.

Aunque se ha pretendido confirmar el enfoque de la criminología del desarrollo desde este ámbito (Rochester Youth Development Study)<sup>94</sup>, este intento precisa de ulteriores comprobaciones, en la medida en que los procesos de reciprocidad planteados entre las condiciones estructurales desfavorables y la creación de relaciones sociales / familiares en conformidad con la norma penal no fueron constatados a lo largo de toda la adolescencia y la primera madurez. Siendo así que la aportación más destacable de esta investigación consistió en señalar

91 Tampoco se puede deducir del Gráfico 57, al existir la categoría "Otros" que no se detalla, San Juan Guillén / Ocáriz Passetant, *Evaluación*, ob. cit., p. 131.

92 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., pp. 595 ss.

93 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., p. 596.

94 Thornberry, T. P. / Krohn, M. D., «The development of panel studies of delinquency», en *Taking stock of delinquency*, New York, Kluwer Academic / Plenum Publishers, 2003, citado en Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., pp. 596 s.

que la dinámica de los procesos autorreforzadores (inherentes a la conducta delictiva en sí misma) puede influir más que una determinada variable explicativa<sup>95</sup>.

La principal contribución desde el ámbito de la criminología del ciclo vital viene dada por la teoría del control social informal calificado por la edad (Theory of Age-Graded Informal Social Control<sup>96</sup>), cuya peculiaridad reside en centrarse por primera vez en la interrupción de la carrera criminal y se fundamenta en los siguientes presupuestos: 1) la existencia de una correlación significativa, por encima de otras circunstancias sociales o referidas a la personalidad, entre un escaso control social informal y la aparición de la conducta delictiva a lo largo de la infancia y la adolescencia; 2) la presunción de continuidad de la conducta delictiva surgida durante la adolescencia hasta la edad adulta, pudiendo influir negativamente en la adquisición de vínculos familiares y sociales; 3) la vivencia durante la adultez de acontecimientos vitales especiales o de procesos de socialización retardados genera vínculos sociales y familiares nuevos, que permiten la interrupción de la carrera criminal, con independencia del tipo y frecuencia de los delitos cometidos. Mientras la primera y la tercera tesis pudieron ser convincentemente probadas, la relativa a la continuidad de la conducta delictiva hasta la edad adulta no<sup>97</sup>, a favor de otros estudios, realizados a partir de datos relativos a criminalidad no registrada, que indican que las trayectorias delictivas intermitentes son tan frecuentes como las continuas, también en los casos de delincuencia grave y violenta<sup>98</sup>.

b) Los **estudios socioconstructivistas** se caracterizan por tener en cuenta los efectos de la intervención de las instancias de control formal y por distinguir entre criminalidad y criminalización<sup>99</sup>. En concreto, recientemente se han podido confirmar de forma metodológicamente fiable los presupuestos fundamentales de la teoría del labelling, esto es, la desviación secundaria como consecuencia de la intervención de las instancias de control formal<sup>100</sup> y la diferente probabilidad de ser objeto del control formal<sup>101</sup>. Desde esta perspectiva, merecen especial atención las siguientes conclusiones: 1) La intervención judicial previa (a través de sentencia o de sobreseimiento) tienen un efecto negativo sobre el desarrollo de vínculos laborales, aunque

95 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., p. 597.

96 Sampson, R. J. / Laub, J. H., «Life-course desisters? Trajectories of crime among delinquent boys followed to age 70», *Criminology* 41, pp. 555 – 592.

97 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., p. 599.

98 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., p. 599.

99 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., pp. 597-602.

100 En este sentido, se pudo constatar la existencia de una correlación significativa entre la existencia de una detención policial o una intervención judicial durante la adolescencia y un empeoramiento, aunque ligero, de la progresión y presencia en el instituto, así como del éxito laboral. Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., p. 604.

101 Correlación, en el ámbito de la criminalidad de adultos y teniendo en cuenta la cifra negra, entre la clase social y la intervención policial / judicial, mayor entre la población afroamericana.

este efecto es similar al de la delincuencia violenta autoinformada. 2) El sobreseimiento incondicionado, por parte del fiscal de menores, no presenta ninguna influencia significativa sobre la delincuencia autoinformada posterior. 3) Las sanciones formales presentan una influencia autónoma y más significativa en el desarrollo criminal que las desventajas de fundamentación socioestructurales, que se refuerzan recíprocamente. Falta por aclarar, sin embargo, qué influencia puede ejercer la posición y el compromiso familiar en el debilitamiento de los efectos negativos de la intervención formal o cuál es el significado de la valoración de dicha intervención por parte del destinatario. Además, desde un punto de vista sistémico, también se ha podido comprobar que la influencia de la propia dinámica judicial sobre la intervención posterior es mayor a la de los déficit sociales o de personalidad que presente el menor infractor, así como la tendencia generalizada a aumentar la gravedad de la intervención en los casos de reincidencia<sup>102</sup>. En definitiva, parece que tanto el desarrollo delictivo como la intervención de las instancias de control formal constituyen procesos autorreferidos, al delito previo y a la decisión judicial anterior respectivamente, aunque con la particularidad de que la dinámica de la conducta delictiva contiene en general su propia interrupción, que se produce antes o después<sup>103</sup>.

#### 4. Valoración de los factores de riesgo en clave de culpabilidad

Como se ha podido comprobar, la mayoría de las investigaciones mencionadas aluden a la concurrencia de variables referidas al menor infractor, de diferente naturaleza<sup>104</sup>, al objeto de explicar y predecir su evolución delictiva y aportar directrices que permitan elevar la eficacia preventivo-especial de la intervención penal juvenil. Sucede, sin embargo, que esos mismos factores, allí donde concurren de forma relevante, deben ser incluidos en el examen y medición de la culpabilidad del menor infractor e ir acompañados de un efecto atenuatorio siempre que hayan afectado a su capacidad para motivarse por la norma penal. Sin ánimo de exhaustividad, en un ámbito por lo demás sumamente extenso, se exponen a continuación diferentes constelaciones susceptibles de afectar de forma relevante dicha capacidad, con la intención de fomentar una reflexión acerca de los límites de la intervención penal, también en el sistema juvenil.

102 De hecho, en comparación con los adultos, los menores son sancionados con una mayor duración de las medidas y el aumento en la gravedad de la intervención es más rápido que por lo que se refiere a los adultos.

103 Boers, «Die kriminologische Verlaufsforschung», ob. cit., p. 608.

104 Tanto relativas al menor en concreto – sexo, área geográfica de referencia, personalidad, inteligencia, rasgos psicológicos, etc. –, como a su familia y entorno – estructura familiar, modelo de educación parental, asociaciones con grupos disociales, entorno marginal, etc. –, formativas – nivel de estudios, absentismo, tiempo libre, etc. o propiamente criminológicas – antecedentes penales, infracciones violentas, gravedad / tipo de delito, etc. –. Vid. Capdevila Capdevila / Ferrer Puig / Luque Reina, *Reincidencia*, ob. cit., p. 32.

## 1. Capacidad de culpabilidad o imputabilidad

A pesar de la ausencia de una mención expresa al grado de madurez del menor al comprobar la culpabilidad, la amplitud del aspecto cognitivo y/o volitivo, junto a la naturaleza normativa de este juicio, permiten plantear la consideración de los siguientes aspectos, con independencia de la necesidad de seguir concretándolos aún más, desde un punto de vista empírico y forense<sup>105</sup>. A saber, entre los supuestos en que puede faltar el elemento cognitivo de la culpabilidad destacan<sup>106</sup>: (a) Los casos en que se comprueba una socialización deficitaria por parte del menor, como consecuencia de la incompetencia o falta de interés de quienes detentan su custodia en un contexto de especial aislamiento social<sup>107</sup>, cuando tales deficiencias hayan afectado de manera significativa su desarrollo ético-moral<sup>108</sup>. (b) La presencia de obstáculos importantes en el proceso de interiorización de las normas sociales en situaciones de conflicto cultural entre la comunidad de procedencia y la mayoritaria, especialmente cuando el menor siga un patrón de identificación separado o marginal<sup>109</sup>. Por lo que se refiere al elemento volitivo de la culpabilidad, merecen especial atención<sup>110</sup>: (a) La dependencia especialmente intensa respecto de personas de referencia de su entorno más cercano (padres, hermanos mayores, educadores con quienes se mantenga una relación estrecha, etc.) o menores del mismo grupo de edad<sup>111</sup>, conducente a que el menor se someta a las instrucciones de estas personas con autoridad a pesar de comprender el carácter injusto del hecho; (b) En el ámbito

---

105 Es preciso tener en cuenta que no se aluden aquí, por razones de extensión, los supuestos en que concurre una anomalía psíquica, ni aquellos en que no es posible diferenciar entre la anomalía y la existencia de un bloqueo/retraso especialmente grave en el proceso de madurez.

106 Por todos, Streng, F. *Jugendstrafrecht, 2. Auflage*, Müller, Heidelberg, 2008, p. 28.

107 Menciona el ambiente familiar desestructurado y los centros de protección de menores entre los indicios que pueden servir de orientación, Rupp-Diakojanni, T., *Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik. Ein Vergleich zwischen dem deutschen und dem griechischen Jugendsatrafrecht*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1990, p. 61.

108 Vid. CRUZ MÁRQUEZ, *Educación y prevención general*, ob. cit., pp. 94 ss. Indican una influencia significativa de los factores familiares en el comportamiento antisocial del adolescente, Coleman, J. C., / Hendry, L. B., *Psicología de la adolescencia, 4ª edición*, Madrid, Morata, 2003, pp. 196 ss.

109 Señalan los valores, la orientación hacia las normas sociales y el ambiente positivo en la escuela como las variables con mayor relevancia en el cumplimiento de la norma penal por parte del adolescente, al tiempo que advierten sobre el efecto reforzador de la propia conducta delictiva para el mantenimiento de una orientación contraria a la norma, que fomenta esa primera conducta delictiva, vid. Boers, K. / Sedding, D. / Reinecke, J., «Sozialstrukturelle Bedingungen und Delinquenz im Verlauf des Jugendalters: Analysen mit einem kombinierten Markov- und Wachstumsmodell», *MschKrim*, núm. 92, vol. 2/3, 2009, p. 284.

110 Streng, *Jugendstrafrecht*, ob. cit., p. 29.

111 Especialmente cuando vaya acompañada de una situación de abandono o de distanciamiento por parte del núcleo familiar.

de los delitos contra la libertad sexual, la vivencia de un impulso sexual repentino e irrefrenable que impida reflexionar al menor e inhibir su comportamiento<sup>112</sup>.

## 2. Conocimiento de la antijuricidad

En algunos casos, pese a la concurrencia de capacidad para comprender el carácter injusto del hecho, el menor puede haber desconocido el carácter prohibido de su conducta<sup>113</sup>; desconocimiento que determinará, en los casos en que se considere inevitable, la ausencia de responsabilidad penal. Si bien no se trata de que el menor conozca la norma concreta infringida por su comportamiento, sí es necesario algo más que la sensación de que se trata de algo inmoral o indecente, lo que exige que esté incorporada en su entorno vital y que el bien jurídico protegido no sea desconocido para él<sup>114</sup>. Entre los factores que pueden dificultar considerablemente tal percepción, destaca la presencia de una situación de conflicto cultural, cuando la educación en una cultura distinta a la de la comunidad mayoritaria, hayan impedido conocer o comprender el significado de la norma infringida, especialmente cuando el contacto con dicha comunidad ocupe una posición secundaria en la vida cotidiana del menor, debido, por ejemplo, a dificultades lingüísticas, al escaso tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el desplazamiento desde el país de origen y/o a la escasa autonomía del menor al interno del grupo familiar<sup>115</sup>.

## 3. Exigibilidad de la conducta conforme a la norma

Junto a la valoración acerca de la concurrencia de una situación de miedo insuperable desde la perspectiva del menor adolescente, deberán ser incluidos en el juicio de exigibilidad aquellos supuestos que, sin haber excluido la imputabilidad ni el conocimiento de la antijuricidad, sí hayan comprometido especialmente el cumplimiento de la norma penal. En tal sentido cabe plantear, a título orientativo, las siguientes circunstancias: (a) La comisión del delito en el contexto del grupo de pares o bajo las indicaciones de sus miembros, cuando su influencia en el desarrollo de la propia autoestima sea especialmente relevante y la dinámica de los hechos

112 Ostendorf, H., *Jugendstrafrecht*, 5. Auflage, Baden – Baden, Nomos, 2009, p. 76; Rupp-Diakojanni, *Schuldfähigkeit Jugendlicher*, ob. cit., p. 62.

113 Sobre la necesidad de analizar por separado ambos elementos, Ostendorf, H., «Die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 3 JGG - der erste Einstieg in der Diversión», (*JZ*), núm. 14, 1986, p. 664-669

114 Ostendorf, *Jugendstrafrecht*, ob. cit., p. 76; Rupp-Diakojanni, *Schuldfähigkeit Jugendlicher*, ob. cit., p. 60.

115 Sobre estos supuestos, Lempp, R., *Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie*, Bern (et al.), Verlag Hans Huber, 1983, p. 208; Fischer, *Strafmündigkeit*, ob. cit., p. 79.

haya dificultado enormemente al menor desbancarse del grupo<sup>116/117</sup>. Por razones parecidas merece una consideración especial la participación de un familiar o de un adulto de referencia en la comisión del delito, siempre y cuando su presencia haya dificultado al menor la observación de la norma penal y no sólo incitado su incumplimiento. (b) La concurrencia de déficit en el desarrollo de las habilidades cognitivas y sociales necesarias para la comprensión de la norma penal y su cumplimiento, especialmente cuando se derivan de circunstancias personales, familiares y sociales desfavorables o perjudiciales para su adquisición normalizada.

## 5. Conclusiones

La aproximación a la figura de la reincidencia en el derecho penal juvenil desde una perspectiva criminológica ha permitido comprobar la necesidad de profundizar en numerosos aspectos de este ámbito de investigación. Por el momento los avances más interesantes se han producido al descartar correlaciones y esquemas asumidos de forma generalizada sin demasiadas reservas. Resta aún por diseñar modelos longitudinales lo suficientemente amplios como para analizar las relaciones directas e indirectas entre los factores personales y sociales desde la perspectiva de las diferentes trayectorias delictivas, incluyendo los efectos, directos e indirectos, de las instancias de control y de los procesos autorreferenciales de la conducta criminal. La depuración del conocimiento existente, así como el planteamiento de análisis que permitan avanzar en la configuración de intervenciones cada vez más ajustadas a las características de cada menor, no es óbice para promover la inclusión de estos factores al comprobar y medir la culpabilidad del menor, toda vez que la concurrencia de determinadas constelaciones es indicativa de una menor capacidad por su parte para comportarse de acuerdo con las indicaciones de la norma penal y que su consideración evita una intervención más intensa que la ejercida frente a los menores que no presentan este tipo de dificultades.



---

116 Fischer, A., *Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht*, Frankfurt am Main, Europäische Verlag der Wissenschaften, 2000, p. 38; Rupp-Diakojanni, *Schuldfähigkeit Jugendlicher*, ob. cit., pp. 61 s.

117 Specht, F., «Neurotische Störungen und Entwicklungskrisen im Jugendalter», *Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Stuttgart (et al.), Gustav Fischer Verlag, 1994, p. 401.

## Bibliografía

---

- Agudo Fernández, E., «La nueva agravante de reincidencia cualificada en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», *Cuadernos de Política Criminal (CPCr)*, n.º 81, 2003, pp. 429 – 459
- Alonso Álamo, M., «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 55 – 73
- Boers, K. / Sedding, D. / Reinecke, J., «Sozialstrukturelle Bedingungen und Delinquenz im Verlauf des Jugendalters: Analysen mit einem kombinierten Markov- und Wachstumsmodell», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschKrim)*, núm. 92, vol. 2/3, 2009, pp. 267 – 288
- Boers, K., «Die kriminologische Verlaufsforschung», en *Internationales Handbuch der Kriminologie, Band 2: Besondere Probleme der Kriminologie*, Berlin, De Gruyter, 2009, pp. 577 - 616
- Boers, K., «Kontinuität und Abbruch persistenter Delinquenzverläufe», en *Jugendliche Mehrfach- und "Intensivtäter". Entwicklungen, Strategien, Konzepte*, Berliner Kriminologische Studien, Band 8, Berlin, Gesellschaft für praxisorientierte Kriminalitätsforschung, 2009, pp. 41 – 86
- Boers, K., «Kontinuität und Abbruch persistenter Delinquenzverläufe», en *Jugendliche Mehrfach- und "Intensivtäter". Entwicklungen, Strategien, Konzepte*, Berlin, GpK, 2009, pp. 41 – 86
- Capdevila Capdevila, M. / Ferrer Puig, M. / Luque Reina, E., *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*, Documentos de Trabajo, Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2005 [disponible en línea: [http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/doc\\_16636043\\_1.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/doc_16636043_1.pdf) ]
- Cardenal Montraveta, S., «La reincidencia en el derecho penal de menores» en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010, pp. 661 - 683
- Coleman, J. C., / Hendry, L. B., *Psicología de la adolescencia*, 4ª edición, Madrid, Morata, 2003
- Cruz Márquez, B., «La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología (REDPCr)*, 07 – 14 (2005), pp. 1 – 34 [disponible en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf>]

- Cruz Márquez, B., *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2006
- Cruz Márquez, B., «Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 2010, en prensa
- Cuello Contreras, J., «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 12-01 (2010), pp. 1 - 19
- Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte General, Volumen I*, Madrid, Dykinson, 2002
- Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte General, Volumen II*, Madrid, Dykinson, 2009
- Farrington, D. D., «Criminología del desarrollo y del curso de la vida», en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 239 - 266
- Feijoo Sánchez, B., «Título II. De las medidas», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2008, pp. 109 – 232
- Fernández Molina, E., *Entre la educación y el castigo: Un análisis de la justicia de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008
- Fischer, A., *Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht*, Frankfurt am Main, Europäische Verlag der Wissenschaften, 2000
- García Pérez, O., «La práctica de los juzgados de menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPCr)*, 12-12 (2010), pp. 1 – 36
- Garrido, V. / López, E. / Silva, T. / Molina, P., *El modelo de la competencia social de la ley de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006
- Lempp, R., *Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie*, Bern (et al.), Verlag Hans Huber, 1983
- Marín de Espinosa Ceballos, E. B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, Comares, 1999
- Monge Fernández, A., «Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena», *Cuadernos de Política Criminal (CPCr)*, n.º 95, 2008, pp. 99 – 130
- Ostendorf, H., «Die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 3 JGG - der erste Einstieg in der Diversión», *Juristen Zeitung (JZ)*, núm. 14, 1986, p. 664-669
- Ostendorf, H., *Jugendstrafrecht, 5. Auflage*, Baden – Baden, Nomos, 2009



- Rupp-Diakojanni, T., *Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik. Ein Vergleich zwischen dem deutschen und dem griechischen Jugendstrafrecht*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1990
- San Juan Guillén, C. / Ocariz Passevant, E., *Evaluación de la intervención educativa y análisis de la reincidencia en la Justicia de menores en la CAPV*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2009 [disponible en línea: [http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/enlace/ivckeipublicaciones\\_online/es\\_delmenor/del\\_menores.html](http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/enlace/ivckeipublicaciones_online/es_delmenor/del_menores.html) ]
- Schöch, H., «Kriminalprognose», en *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 1: Grundlagen der Kriminologie*, Berlin, De Gruyter Recht, 2007, pp. 359 – 393
- Specht, F., «Neurotische Störungen und Entwicklungskrisen im Jugendalter», *Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage*, Stuttgart (et al.), Gustav Fischer Verlag, 1994, pp. 379 – 412
- Streng, F, *Jugendstrafrecht, 2. Auflage*, Heidelberg, Müller, 2008
- Vaello Esquerdo, E., «La incesante aproximación del derecho penal de menores al derecho penal de adultos», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, 11 (2009), pp. 1 – 41
- Vázquez González, C., «Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories)», *Revista de Derecho*, Vol. XIV – Julio 2003, pp. 135 – 158



## 4. LA PRESCRIPCIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA LEY 20.084

Por Héctor Hernández Basualto\*

---

La Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública me ha pedido que informe en Derecho sobre ciertos aspectos de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal en la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes (en lo sucesivo LRPA). Específicamente se me pide informar sobre los siguientes aspectos:

1. Si los plazos de prescripción previstos en el art.5° LRPA corresponden a prescripciones generales u ordinarias o bien a prescripciones especiales de corto tiempo.
2. Si los plazos del art.5° LRPA rigen para los efectos del art.104 del Código Penal (en lo sucesivo CP).
3. ¿Qué debe entenderse por "quebrantamiento de la condena" para los efectos de la aplicación del art.98 CP a un condenado conforme a la LRPA?
4. ¿Cómo se computa el plazo de prescripción de la pena?
5. ¿Cómo se determina la prescripción de penas para adolescentes no previstas en el CP?

Al respecto puedo informar lo siguiente:

---

\* Abogado de la Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho de la Universidad de Friburgo de Alemania, Profesor de Derecho penal, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

## 1. Las prescripciones previstas en la LRPA son prescripciones generales u ordinarias, no especiales de corto tiempo

El art.5º LRPA dispone lo siguiente:

*“La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses”.*

De este modo se establecen plazos más breves de prescripción tanto de la acción penal como de la pena respecto de los menores de edad, sin duda en consonancia con el principio de especialidad que informa todo el sistema de responsabilidad penal de adolescentes<sup>1</sup>, y de un modo similar a como se hace en otros ordenamientos jurídicos que de algún modo sirvieron de referencia para la legislación chilena<sup>2</sup>.

Ahora bien, de la sola circunstancia de tratarse de plazos generales que rigen en principio para *todos* los crímenes, simples delitos y faltas punibles respecto de infractores adolescentes conforme al art.1º LRPA, previstos por lo demás entre las “Disposiciones generales” del Título Preliminar de la misma ley, debiera bastar para concluir que se trata de plazos generales u ordinarios de prescripción y que no se está en presencia de prescripciones especiales de corto tiempo.

El concepto de *prescripción especial de corto tiempo* que fluye de los arts. 94 y 103 CP se encuentra inequívocamente asociado al régimen especial que la ley quiere darle a “delitos determinados”, tal como reza el primero de los preceptos mencionados. Y, en efecto, si se revisan los casos reconocidos y aún vigentes de prescripciones especiales de corto tiempo en nuestro ordenamiento criminal se aprecia que todos sin excepción versan sobre *figuras penales específicas* que exhiben ciertas particularidades que justificarían una excepción al régimen general aplicable al resto de los delitos. Es lo que todavía ocurre con el plazo especial de un año para la prescripción de la acción penal por calumnia o injuria, contado desde que el ofendido tuvo

---

1 Impuesto por los arst.37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto de la cual la LRPA no es sino acto de ejecución.

2 También se establecen plazos especiales, bastante coincidentes con los de la ley chilena, en la Ley del Menor española (LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, art.10) y en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica (Ley N° 7576, de 3 de abril de 1996, arst.109 y 110).

o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa, conforme al art.431 CP; o con el plazo también de un año para la prescripción de la acción penal de los delitos previstos en el art.22 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, conforme al art.34 de la misma ley; o, en fin, con el plazo de tres años para la prescripción de los delitos aduaneros de acuerdo con el art.170 de la Ordenanza de Aduanas. Y es lo que ocurría con los casos ya superados en materia de adulterio (antiguo art.377 CP), amancebamiento (antiguo art.381 CP) o del delito de contraer matrimonio sin el consentimiento de quien debe prestarlo (antiguo art.385 CP), entre otros casos. En todas estas hipótesis la decisión política de hacer excepción al régimen común tiene que ver con la especificidad de la materia, muchas veces con el carácter privado o semiprivado del interés tutelado, como ocurría con los delitos derogados recién mencionados y sucede aún con los delitos contra el honor, o bien con la necesidad de consolidar determinadas situaciones comerciales, como en el caso del “giro doloso” de cheques o, en fin, con consideraciones pragmáticas de recaudación fiscal, como en el caso de los delitos aduaneros. Pues bien, esto es precisamente lo que no ocurre con los plazos de prescripción del derecho penal de adolescentes, pues, como se ha dicho, estos plazos se aplican en principio a *todo delito* que pueda cometer un adolescente y sea punible a su respecto<sup>3</sup> y a toda pena que se le pueda imponer. Se trata en consecuencia de los únicos plazos disponibles para la inmensa mayoría de los delitos susceptibles de ser cometidos por una persona menor de 18 años y mayor de 14, con lo cual constituyen sin duda los plazos generales que rigen para esta categoría de sujetos. Por cierto son plazos “especiales” respecto de los previstos por el CP, pero no son especiales en el sentido de una prescripción especial de corto tiempo.

Reafirma ese carácter general y omnicomprensivo el hecho de que el art.5º LRPA, al igual que los arts. 94 CP y 97 CP – de los que no es más que una variación que perfectamente podría constituir un inciso de los mismos – también distingue genéricamente entre crímenes, simples delitos y faltas. Y si se considera que el plazo de prescripción para las *faltas* es exactamente el mismo que el que rige para adultos, se confirma que más que hacer genuinas excepciones de lo que se trataba era de establecer el régimen general de la prescripción en el derecho penal de adolescentes.

Tan claro es esto que nadie dudaría en que las prescripciones especiales de corto tiempo lo son también respecto de las prescripciones generales del derecho penal de adolescentes. En

---

3 Recuérdese que la mayoría de las faltas no son punibles respecto de adolescentes de acuerdo con el art.1º LRPA.

efecto, nadie estaría dispuesto a sostener que la prescripción de las injurias prescribe para los mayores de edad en un año y para los adolescentes en dos años, y esto es así porque es evidente que en este contexto la única prescripción especial de corto tiempo es la del art.431 CP y no la del art.5° LRPA, que no es especial sino general.

De lo anterior se desprende que son aplicables a las prescripciones previstas en el art.5° LRPA todas y cada una de las reglas que sobre prescripción tanto del delito como de la pena contiene el CP, sin restricciones de ningún tipo. En particular, resulta inconcuso que en el derecho penal de adolescentes es plenamente aplicable la llamada "media prescripción" o "prescripción gradual" regulada en el art.103 CP<sup>4</sup>, calculada conforme a los plazos previstos en el art.5° LRPA, precisamente porque no se verifica el caso excluido de tratarse de una prescripción especial de corto tiempo. Así lo ha entendido ya, correctamente, alguna resolución judicial<sup>5</sup>.

## **2. Los plazos del art.5° LRPA deben regir para los efectos de la "prescripción de la reincidencia" en los términos del art.104 CP**

Como se sabe, el art.104 CP consagra la llamada "prescripción de la reincidencia" en los siguientes términos:

"Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos".

---

4 "Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta. // Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo".

5 Resolución del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, de 16 de noviembre de 2009 (RIT 12-2006), acogiendo la solicitud de la defensa en orden a aplicar la "media prescripción". En el considerando 5° se lee: "Que tampoco será acogida la alegación de la señorita Fiscal en cuanto a que el artículo 5° de la Ley 20.084 contemplaría una prescripción especial de corto tiempo, pues la Ley 20.084 crea un sistema de aplicación general para las infracciones penales cometidas por los adolescentes, que regula en forma completa el tratamiento que la ley penal les otorga, tanto en cuanto a la naturaleza, duración de las penas y modalidades de cumplimiento y, en el caso particular, también la prescripción, entre otros".

6 Como sí ocurría, en cambio, con la el texto original de la Ley N° 20.084, cuyo art.21 rezaba: "Para los efectos de la presente ley, se entenderá que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente".

En la medida en que la calidad de crimen o simple delito de una conducta para los efectos del derecho penal de adolescentes no se ve modificada por la LRPA vigente<sup>6</sup>, sino que sigue determinándose de acuerdo con las reglas generales del Código Penal, concretamente de acuerdo con la ubicación de la pena prevista en abstracto para el hecho en la escala de penas del art.21 CP, la literalidad del citado art.104 CP conduce a que también para los adolescentes la reincidencia prescriba recién al cabo de cinco o de diez años, respectivamente, no obstante que para ellos se prevén plazos más breves de prescripción del delito y de la pena.

Todo indica, sin embargo, que esto es así por un mero descuido legislativo que puede y debe ser corregido interpretativamente. Que en el derecho penal de adultos los plazos de prescripción de la reincidencia respecto de crímenes y simples delitos coincidan precisamente con los términos para la prescripción de los mismos crímenes y simples delitos sugiere con nitidez que la lógica subyacente al art.104 CP es que la reincidencia prescriba en el mismo tiempo en que deben prescribir los hechos que la hacen surgir. Visto así, si los plazos de prescripción que rigen para adolescentes son distintos y más breves que los previstos para adultos, también debería ajustarse a ellos la prescripción de la reincidencia a su respecto. Más aún, así lo han resuelto los tribunales de justicia, asumiendo con toda naturalidad que la alteración de los plazos de prescripción respecto de adolescentes conlleva directamente una alteración de los plazos para la prescripción de la reincidencia en este ámbito<sup>7</sup>. Y así sería sin más si el art.104 estuviera redactado de un modo levemente diferente, más acorde con su lógica interna, y acoplara de modo explícito su objeto con los *plazos de prescripción* de los crímenes y simples delitos, en vez de reiterar plazos y asociarlos a la calidad abstracta de crimen y simple delito.

Ahora bien, asumido que la *ratio legis* del art.104 CP es que la reincidencia no surta efectos más allá del tiempo necesario para la prescripción del hecho que la origina, esto es, que aunque no en forma explícita pero sí al menos *implícitamente* la prescripción de la reincidencia está acoplada a los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena, entonces es legítimo traer a colación el art.5º LRPA y sostener que para los adolescentes la reincidencia respecto de crímenes prescribe en cinco años y respecto de simples delitos en dos años. En otras palabras, lo que se quiere decir es que bajo la designación de plazos de prescripción de

---

7 Así, por ejemplo, sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, de 13 de febrero de 2008 (RIT 4-2008), en cuyo considerando undécimo se lee: "considerando que conforme al mencionado artículo 5º de la ley 20.084, la acción penal y la pena, prescriben en el caso de los simples delitos en un plazo de 2 años, *debe entenderse limitada a los referidos términos la norma contemplada en el artículo 104 del Código Penal*, ya que una agravante, en ningún caso puede requerir de un mayor tiempo para dejar de producir sus efectos, que aquél regulado para ejercer la acción penal o perseguir la aplicación de una sanción".

la reincidencia que a primera vista pueden considerarse autónomos de los del delito y de la pena, en verdad la ley quiere vincular ambas cuestiones, y lo hace a pesar de su defectuosa formulación. Dicha vinculación conduce a que, en efecto, respecto de los adolescentes los plazos de prescripción de la reincidencia sean menores que respecto de adultos.

Se podrá objetar que la conexión entre el art.104 CP y los plazos de prescripción del delito y de la pena no es tan evidente como se viene sosteniendo. Y debe reconocerse que eso es efectivo, al menos en cierta medida, aunque, como se podrá ver en seguida, con consecuencias que en último término son más bien favorables a la aplicación del art.104 CP con los plazos del art.5° LRPA.

Por una parte, se puede hacer notar que en el art.104 CP la reincidencia respecto de *todos los crímenes* prescribe en diez años, en circunstancias que algunos crímenes prescriben en diez años y otros (los que dan lugar a penas de presidio, reclusión o relegación perpetuas) lo hacen en quince años. Por la otra, tanto o más importante, se puede objetar que la actual coincidencia general entre los plazos del art.104 CP y los de los arts. 94 y 97 CP no proviene del Código original, sino que de reformas legislativas relativamente recientes y que sólo afectaron a estos últimos preceptos y no al art.104 CP. En efecto, mientras el art.104 CP se ha mantenido inalterado, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 11.183, de 10 de junio de 1953, los plazos del art.94 CP eran de veinte años para los crímenes más graves, de quince años para el resto de los crímenes, de diez años para los simples delitos y de seis meses para las faltas, en tanto que los mismos plazos regían para la prescripción de la pena en el art.97 CP.

Esta relativización del paralelismo exacto entre art.104 CP y plazos de prescripción sugiere que ambas instituciones podrían no compartir la misma lógica. Bien visto, sin embargo, lo que más sobresale en realidad es que la ley siempre le ha dado un *trato privilegiado* a la prescripción de la reincidencia en comparación con la prescripción del delito y de la pena: siempre ha prescindido para estos efectos del plazo mayor previsto para la prescripción de los crímenes más graves y de las penas del mismo rango (veinte años antes, quince años en la actualidad) y durante mucho tiempo mantuvo plazos significativamente más breves para los casos normales de crímenes y simples delitos (diez y cinco años contra quince y diez, respectivamente). Es cierto que el trato privilegiado deja en buena medida de percibirse con la reducción de los plazos de prescripción del delito y de la pena acaecida el año 1953, momento en que no se tuvo el cuidado de reducir proporcionalmente los plazos del art.104 CP. Pero en todo caso se mantiene inalterado el único dato decisivo para los fines de este informe, como es que *en el peor de los casos*, la ley puede admitir que los plazos de prescripción de la reincidencia sean



*los mismos* que los que rigen para la prescripción de la acción penal y de la pena, pero jamás ha admitido que aquéllos sean *mayores* que éstos. De este modo el ejercicio conduce a una conclusión irrefutable: que la prescripción de la reincidencia demore el doble o más (j) de lo que demora la prescripción del delito o de la pena, que es lo que ocurre si el art.104 CP no se lee conjuntamente con el art.5º LRPA, contradice gravemente la lógica y la tradición de la regulación de la prescripción de la reincidencia en nuestro derecho. Constituye, en consecuencia, un resultado que debe evitarse de la mano de una interpretación teleológicamente orientada.

Al respecto es útil considerar que la redacción del art.104 CP, además de perseguir históricamente un trato diferente y privilegiado para la prescripción de la reincidencia, tuvo con seguridad otra razón para no remitirse sin más a los plazos de prescripción del delito y de la pena, concretamente evitar la práctica supresión de la agravante tratándose de delitos con prescripciones especiales de corto tiempo. En vez de excluirlas nominativamente como ocurre en el art.103 CP, la referencia directa al carácter de crimen o simple delito las excluía de igual modo. Ahora bien, sentado *supra* I que los plazos del art.5º LRPA corresponden a prescripciones generales u ordinarias, los propósitos legales no se ven comprometidos con una aplicación del art.104 CP de la mano de los plazos de prescripción del derecho penal de adolescentes.

Dicho todo esto que concierne a la técnica legal y a los criterios propios del derecho penal general, se imponen dos reflexiones adicionales desde la perspectiva específica del derecho penal de adolescentes. La primera es que la aplicación literal del art.104 CP a adolescentes infractores no implica para estos últimos un régimen *igualmente duro* que el que rige para adultos, lo que ya sería excesivo, sino peor aún, en rigor representa un régimen *relativamente más duro*, medido en términos de la relación entre prescripción del delito y de la pena y prescripción de la reincidencia. Con esto se podría poner en duda seriamente el cumplimiento por parte de Chile de las obligaciones emanadas de los arts. 37 y 40 de la Convención de Derechos del Niño. La segunda es que si la agravante de reincidencia como caso extremo de exasperación de la pena por los antecedentes penales del condenado es objeto generalizado de crítica por parte de la doctrina penal<sup>8</sup>, tratándose de adolescentes las críticas son aún mayores<sup>9</sup>. Es muy decidor al respecto lo que disponen las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores) no ya sobre la agra-

8 En Chile, por todos, Cury, Enrique: Derecho penal. Parte general, 7º edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2005, p. 507 y s.

9 Véase entre otros *Albrecht, Peter-Alexis*: Jugendstrafrecht, 3. Aufl., Beck, München 2000, § 50 VI (hay versión castellana de la primera edición: El derecho penal de menores [trad. Bustos], PPU, Barcelona 1990).

vante de reincidencia, sino respecto de cualquier utilización de los antecedentes penales del adolescente, donde luego de afirmarse su carácter reservado se añade que "(l)os registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente" (Regla 21.2)<sup>10</sup>. Y si bien no es éste, desde luego, el lugar para indagar sobre la fuerza vinculante de esta manifestación de *soft law* ni, consecuentemente, sobre la compatibilidad del inciso segundo del art.1º LRPA, en relación con los N° 14, 15 y 16 del art.12 CP, con el derecho internacional, al menos no podrá negarse que ésta aporta buenas razones para una interpretación del art.104 CP sobre la base de los plazos de prescripción del art.5º LRPA.

### **3. Por "quebrantamiento de la condena" para los efectos de la aplicación del art.98 CP a un adolescente debe entenderse el hecho mismo del incumplimiento**

Para los efectos del inicio del cómputo de la prescripción de la pena el art.98 CP dispone que el tiempo de la prescripción empezará a correr o bien desde la fecha de la sentencia de término "o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse". La cuestión es qué debe entenderse por "quebrantamiento de la condena" para los efectos de aplicar el art.98 CP en el ámbito del derecho penal de adolescentes.

En rigor la cuestión no merecería mayores reflexiones. Quebrantar una condena significa simplemente *dejar de cumplirla de modo voluntario y sin derecho*: los que cumplen pena privativa de libertad evadiéndose del recinto donde la cumplen o, si gozan de algún beneficio penitenciario, no presentándose al mismo cuando corresponda; los que cumplen pena restrictiva de libertad abandonando el lugar donde deben cumplirla o visitando el lugar al que no deben acercarse; el que cumple penas privativas de derechos ejerciéndolos como si estuviera facultado para ello, etc. No es otra cosa lo que se ha entendido siempre tanto en relación con el art.90 CP, que regula los efectos del quebrantamiento<sup>11</sup>, como respecto del art.98 que ahora nos preocupa, y todo esto aunque la ley no contenga ninguna definición de quebrantamiento. Para el derecho penal de adolescentes rige sin duda lo mismo.

Lo único que podría nublar este entendimiento y que con seguridad subyace a la consulta que se me hace es, asumo, cierta lectura que pudiera hacerse del art.52 LRPA, que versa precisamente sobre el "quebrantamiento de condena" en el derecho penal de adolescentes y que, a

<sup>10</sup> Si esto es así respecto de procesos contra el sujeto que ya es adulto, se entiende a *fortiori* que rige también respecto de nuevos procesos contra él siendo aún adolescente.

<sup>11</sup> Véase, por todos, *Cury*, PG, p. 771.

diferencia del art.90 CP, tiene un marcado tono procesal que podría sugerir algo diferente. El inciso primero del art.52 LRPA es del siguiente tenor:

“Si el adolescente no diere cumplimiento a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes”.

Nótese que el propio precepto define el quebrantamiento de condena simplemente como el *incumplimiento de las sanciones impuestas*, con lo cual confirma lo que venimos diciendo. Ocurre, sin embargo, que el énfasis que la disposición pone en la realización previa de una audiencia judicial y en la ponderación que en la misma debe realizar el tribunal como presupuesto de cualquier consecuencia, podría llevar a alguien a pensar que sólo habrá quebrantamiento cuando al cabo de esa audiencia el juez de control de ejecución de la condena así lo declare formalmente, con lo cual la prescripción de la pena empezaría a correr desde esa declaración y no desde el incumplimiento.

Se trataría, sin embargo, de una lectura errónea. El error radica en confundir dos cuestiones vinculadas pero sin duda distintas, como son, por una parte, el hecho jurídicamente relevante, en este caso el quebrantamiento, y el establecimiento judicial del mismo con determinación concreta de sus consecuencias, por la otra. Es evidente que consecuencias tan drásticas como las que prevé el art.52 LRPA no se pueden imponer sin que previamente se *constate* por parte de un tribunal el efectivo quebrantamiento de la condena, esto es, un incumplimiento relevante de la misma. Pero dicha constatación *no constituye* el hecho jurídicamente relevante, sino sólo lo declara, tal como la condena no constituye el delito. El quebrantamiento se verifica cuando se incumple de modo relevante la pena impuesta, de modo que la prescripción de la pena empieza a correr desde ese momento, con total independencia de cuándo se declare judicialmente – si es que llega a declararse –el incumplimiento. No está de más recordar que esto es lo mismo que se ha entendido siempre respecto del quebrantamiento regulado en general en el viejo art.90 CP, que en ninguna parte menciona que deba haber una audiencia judicial, cuya necesidad es, sin embargo, a todas luces obvia.

#### **4. Determinación del plazo aplicable a la prescripción de la pena**

Tanto los plazos de prescripción del delito como los de la pena están asociados a la clasificación que distingue entre crímenes, simples delitos y faltas (arts. 94 y 97 CP, art.5º LRPA). En ambos casos, sin embargo, la asociación es diferente. Mientras que respecto de la *prescrip-*

*ción del delito* se trata de determinar si el hecho constituye crimen, simple delito o falta, lo que dependerá, según opinión mayoritaria, de la pena que *en abstracto* le señale la ley<sup>12</sup>, respecto de la prescripción de la pena, en cambio, se trata de determinar si la pena es una de crimen, simple delito o falta, lo que conforme a la opinión unánime en la literatura dependerá de la ubicación de la única pena en cuestión - esto es, obviamente, la pena impuesta en *concreto* en la sentencia - en la escala general de penas del art.21 CP<sup>13</sup>.

## 5. Determinación del plazo de prescripción de penas no previstas en el CP

La circunstancia de que la LRPA contenga un catálogo de penas distintas de las previstas por el CP y no necesariamente equiparables a estas últimas provoca ciertas dificultades a la hora de determinar el plazo de prescripción de las mismas, por cuanto en ninguna parte se define cuáles de ellas constituyen penas de crimen, cuáles de simple delito y cuáles de falta, que es precisamente el criterio a que atiende el art.5º LRPA para fijar los respectivos plazos de prescripción. En la medida en que no se trata de definir el *status* del delito sino de la pena en cuestión, lo que como se acaba de ver está asociado a su naturaleza y extensión *concretas*, no ayuda en esta materia que el delito en cuanto tal tenga en abstracto el carácter de crimen, simple delito o falta conforme a las reglas generales del CP. Se debe proceder entonces a un intento de equiparación entre las penas del derecho penal de adolescentes y las penas generales del derecho penal de adultos (esto es, fundamentalmente, de aquéllas previstas en el art.21 CP) que permita calificar las primeras como penas de crimen, de simple delito o de falta.

Al menos en lo que concierne a la calificación como *pena de crimen* la solución resulta bas-

---

12 Sin perjuicio de la discusión posible sobre qué deba entenderse por el marco penal abstracto, por ejemplo tratándose de delitos no consumados o en los que se ha intervenido sólo como cómplice o encubridor. Para la opinión mayoritaria, por todos, Cury, PG, p. 800; en favor de atender a la pena concreta, al menos en tanto se pueda predecir con cierta seguridad, Guzmán Dalbora, José Luis: Artículos 93 a 105, en Politoff, Sergio / Ortiz, Luis (directores): Texto y comentario del Código penal chileno, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, p. 467.

13 Cury, PG, p. 803; Politoff, Sergio / Matus, Jean Pierre / Ramírez, María Cecilia: Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 585; Guzmán Dalbora, Artículos 93 a 105, p. 478; Vargas, Tatiana: Manual de derecho penal práctico, AbeledoPerrot, Santiago 2010, p. 228; Ortiz de Filippi, Hugo: De la extinción de la responsabilidad penal, Ediar-ConoSur, Santiago 1990, p. 103; Vargas, Juan Enrique: La extinción de la responsabilidad penal, 2º edición, ConoSur, Santiago 1994, p. 184 y s.; Yuseff, Gonzalo: La prescripción penal, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 149. En la jurisprudencia, entre otras, sentencias de la Corte Suprema, Fallos de Mes N° 174 (1973), 76, y RDJ T. LXXXIII, 2ª parte, secc. 4º, 196.

tante sencilla. En la medida en que el derecho penal de adolescentes no considera ni penas restrictivas de libertad<sup>14</sup> ni penas de inhabilitación, en tanto que sólo prevé multas que no exceden de 20 unidades tributarias mensuales<sup>15</sup>, las únicas penas que podrían constituir pena de crimen de acuerdo con las definiciones que al respecto contiene el art.21 CP son las penas privativas de libertad cuya duración exceda de cinco años de encierro. De acuerdo con esto, son penas de crimen y prescriben en cinco años sólo la internación en régimen cerrado o semicerrado con programa de reinserción social por más cinco años.

Más complicada parece la delimitación entre penas de simple delito y penas de falta. El asunto venía resuelto expresamente en el texto original de la LRPA, en la medida en que el art.6° distinguía expresamente entre penas de *delitos* y penas de *faltas*, debiendo entenderse que, a pesar de la lamentable técnica legislativa, el primer grupo comprendía tanto las penas de crímenes como las de simples delitos. Lamentablemente el texto legal fue modificado en ese punto, suprimiéndose la delimitación expresa<sup>16</sup>.

Ahora bien, no obstante esta supresión parece posible una delimitación satisfactoria de la mano de las reglas que sobre “determinación de la naturaleza de la pena” contiene el art.23 LRPA, donde a partir de las penas de adultos determinadas conforme a los arts. 21 a 22 LRPA, que a su vez remiten a las reglas de determinación de pena del Código Penal, se señalan las penas propias del derecho penal de adolescentes que pueden aplicarse en cada caso de acuerdo con los criterios que aporta el art.24 LRPA. La importancia de estas reglas – que se expresan gráficamente en la “tabla demostrativa” del mismo art.23 LRPA – es que señalan con toda claridad la equivalencia que para el legislador existe entre las penas de adultos y las penas de adolescentes, con lo cual es posible aplicar sin dificultades la clasificación de las primeras a las últimas.

De este modo, son siempre penas de *falta* la amonestación y la multa. Por su parte, son siempre penas de *simple delito* la internación en cualquiera de sus formas siempre que no exceda

14 El término se emplea en sentido técnico estricto, referido a las penas de relegación, confinamiento, destierro y extraniamiento.

15 Conforme al art.9° LRPA “(e)l juez podrá imponer una multa a beneficio fiscal que no exceda de diez unidades tributarias mensuales”, con lo cual toda multa que se imponga en este contexto se sitúa en el rango de las penas de simple delito (hasta 20 UTM) o de falta (hasta 4 UTM) de acuerdo con lo previsto por el art.25 CP.

16 Mediante la Ley N° 20.191, de 2 de junio de 2007. La historia fidedigna de la ley no aporta ningún antecedente sobre las razones tenidas en cuenta para la modificación.

de cinco años (caso en el cual, como se ha dicho, son penas de *crimen*) y la libertad asistida en cualquiera de sus formas. En lo que concierne a la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reparación del daño causado, éstas serán penas de simple delito o penas de falta atendiendo a si en el caso concreto su imposición resulta de la aplicación de la regla cuarta (entonces penas de simple delito) o de la regla quinta (entonces penas de falta) del art.23 LRPA<sup>17</sup>. Como se ve, esta solución permite integrar perfectamente lo ya sostenido desde otro punto de vista respecto de las penas de crimen: las internaciones por más de cinco años proceden sólo cuando la pena de adulto asociada es pena de crimen (regla primera del art.23 LRPA), de modo que ellas también son siempre penas de crimen.

Si bien se ve, salvo en lo que concierne a la delimitación entre pena de simple delito y pena de crimen, que no estaba resuelta, el resultado es el mismo que preveía el texto original de la RPA: según el art.6° original la amonestación y la multa eran siempre penas de falta, en tanto que la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reparación del daño causado eran tanto pena de simple delito como pena de falta. Esta última indefinición, que probablemente subyace a la decisión de suprimir la delimitación expresa, no se produce en cambio en el art.23 LRPA, a partir del cual queda muy claro cuándo corresponde calificar dichas penas en un sentido o en otro.

En contra de esta lectura se podría levantar como interpretación alternativa una comparación directa entre las penas del art.6° LRPA y la escala general de penas del art.21 CP, con la conclusión de que toda pena no privativa de libertad (salvo la multa, como se verá en seguida) deba entenderse como pena de falta, porque considerarla pena de simple delito sin mención expresa implicaría analogía in *malam partem* prohibida constitucionalmente. Dicha alternativa no parece plausible al menos por dos razones. La primera consiste en que en realidad lo único que fluye de la falta de correspondencia entre las penas no privativas de libertad del art.6° LRPA y la escala del art.21 CP es que no está resuelto el *status* de las primeras en términos de la clasificación de las penas de acuerdo con su gravedad, con la consecuencia de que no sería aplicable ninguna norma asociada a dicho *status*, entre ellas el art.5° LRPA, de modo que dichas penas serían en la práctica imprescriptibles. Desde esa perspectiva *toda* asignación de

---

17 Como se ve, lo decisivo es la duración de la pena de adultos a partir de la cual se abre la posibilidad de aplicar la pena de adolescentes, no la duración de esta última. Así, por ejemplo, una libertad asistida siempre es pena de simple delito aunque en el caso particular se imponga por menos de seis meses, posibilidad que no parece excluida legalmente en la medida en que la limitación de la duración máxima a tres años (arst.13 y 14 LRPA) permite sostener que la duración de esta pena nunca está sujeta a los límites temporales de las penas de adultos a partir de las cuales se prevé su aplicación.

*status* es analógica e in *bonam partem*, sin que exista ningún criterio vinculante que obligue a preferir la más favorable de todas sólo porque lo es. La segunda dice relación con que muchas multas, concretamente todas las que excedan de 4 unidades tributarias mensuales deberían considerarse penas de simple delito de acuerdo con el art.25 CP, debiendo prescribir en dos años, resultado que no se produce si se sigue la interpretación vía art.23 LRPA, conforme a la cual todas las multas son siempre penas de falta y prescriben en seis meses. La propuesta interpretativa que aquí se hace parece más fundada y promete mejores resultados.







## 5. DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CONCURSO DE DELITOS EN LA LEY 20.084\*

Por Francisco Maldonado Fuentes\*\*

---

### 1. Introducción

#### 1. Objeto

El objeto del presente informe es emitir una opinión sobre la forma de resolver los casos de concurso de delitos en el sistema previsto en la Ley 20.084.

En específico, el problema de fondo que se busca abordar dice relación con las contradicciones que puede presentar la pena aplicable a aquellos casos en que (al menos hipotéticamente) resultaría procedente regir la individualización de la sanción en base al mecanismo denominado de acumulación material de sanciones con las disposiciones de dicho cuerpo legal que regulan las finalidades de la intervención (sanción) penal (especialmente arts. 20 y 24).

Preliminarmente, se trata de aquellos casos en que la mecánica de determinación de la pena puede recibir la influencia del artículo 74 del Código Penal, disposición que conforme a la doctrina contiene la regla por defecto aplicable a la generalidad de casos que configuran el llamado concurso real de delitos en base a la mera acumulación material de penas que individualmente ya han sido determinadas. Dicha disposición pareciera reclamar aplicación:

---

\* Abreviaturas: art.: artículo; CP: Código Penal; CPrP: Código de Procedimiento Penal; CPP: Código Procesal Penal; COT: Código Orgánico de Tribunales; inc.: inciso; p.: página; pp.: páginas. Asimismo, se hace presente que en cada oportunidad en que el texto haga referencia a artículos o disposiciones sin indicar a que cuerpo pertenecen, la referencia debe entenderse hecha a la Ley 20.084.

\*\* Abogado. Doctor en Derecho. Profesor e investigador Facultad de Derecho Universidad de Talca. Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

A través de la remisión que realiza el artículo 21 de la Ley 20.084 respecto de los casos en que precisamente se debe resolver la penalidad aplicable a un concurso real de delitos cometidos por un adolescente y respecto del cual no se den los supuestos que motivarían la procedencia de una regla especial de solución del concurso (particularmente el artículo 351 incisos primero y segundo del CPP).

Cuando procediendo alguna de dichas reglas especiales el régimen previsto en esta disposición (art 74) materialice una fórmula comparativamente menos gravosa o más favorable al infractor. Ello acontecerá por aplicación directa de su presupuesto (p. ej. acorde a lo dispuesto en el artículo 351 inciso tercero del CPP) o de forma oblicua, esto es, cuando debe recurrirse a ella en virtud de la dictación de una condena posterior (en los casos y formas en que rige la llamada regla de unificación prevista en el artículo 164 del COT)<sup>1</sup>.

Ahora bien, lo problemático de estos casos radica en que los objetivos perseguidos por la regulación pueden verse entorpecidos o lisa y llanamente frustrados atendido que el conjunto de sanciones a cumplir, o, en su caso, la forma como se dispone su ejecución (sea sucesiva o simultánea), no constituyen el resultado de una valoración global centrada en dichas orientaciones determinantes (el conjunto de finalidades) que acorde a las propias definiciones legales deben inspirar la intervención. Con ello un adolescente podría quedar en situación de cumplir dos o más sanciones, simultáneas o sucesivas, cada una de las cuales ha sido el resultado de una valoración concreta y autónoma de las finalidades perseguidas<sup>2</sup>, pero cuyo conjunto no sólo escapa a ellas, sino que puede incluso contradecirlas. Así sucede cuando un adolescente queda sujeto a dos sanciones de libertad asistida con planes reiterados o contradictorios, o a una sanción de libertad y a otra de encierro que ha sido suspendida bajo condición, etc. Los casos posibles de imaginar son, a fin de cuentas, numerosos.

Destaca asimismo el caso en que debe enjuiciarse un concurso entre delitos cometidos como adolescentes (regidos por la Ley 20.084) y otros cometidos como adulto (regidos por las re-

---

1 Además de estos casos el problema también se plantea si debe resolverse un concurso real de delitos y el intérprete entiende que no procede recurrir a la regla prevista en el art.74 del CP (p. ej. por estimar que no la alcanza el tenor literal del artículo 21 pues no se trata de una norma de determinación de penas, sino de ejecución de las mismas) ya que de todas formas la mecánica de determinación de penas establecida en la ley 20.084 tomaría como base tantos marcos penales como delitos concurren (acorde a lo dispuesto en el art.21) debiendo arribar, a partir de cada uno de ellos, a una sanción independiente.

2 Lo dicho debe entenderse con total independencia de los problemas hermenéuticos que se presentan a la hora de realizar este procedimiento de individualización. A ellos no nos referiremos en este informe a menos que su tratamiento sea necesario para abordar la cuestión planteada.

glas generales en base al CP). En estos casos no solo se presentan los mismos problemas ya apuntados sino que además resulta sumamente complejo determinar la forma, lugar y efectos que reviste la propia aplicación de las disposiciones sobre concurso previstas en la legislación positiva. El caso es que tanto el CP como la Ley 20.084 parecieran excluir estos casos de la aplicación de sus respectivas reglas sobre concurso de delitos, generándose un vacío normativo altamente complejo de solucionar<sup>3/4</sup>.

## 2. Estructura y aclaraciones metodológicas

Para abordar estas cuestiones, nos hemos propuesto desarrollar un análisis dividido en tres ámbitos diversos y complementarios, ordenados de forma secuencial. En el primer capítulo (de corte introductorio, pero no por ello menos determinante) expondremos algunas cuestiones fundamentales vinculadas al concurso de delitos que creemos necesario relevar a efectos de que se tengan en cuenta en la lectura del texto. En el segundo y a partir de la constatación de que no existen normas expresas sobre concurso de delitos en la ley 20.084, abordaremos las diversas alternativas interpretativas posibles de construir al respecto. Finalmente, nos ocuparemos de los casos de concurso de delitos configurados en base a responsabilidades que provienen del sistema adolescente y del régimen general propio del CP.

En cada una de estas etapas evitaremos abordar cuestiones de carácter político criminal, entendiendo que el objetivo que se nos ha encomendado nos enmarca en un contexto eminentemente dogmático. De esta forma, las cuestiones atinentes al cómo creemos que debe (o debió) haber sido regulada cada institución sólo serán tratadas en la medida que brinden utilidad a la tarea interpretativa. Lo dicho se replica en plenitud respecto a las referencias de derecho comparado.

También procuraremos (intencionalmente) omitir alusiones a cuestiones basales o generales, esto es, aquellas que son propias del régimen general de regulación de la determinación de la pena o del concurso de delitos, en aquellos ámbitos en que la aplicación de la regulación se desarrolla en forma pacífica y de manera similar (al menos estructuralmente) en el sistema del Código Penal y en el de la Ley 20.084<sup>5</sup>.

3 En una primera aproximación las normas previstas en el CP no podrían aplicarse a los delitos previstos en la ley 20.084 en atención a lo previsto en el art.10 N°2. A la inversa, tampoco se podría pretender aplicar las reglas previstas en la ley 20.084 a los delitos regidos por la ley penal general (adultos) en atención a que el art.1° detalla que sólo resultan aplicables a los delitos cometidos por adolescentes.

4 Sobre todo ello, con una opinión diversa a la que aquí sostenemos, MATUS (2009).

5 Resulta determinante en dicha definición el que todo parece indicar que tanto en materia de concursos como en el ámbito

### 3. Precisiones preliminares

#### 3.1. Formas de concurso y fórmulas de regulación del concurso. Cuestiones diversas

Como punto de partida quisiéramos llamar la atención sobre una cuestión que atañe al tratamiento legislativo del concurso y que, en general, suele pasar desapercibido a pesar de su nitidez y, sobre todo, relevancia. Se trata de hacer notar que –por regla general– no existe una relación específica entre las diversas formas de concurso que son identificadas por la doctrina y las fórmulas de resolución de la determinación de la pena (fórmulas penológicas) a las que se asocia cada una de dichas categorías.

En efecto, si bien nuestra doctrina suele distinguir tres clases de concurso (real, ideal y medial) y tres fórmulas de resolución de los mismos (acumulación, absorción y exasperación de la pena) no se plantean en la actualidad, ni en la ley ni por parte de la doctrina (salvo honrosas excepciones) nexos que permitan vincular inequívocamente estas categorías entre sí<sup>6</sup>. A partir de ello es posible concluir que no hay razones de principio que obliguen a asociar cada modalidad concursal a una fórmula particular de tratamiento (absorción, exasperación o acumulación). Se trata por ello de opciones político criminales abiertas para el legislador<sup>7</sup>.

Si bien originalmente (durante el clasicismo imperante en la época de la codificación) el sentido de la distinción entre concurso real e ideal radicaba en la flagrante vulneración del *ne bis*

---

de la determinación de la pena las definiciones esenciales asociadas al funcionamiento de nuestro sistema general (y en su incidencia en el modelo previsto en la ley 20.084) no parecen presentar grandes controversias en aspectos relevantes de tratar a los efectos del presente informe, de modo que su análisis o descripción implicaría restar espacio a las cuestiones que sí resultan atinentes.

6 Basta una somera revisión a los usos que el legislador le concede a cada fórmula para corroborar lo señalado, esto es, que no se establecen vinculaciones específicas entre algunas de estas fórmulas y determinadas clases de concurso. Ello se evidencia, por ejemplo, en la regulación del concurso real, tratado en forma diversificada a partir de todas las fórmulas penológicas conocidas (la regla básica -art.74 del CP- propone una solución que se enmarca en la fórmula de acumulación material de sanciones, mientras que los casos de reiteración -art.351 inc.1º y 2º del CPP- son tratados por la vía de la absorción o de la exasperación). Asimismo, también se aprecia al constatar cómo la regla penológica general que se asocia al concurso ideal (absorción o exasperación prevista en el art.75 del CP) admite excepciones que llevan a un tratamiento conforme a fórmulas de acumulación material, en aquellos casos en que la legislación permite (a decir verdad, impone) la aplicación copulativa y separada de sanciones a partir de un mismo supuesto de hecho. Así sucede con la regulación de las asociaciones ilícitas y con el porte y tenencia de armas de fuego.

7 No queremos decir con ello que dichas opciones sean arbitrarias, esto es, que puedan ser definidas en base a decisiones que carecen de control. Se requiere pues de parámetros conocidos que proporcionen una base de razonabilidad a las distinciones que sean propuestas, a objeto de que el juicio de proporcionalidad tenga sustento.

in idem que conlleva la aplicación de la regla de acumulación material (predominante) a los casos en que se valoraba de forma múltiple un mismo supuesto de hecho (concurso ideal), se trata de una base que a corto andar se desdibuja por completo, sin que en la actualidad –y desde hace bastante tiempo- tenga relevancia concreta. Ello sucede en primer lugar en atención a que el concurso ideal, como instituto jurídico, pasa a desarrollar sus principales funciones como referente del concurso aparente de leyes penales, mientras que la regla penológica de la acumulación material que caracterizaba al concurso real<sup>8</sup> entra a fines del siglo XIX a ser duramente controvertida desde las más diversas ópticas<sup>9</sup>, sea por las desproporcionadas consecuencias que plantea (p. ej. la desmesurada extensión que abarcan las sanciones) como por el impacto negativo que éstas producen desde las ópticas preventivas, las que, por lo demás, se irán imponiendo con el tiempo.

Sobre estas bases (y desde ambos procesos), la mera sumatoria de sanciones (la acumulación de penas) cede sus espacios de influencia a mecanismos que confían en la aplicación de una reacción única (o más bien unificada), que permite valorar tanto la gravedad de los ilícitos concurrentes como los nexos existentes entre ellos, destacando entre estos últimos el significado que puede atribuirse al sólo hecho de la reiteración.

A partir de ello el concurso real no sólo pasa a ser tratado en base a fórmulas de absorción o de exasperación de penas (en la mayoría de los casos relevantes) sino que, además, empieza a cobrar sentido en cuanto hipótesis que desvela y releva una reiteración o recaída en el delito. Se trata de advertir que lo importante en estos casos no radica en la individualidad de cada uno de los delitos cometidos, sino el hecho –en global- de que se haya cometido una multiplicidad de ellos<sup>10</sup>. Se refuerza de esta forma aun más la idea de que su tratamiento no debe ser

8 SANZ MORAN, pp. 50-51, 254.

9 Por solo mencionar algunos aspectos relevantes se suele argumentar que la mera acumulación genera un riesgo cierto para la satisfacción de los fines de la pena (esto es, para la prevención, cualquiera sea su contenido), que dificulta la obtención de la reinserción y que incluso puede materialmente provocar una transformación de la pena que hace mutar drásticamente su naturaleza. En torno a esto último se suele sostener (con acierto) que la sumatoria de condenas puede llevar a la aplicación de un encierro de carácter perpetuo para casos que no prevén dicha consecuencia. Con más detalle NOVOA pp. 225-6; CUERDA RIEZU, pp. 36 y ss.

10 Conviene en este punto advertir que en las postrimerías el clasicismo la reiteración era asumida como una cuestión marginal, poco frecuente y asociada a la especial comisión de determinados tipos de ilícitos. Por lo mismo no se previeron (sino hasta bien asentada la codificación) cláusulas agravatorias de carácter general, sino sólo reglas particulares de incremento de pena (ASUA BATARRITA, p. 51; SAINZ GUERRA, p. 178) Éstas, precisamente por su carácter excepcional, fueron configuradas con un tenor particularmente severo, claramente asociado a un objetivo neutralizador o inocuidador (así, p.ej. la arquetípica previsión de pena de muerte para el tercer hurto). Vid. al respecto ASUA BATARRITA (p. 118) y SAINZ GUERRA (pp. 175, 177-8). Sin embargo, dichas reglas excepcionales renunciaron expresamente a regular los casos de concurso

diverso al que se concede a la mera reiteración o a la reincidencia, pasando a cobrar sentido la habitualidad, la homogeneidad o la profesionalización entre otros factores como criterios relevantes de considerar a la hora de valorar las consecuencias aplicables. Con ello se concentra también la atención en el tratamiento del reiterante (o si se prefiere reincidente –si bien dicho término arrastra una carga negativa de la que quisiéramos prescindir-) y no sólo en el que se debe brindar al conjunto de ilícitos en los que ha incurrido.

En otros casos destaca como relevante el nexo, unidad objetiva o de significado que es posible extraer de este conjunto de hechos delictivos en lugar del sentido que (según acabamos de destacar) tiene en cuanto secuencia o sucesión para la valoración de aspectos propios del sujeto infractor. En estos casos es el tratamiento de este significado (que solo puede identificarse a partir de dicho conjunto) lo que lleva a asumir la necesidad de darle un contenido único al total (casos de concurso aparente de leyes y del delito continuado), de establecer un sentido relacional (concurso medial) o de constatar un mero nexo situacional (concurso ideal), todo lo cual, evidentemente, requiere de una valoración unificada de todo el conjunto.

Estos antecedentes permiten identificar al menos dos consecuencias relevantes. La primera es que el concurso deja de ser un ámbito referido a la aplicación de las penas y pasa a ser tratado como parte de la determinación de la pena, que es el lugar donde en general lo ubicamos en la actualidad<sup>11</sup>. Opera entonces y produce sus efectos en el ámbito en que el juez se ocupa de

---

de delitos, lo que sólo encuentra sentido en el hecho de que la tradicional regla de acumulación material permitía alcanzar dicho efecto inocuizador sin necesidad alguna de reforma (CUERDA RIEZU, p. 36; SANZ MORAN, p. 27). De ahí emana el que la reincidencia sólo se considerara relevante para casos en que ya se hubiera dictado y cumplido una condena, esto es, para aquellos que quedaban fuera del tratamiento inocuizador que ya proponía la aplicación de la regla concursal imperante (la acumulación material). Previo a este momento, las draconianas reglas agravatorias se basaban simplemente en el supuesto de reiteración, siendo aplicables con total independencia del hecho que hubiere mediado una condena de término y su ejecución, esto es, que se hubieren sancionado o aun ni siquiera enjuiciado los diversos delitos que evidencian la recaída (así incluso aun respecto del CP Español de 1822. Vid. ASUA BATARRITA, pp. 72 y ss.). Se trata por ello de una cuestión centrada en la constatación de las consecuencias y desvinculada por completo del campo de la valoración de los presupuestos. Luego, atravesando la codificación, el asentamiento de las ideas retribucionistas permite mantener la solución inocuizadora para los casos de *reiteración concursal* (pues conserva la regla de acumulación material) abriendo al mismo tiempo un férreo marco de objeciones a la generalización de la reincidencia. Ésta a fin de cuentas se impone (al menos a nivel material) sólo a partir del retorno de las ópticas preventivas, siendo el asentamiento de su expresión positiva y la crítica a las condenas demasiado extensas que ello conlleva, lo que (recién) permite reconfigurar ambas hipótesis ya diferenciadas estructuralmente (concurso y reincidencia) con un sentido (objeciones y valoraciones) como el que hoy detentan. 11 Novoa incorpora las normas que regulan algunas formas de concurso de delitos entre los eventuales factores que concurren a determinar la pena (NOVOA, p. 356 y ss.). En este mismo sentido MIR PUIG (p. 668) -en base a la regulación española- incluye entre los elementos que inciden en la determinación de la pena las normas que regulan la aplicación del concurso de delitos y del delito continuado. En este sentido también se pueden interpretar las expresiones de ETCHEBE-

fijar la o las consecuencias aplicables a una hipótesis concursal. En este contexto, la regla de acumulación material de sanciones conserva su contenido propio, esto es, el dirigir sus objetivos a precisar la forma, orden o secuencia en que deberán cumplirse las diversas condenas que hayan sido impuestas, materia que resulta del todo ajena a la tarea de determinación o individualización de dichas sanciones pues por regla general opera en base a condenas ya afinadas<sup>12</sup>. No obstante, también se trata de una fórmula que cumple una función en el ámbito de la determinación de la pena cual es la de determinar el máximo de la intervención que se estima posible de tolerar<sup>13</sup>. Este es precisamente el origen de la llamada regla de mayor favorabilidad, esto es, el que la sumatoria de las condenas individualmente determinadas sea la condena de aplicación subsidiaria si la pena acumulada o unificada propone una consecuencia que represente una mayor aflicción<sup>14</sup>.

La segunda consecuencia es que las razones que llevan al legislador a ocupar las diversas reglas penológicas imaginables (básicamente exasperación, absorción e incluso la acumulación de varias sanciones) dejan de obtenerse a partir de las características básicas que separan al concurso real del concurso ideal y pasan a radicarse en factores como la habitualidad, la especialización en cierta clase de delitos (profesionalización)<sup>15</sup>, la mayor favorabilidad de la

---

RRY (II, P. 116).

12 Baste ver el texto de nuestro artículo 74 del CP.

13 Vid. al respecto y concretamente CUERDA RIEZU (pp. 43 y ss.) quien ya hace algunos años fija la idea de que la regla de acumulación solo cumple el objetivo de fijar el máximo de la extensión de pena que puede ser aceptada. Según veremos se trata de una regla de máximos estrechamente asociada a la hipótesis del concurso real, contexto al cual ya hemos advertido que se encuentra ligado históricamente. La regla que estos efectos resulta aplicable a los casos de concurso ideal es diversa pues hay de por medio un ajuste que demanda el *ne bis in idem*.

14 Opera en concreto como un elemento corrector *in bonam partem* (en beneficio del condenado) efecto que en nuestro derecho se encuentra expresamente previsto para los casos regulados en el artículo 351 del CPP, conforme al inciso tercero de dicha disposición. Parte de la doctrina extiende análogicamente dicho efecto también a los casos en que la aplicación del artículo 75 del CP diere lugar a un resultado más gravoso que el que plantea la mera acumulación de sanciones. En este sentido, dando cuenta de la doctrina mayoritaria, MATUS (2002), pp. 384 (con cita de jurisprudencia); POLITOFF/ MATUS/ RAMIREZ, PG, p. 451; CURY, p. 662.

15 El que la reiteración constituya una muestra de mayor profesionalización en el delito es algo que parece indiscutible. Los aspectos que normalmente resultan controvertidos radican más bien en la asociación que puede establecerse entre dicho antecedente y un diagnóstico de peligrosidad o de compromiso delictual, esto es, el que se pretenda regular una consecuencia para dichos casos a partir de una presunta progresión futura o de una determinada tendencia hacia el delito (más grave aún si lo que se toma como base es una supuesta mayor actitud criminógena). Sin embargo, es también posible llevar a cabo una valoración aceptable de este supuesto en base a la unidad que puede identificarse en los aspectos referidos a lesividad. Así puede apreciarse en la génesis y estado actual del denominado delito continuado, institución cuya base permite llegar a apreciar una unidad delictiva en base a supuestos similares. Sobre estos último CHOCLAN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, pág. 129 y ss.; CASTIÑEIRA, *El delito continuado*, pág. 20; SANZ MORAN, "El concurso...", págs. 51 y 133.

pena<sup>16</sup> (por razones asociadas al límite máximo de lo tolerable, según ya advertimos) o en la existencia objetiva en los delitos concurrentes de nexos mediales, funcionales (unidad de propósito) o situacionales (unidad de valoración). Lo dicho se confirma si revisamos los supuestos considerados en el art.75 y 451 del CP y en el art.351 del CPP<sup>17</sup> y en institutos como el delito continuado.

Se reafirma con todo ello que el legislador es plenamente soberano para determinar una fórmula penológica autónoma para cada tipo de hipótesis concursal, esto es, que no se encuentra atado a la distinción entre concurso real e ideal, pudiendo para ello apoyarse en factores diversos e independientes a dicha categorización, como los que recién acabamos de reseñar<sup>18</sup>. En síntesis, dichos factores constituyen los elementos de juicio que condicionan el proceso de determinación de la pena en casos de concurso, con una trascendencia o incidencia superior a la que emana de sus propias bases definitorias, presupuestos o, si se prefiere, *clases* de concurso.

Esto es muy relevante a los efectos del presente informe pues el hecho de advertir la relación existente entre concurso de delitos y la apreciación de estos criterios facilita la tarea de identificar el lugar donde radican dichas valoraciones en el modelo de determinación de la pena previsto en el régimen de adolescentes, permitiendo con ello advertir o relevar los caracteres que detenta el tratamiento del concurso de delitos en dicha sede.

La única limitante a este margen de libertad emana de la prohibición de incurrir en un bis in idem y obliga a desechar la fórmula de la mera acumulación de sanciones en los casos de concurso ideal<sup>19</sup>.

---

16 Por todos, POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, p. 451.

17 En efecto a los efectos de la determinación de la pena es más relevante el hecho de estar frente a un concurso homogéneo o heterogéneo de delitos dice más que la sola constatación de que estemos en presencia de un concurso real de delitos.

18 En este sentido tiene razón MATUS (2002:384) cuando plantea que la relación entre el concurso real y el ideal es meramente contingente. El punto está en que dicha acotación debe entenderse referida a las fórmulas de resolución del concurso, esto es, a la regla de fijación de pena que se plantea para resolver la conjunción de delitos. Se reitera en similares términos en POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, PG, pp. 445-6 y notas 228 y 229, en la misma ubicación. Sobre esta misma base parece razonar GARRIDO (II, 448) cuando destaca que no ve problema alguno en que la regla básica y general de acumulación material sea sustituida en casos especiales a través de otras fórmulas de determinación de pena. Oo. en ETCHEBERRY (II, P. 116) quien pareciera asociar las fórmulas de concurso con reglas específicas de fijación de pena, al sostener que la distinción tiene relevancia a dichos efectos, más allá que el desarrollo parezca indicar claramente que el posible modificar dicha asociación.

19 En efecto, y como antes anticipamos, al enjuiciarse un mismo hecho desde dos perspectivas diversas, hay, al menos en parte, una doble valoración que pareciera impedir recurrir a la mera acumulación material de sanciones. CURY (665 y



Ahora bien, conviene advertir que si bien esta constatación podría interpretarse como un veto a la aplicación copulativa de sanciones no hay nada en el fundamento descrito que lleve directamente a dicha conclusión, quedando en pie tanto la opción de recurrir a mecanismos de absorción como de exasperación de pena, incluyendo entre estas últimas a la opción de agravamiento de la sanción en base a la imposición adicional de una condena diversa o complementaria. Lo único vedado al legislador es que dicha respuesta, única o compuesta, pueda llegar a ser equivalente (en cuanto a aflicción) al total de las condenas individuales procedentes. Lo prohibido entonces a partir de dicho principio (y no solo en este caso, según veremos) es la mera sumatoria de condenas individuales que han sido previa y aisladamente determinadas para cada uno de los hechos delictivos concurrentes.

Por todo ello podemos concluir, en términos generales, que lo realmente importante es que la mera acumulación no da cuenta de un proceso único de valoración del conjunto de delitos concurrentes. Ésta sería la única fórmula que permitiría afirmar que ha sido considerada (y evitada) la doble ponderación de los supuestos de hecho que concurren en común en todas las hipótesis que configuran el concurso. De esta forma que el resultado de dicha valoración única sea la aplicación de una sanción individual o de varias es algo del todo secundario pues lo importante radica en que el conjunto siempre sea una consecuencia a la que se arriba a partir de una mecánica unificada (única) de valoración.

### 3.2. Unidad de valoración como cuestión central en el concurso

Ahora bien, esta conclusión es también replicable en el devenir que caracteriza al tratamiento de las hipótesis de concurso real de delitos. Si se realiza un análisis detenido al marco tradicional de objeciones formuladas a la óptica de la mera acumulación material (sistema de aplicación preferente a los casos de concurso real)<sup>20</sup>, es también posible advertir que ninguna de ellas apunta de manera directa o precisa al hecho de que dicha fórmula proponga la imposición conjunta de varias consecuencias, las críticas se centran más bien en la constatación de que esas consecuencias provienen de procesos de valoración (esto es, de determinación de las penas) aislados e independientes, cuyos resultados simplemente se suman y ordenan a efectos de ejecución.

---

666), en esta misma línea, desarrolla y propone algunos criterios de valoración del concurso precisamente a propósito del tratamiento del concurso ideal. Oo. en MATUS (2002:384) quien según ya anunciamos asume que la distinción de reglas penológicas en ambas clases de concurso (real e ideal) es una cuestión meramente contingente.

20 Para mayor detalle Vid. MATUS (2002, p. 397); NOVOA, p. 225-6; GARRIDO, II, p. 448 y CUERDA RIEZU, p. 36 y ss. (este último con amplio desarrollo).

Que el resultado conjunto se aparte materialmente de las lógicas o fundamentos que sirvieron de base a la resolución del caso (pudiendo configurarse incluso como una sanción diversa a la que se plantea como originalmente procedente), que dicho conjunto detente un riesgo cierto de desproporción frente a las características (y particularmente la gravedad) de las hipótesis concurrentes y el que se trate de una reacción que carece de sentido si se la valora en torno a los objetivos preventivos o de utilidad que se confían al modelo, son cuestionamientos que sólo se sostienen si se toma como base el que lo resuelto emana de procesos valorativos independientes cuyas consecuencias al final son simplemente acumuladas en forma automática o mecánica.

En efecto, cada una de estas objeciones pierde gran parte de su sentido o razón si se traslada el problema al ámbito de la determinación de la pena, esto es, si se excluye la posibilidad de proceder a una valoración individual (donde la acumulación pasa a ser reglada a efectos de ejecución) y se sustituye por una dinámica de ponderación (determinación o individualización) conjunta<sup>21</sup>.

Con ello, es posible sostener –a modo de conclusión preliminar de carácter general- que el legislador puede reaccionar ante el concurso real e ideal de manera similar, recurriendo a la absorción y a la exasperación de la pena, sea que esta última se refleje en un incremento de pena o en la aplicación copulativa de una sanción adicional<sup>22</sup>. También se concluye el que no es aconsejable recurrir a la mera acumulación material (mecánica) de penas, pues no constituye un mecanismo integrado en las etapas de determinación e individualización de las consecuencias.

---

21 No en vano el sistema de acumulación material sólo puede pretender sustento a partir de una neutral óptica retributiva donde cada delito es expiado en base a la aplicación de su respectiva consecuencia. Solo así se puede sostener que cada pena debe ser determinada a partir de la consideración individual y aislada de los caracteres de cada infracción. A partir de dicha base resultan del todo irrelevantes las valoraciones y efectos que pueden asociarse al conjunto de todas las penas, las consecuencias y significados que propone para la prevención y el hecho de que el conjunto de cuenta de un caso de reiteración. Sobre esto último no hay que olvidar que la retribución estricta es la única perspectiva que se opone indiscutiblemente a dar un tratamiento particular a la reincidencia (salvo que se considere como dato que se traduce en un incremento de la culpabilidad).

22 En efecto, los diversos elementos que deben ser valorados en las hipótesis de concurso pueden igualmente llevar a la conclusión de que resulta adecuada la aplicación de una fórmula acumulativa de sanciones, por ejemplo, adicionando a la pena más grave una de diversa naturaleza y menor rigor o entidad. Se trataría a fin de cuentas de una reacción equivalente (en términos de afflictividad) a aquella que se configura a partir de la extensión o agravamiento de una pena, que no es sino la adición de una pena más corta de similar naturaleza (esto es, por ejemplo, en base a la adición de otras *extensiones o cuantías* de privación de libertad). Es probable que la absoluta primacía que tiene el uso de la sanción privativa de libertad en el régimen de adultos haga que el régimen de uso general se exprese a través de fórmulas de aumento o agravamiento de la misma y única sanción, fórmula que con seguridad debiera ser diversa y más diversificada en modelos que cuenten con un abanico más amplio de posibilidades de sanción (en cuanto a su naturaleza), como acontece con el derecho penal de adolescentes.

Además, se puede constatar que la única diferencia entre ambos tipos de concurso radica en el referente que debe ser considerado relevante de determinar como máximo posible de tolerar, debiendo, en el caso del concurso ideal, corregirse el extremo que representa el índice de afflictividad de la acumulación material a partir de las exigencias de la prohibición de doble valoración (*ne bis in idem*)<sup>23</sup>.

Finalmente, debemos reiterar que la selección definitiva del mecanismo de valoración dependerá de los factores o criterios que sean considerados relevantes, a partir de valoraciones político criminales que se reflejan en el proceso de determinación de la pena. Se trata de decisiones sobre la mayor o menor relevancia que se asigna a la habitualidad, a la mera reiteración, a la profesionalización, etc., y que representan fórmulas de valoración del conjunto de hechos enjuiciados en el proceso de determinación de pena<sup>24</sup>.

Ahora bien, es igualmente relevante advertir que tampoco hay una definición de principios en torno al lugar donde debe radicarse la regla penológica en cada caso en particular. Lo importante es determinar si se trata de un ámbito y de una decisión que debe ser resuelta directamente por el legislador o si por el contrario se trata de una cuestión entregada a la ponderación judicial.

La cuestión no sólo apunta a constatar que hay diversas formas de llevar a cabo la regla de

23 A estas alturas es indiscutible que el sistema debe rendir tributo a la idea de proporcionalidad, entendida (al menos a estos efectos y simplificando los términos) como un límite y un presupuesto de legitimidad asociado de manera natural a la gravedad de los hechos comprometidos. En efecto, nada de lo antes señalado permite entender que la necesidad de llevar a cabo una valoración de conjunto puede motivar a que se obvие el hecho de que la reacción encuentra su presupuesto básico en uno o más hechos concretos, precisos y determinados, lo que demarca una base definitoria de los máximos posibles de tolerar. Las perspectivas más tradicionales de la proporcionalidad radican precisamente el presupuesto que sirve de parámetro en la gravedad del o de los hechos enjuiciados. Si bien en los orígenes dicho principio fue asociado a los fines de la intervención, incluyendo en ello y en un lugar central a los aspectos que adiciona la prevención pues, a fin de cuentas, de lo que se trata es de que la reacción sea proporcional a los objetivos o fines perseguidos (MIR PUIG: *Principio de proporcionalidad*, pág. 351-2; GOMEZ BENITEZ, "La idea moderna de proporcionalidad de las penas", en, del mismo, "Estudios...", págs. 309 a 317.), es claro que la gravedad, entidad o cantidad de los delitos comprometidos también aportan un contenido en torno a la idea de prevención, por aquello de que estas finalidades son más relevantes en frente a casos de mayor gravedad. HASSEMER (en "Alternativas...", CPC, 1982, págs. 478-9; SANCHEZ GARCIA DE PAZ, "El principio...", pág. 1122; DE LA MATA, págs. 107-9).

24 A nuestro juicio es precisamente ese el sentido de las reglas fundadas en la lógica de la exasperación o la absorción. De lo que se trata a fin de cuentas es de proponer una fórmula única y no arbitraria de valoración que permita dar cuenta de las necesidades de la individualización (incluyendo los aspectos preventivos y personales comprometidos) junto a aquellos que emanan de la prevención general (esto es, la gravedad y cantidad de los delitos). De ahí que de forma mayoritaria se valore positivamente el modelo de la exasperación, en cuanto incorpora la atribución de efectos agravatorios al presupuesto de reiteración. En este mismo sentido NOVOA, p. 226.

acumulación, absorción o exasperación, pues en la mayoría de los casos no es más que una simple consecuencia de la necesidad de ajustar el efecto político criminal que se desea aplicar a los caracteres particulares del concurso<sup>25</sup>. Lo realmente importante es conocer si se trata de una valoración que forma parte del proceso de determinación legal de la pena o de su individualización. Si bien la doctrina nacional no suele dar cuenta de esta distinción ni de sus consecuencias o efectos<sup>26</sup>, quisiéramos destacar que la prioridad o mayor acercamiento que el legislador atribuya a alguna de estas fases para la apreciación de los efectos del concurso constituye un indicativo de la relevancia que se concede a los accidentes concretos del delito y a los caracteres particulares del infractor. Y es que a mayor consideración de dichos elementos más amplio deberá ser el espacio resolutivo delegado en la valoración judicial, siendo forzoso en dicho caso prever una regla abstracta y general, de suyo más impersonal y propia del campo de la valoración legal, si se desea asignar prioridad al contenido o significado objetivo y esencial de los conjunto de hechos delictivos.

De ahí que las fórmulas de acumulación material constituyan en los hechos una verdadera anulación de los espacios judiciales de valoración, al menos en lo que respecta al conjunto de hechos que conforman el concurso si son considerados en global como una unidad con significado autónomo. Particularmente ello aplica al sentido que éste refleja como hipótesis de reiteración y, en general, a todos los aspectos de relación y subjetivos (del sujeto) que pueden identificarse tras la secuencia de delitos. No en vano –reiteramos– sólo una óptica retributiva alimenta dicha opción penológica, a partir de un esquema donde los antecedentes particulares carecen de cualquier relevancia.

A este respecto conviene recordar que tanto el sistema contenido en el artículo 75 del CP (concurso medial e ideal), como el previsto en el inciso primero del artículo 351 del CPP (concurso real de delitos de la misma especie que puedan considerarse como uno solo) requieren que el efecto agravatorio previsto (la exasperación de la pena) tenga lugar antes de proceder a la individualización concreta de la pena<sup>27</sup>. Incluso más, la

---

25 Así se puede constatar de una simple comparación de las reglas previstas en los incisos primero y segundo del art.351 del CPP, donde es la imposibilidad de acumulación jurídica del conjunto de delitos la que lleva al legislador a optar por la selección de una sola de las penalidades aplicables como base para efectuar la agravación de la penalidad.

26 Como excepción vid. MAÑALICH, 2009, pp. 3 y ss.

27 En nuestro concepto ninguna de las disposiciones comentadas previstas en nuestra regulación acogen la mecánica denominada de absorción de la pena. Si bien en este último caso, como en los previstos en el artículo 75 del CP se procede a regular la sanción a partir de la consideración exclusiva del marco penal de uno de los delitos en concurso, en todos los casos el efecto atribuido a la concurrencia de los demás se traduce en un aumento obligatorio de la sanción procedente. Lo dicho, que es claro en el inciso segundo del artículo 351 del CPP (*se aumentará en uno o dos grados*), también se predica del artículo 75, en cuanto elimina la posibilidad de considerar los grados inferiores del respectivo marco penal originario

amplia mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se inclinan por regular el efecto previsto (la selección del grado superior del marco penal más gravoso, en el primer caso, o el aumento de uno o dos grados por sobre el marco que diere lugar a partir de la unificación de los delitos que han sido considerados como uno solo, en el segundo) antes de la aplicación de las reglas de ponderación de las atenuantes y agravantes genéricas concurrentes (arts. 65 a 68 bis del CP)<sup>28</sup>. Algo similar sucede con la regla de exasperación contenida en el inciso segundo del artículo 351 del CPP (concurso real de delitos de la misma especie que, por su naturaleza, no pueden ser considerados como uno solo). Si bien en este caso es claro que se demanda una mayor concreción en el proceso de individualización (se debe seleccionar como base la pena que sea superior de entre las aplicables en concreto a cada delito) es igualmente evidente que su aplicación no tiene lugar una vez que dicho proceso se ha agotado pues la exasperación (el aumento o agravamiento de la pena) se realiza a partir de un determinado grado de penalidad (proponiéndose un aumento de grados y no de cuantías específicas y determinadas de sanción)<sup>29</sup>. Es a partir de ésta que se debe proceder a la individualización concreta y completa de la sanción procedente (art.69 del CP)<sup>30</sup>. Por su parte parece

---

asignado a la figura que proporciona la penalidad base para el cálculo (la *pena mayor* del delito *más grave*). Oo., conforme al criterio mayoritario, en CURY, pp. 662 y 666.

28 Existe una opinión minoritaria en cierta jurisprudencia para la que el artículo 75 del CP impone una regla que sustituye completamente todo el proceso de individualización de la pena (incluyendo al art.69 del CP). Conforme a su entender el concepto de "*pena mayor asignada al delito más grave*" no lleva sólo al marco penal mayor sino al extremo superior dentro de dicho marco penal (el más grave, en términos comparativos). Para la mayoría –a la que seguimos– se trata simplemente de una disposición que conserva el proceso de fijación al nivel de la determinación de *grados de penalidad*, operando sus efectos a partir del resultado que plantee la aplicación de los artículos que regulan el efecto del iter criminis y la participación, esto es, antes de que sean ponderadas las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, y, consecuentemente, antes de proceder a la individualización concreta prevista en el artículo 69 del CP.

29 Oo. en MATUS (2009, p. 548).

30 La particularidad de este caso es que termina por atribuir efectos solo a las circunstancias concurrentes en el delito que en definitiva proponga un grado superior de pena. Sobre esa base, y al requerirse un ejercicio hipotético, es también claro que no parece haber problema en realizar los cálculos reiterando el uso de aquellas que pudieren aparecer incompatibles pero que se asocian a la comisión de uno o algunos de los delitos en concurso, pues el *bis in idem* que ello podría representar nunca se materializará. En lo atinente a nuestro tema lo relevante es que a partir de la selección de un solo delito (el que circunstancialmente amerite una mayor pena) no se delimita el conjunto de circunstancias que pueden ser tenidas en cuenta en el proceso de individualización, salvo lo dicho respecto al *ne bis in idem*. En efecto, en el caso de la ley 20.084 la regla del art.351 del CPP sólo limita sus efectos a la precisión del grado base de la individualización funcional a los efectos de seleccionar un determinado rango o marco de penalidad de entre los tramos que propone el art 23. Por ende, y a diferencia de su aplicación en el régimen general no lleva a suprimir de consideración el resto de los hechos que están siendo enjuiciados, incluyendo especialmente sus circunstancias. Así, y a diferencia a cómo debe aplicarse el artículo 69 del CP en estos casos, la mecánica que lo sustituye y que radica precisamente el art.24 letra c) de la ley 20.084, debe considerar la totalidad de las modificatorias concurrentes en los diversos delitos.

también claro que la regla de acumulación material (art.74 del CP) demanda una concreción aun mayor pues el efecto asignado en este caso al concurso requiere haber agotado totalmente el proceso de individualización de la pena en base a valoraciones autónomas de cada delito. Se trata según ya hemos visto de un mecanismo de mera adición o suma de sanciones que ya han sido plenamente determinadas, dirigiéndose el resto de las reglas previstas para dicho contexto a normar la forma en que se procederá a ordenar la secuencia de ejecución de cada una de ellas (sucesivamente, simultáneamente, precisando cuales se cumplen primero y cuales después, etc.).

Con ello mientras más centrado esté el modelo en una óptica preventiva y mientras más relevantes sean los caracteres particulares del hecho) y sobre todo del infractor, mayor deberán ser los incentivos para regular el concurso (y sus efectos) en instancias propias de la individualización judicial.

### **3.3. Modelo de concurso y sistema penal juvenil**

Ahora bien, detenidos en este punto, y considerando los caracteres definitorios, particulares o distintivos del conflicto penal de adolescentes<sup>31</sup>, es fácil apreciar que los elementos recién mencionados se hacen presente con mayor fuerza en dicho ámbito. Y es que la especialidad que caracteriza al Derecho penal de adolescentes, y que permite diferenciarlo del régimen penal general propio de los adultos, precisamente se refleja en aspectos como los recién citados, esto es -por sólo mencionar los más relevantes- en una mayor preponderancia de los objetivos preventivos de la sanción penal y en particular de los relativos a la prevención especial; la necesidad de brindar una mayor atención al infractor y a las particularidades concretas del hecho (modalidades o formas de ejecución); y la necesidad de contar con un mayor espacio para la ponderación judicial.

Existe un consenso más o menos asentado, en orden a asumir que la determinación de la pena en el derecho penal de adolescentes (al igual que otros ámbitos como el marco de sanciones previstas o los caracteres de su ejecución) constituye sin lugar a dudas una instancia donde se materializan, y de forma determinante, las particularidades del sistema (aquellas que lo diferencian esencialmente del régimen de adultos) y que son consecuencia de los elementos diferenciales que presenta el adolescente en base a su

---

31 Vid. MALDONADO, 2009, *passim*.

condición especial<sup>32</sup>. Esta particularidad se suele traducir (entre otras aplicaciones<sup>33</sup>) en una mayor laxitud en la consideración que -se estima generalizadamente- debe brindarse a las exigencias que impone la legalidad de las penas (determinación legal) en favor de una mayor discrecionalidad judicial a partir del supuesto (no controvertido) de que concurre una mayor diversidad de sentidos en el delito que emana del comportamiento adolescente<sup>34</sup>. Sobre esa base se hace necesario ponderar de manera más amplia los diversos elementos de juicio concomitantes al hecho y circundantes al infractor. Dicho objetivo normalmente se obtiene ampliando el espacio dispuesto para la ponderación judicial, cuyo control de racionalidad (y directriz en el proceso) radica en la fijación legal de criterios u orientaciones que son exigidas en la fundamentación de la selección realizada por el juez. Con ello los criterios o parámetros que rigen el proceso de individualización pasan a constituir elementos trascendentales en la valoración final de las consecuencias procedentes, a partir de una dinámica de valoración judicial razonada. De hecho, es sobre una base como esta que la mayoría de las regulaciones penal-juveniles de nuestro entorno se inclinan por establecer un modelo más cercano a la regla de principios (donde la individualización es más fuerte y determinante en el proceso) en lugar de aferrarse a modelos donde la precisión legal de las reacciones que se estiman procedentes en cada caso constituye un paso determinante<sup>35</sup>. Este esquema se materializa en forma limitada o restringida en el modelo regulado en la ley 20.084, particularmente a través de lo dispuesto en los arts. 20, 23, 24, complementado por las disposiciones contenidas en los arts. 19 y 25. Si bien el proceso de determinación de la pena se regula, básicamente<sup>36</sup>, en todo el párrafo 5° del título I de la Ley 20.084 (que comprende los artículos 20 a 26) el núcleo central del sistema autónomo de determinación radica en el lugar recién indicado, previéndose en las demás aquellas reglas que permitirán desarrollar la determinación legal de la sanción, esto es, la fijación de un determinado rango de opciones abiertas al juicio del sentenciador.

Lo dicho se puede corroborar en el modelo establecido en la Ley 20.084. Basta para ello

32 Sobre este concepto y su aplicación al ámbito mencionado en el texto Vid. CILLERO, *Idoneidad*, p. 1; HERNANDEZ, pp. 197; MALDONADO (2004, pp. 122-3) y (2009, p. 3).

33 Por solo mencionar algunos adicionales, baste recordar la mayor trascendencia (e incluso primacía) que se asigna a los fines preventivo especiales en la determinación de la pena, como paradigma orientativo de la sanción.

34 HERNANDEZ, pp. 202 y ss.; HORVITZ, p. 2; MALDONADO (2009; pp. 8 y ss.).

35 Por solo incluir dos citas paradigmáticas nos remitimos al art.122 de la Ley 7.576 de Costa Rica y a los arts. 8 y 9 del Decreto 863 de 1994, Ley del Menor Infractor de El Salvador.

36 Lo dicho se justifica pues hay reglas no contenidas en este título que inciden directamente en el proceso de determinación de la pena. Así sucede, por ejemplo, con los arts. 19, 11 inciso segundo, 13 inciso quinto y 14 inciso tercero, entre otras.

revisar las disposiciones que fijan los objetivos generales de la sanción (art.20), las que establecen los criterios o parámetros para fijar la pena (art.24), y si se observa con atención la caracterización de cada una de las sanciones previstas y la mecánica de determinación de la pena (fuertemente marcada por un sistema centrado en la individualización judicial en base a reglas de principios a través de los arts. 23 y 24).

No creemos necesario entrar a detallar en este momento las implicancias y consecuencias del carácter especial del modelo, ni de los aspectos recién transcritos en los que dicha propiedad se refleja. Lo único que quisiéramos relevar es que su constatación fortalece la idea de que el concurso de delitos debe encontrarse reglamentado en este segmento de la responsabilidad penal a partir de un proceso *unificado* de reacción cuyo detonante se radique en instancias propias de la valoración judicial, esto es, previéndose un tratamiento centrado en la fase de *individualización* de la pena<sup>37</sup>. Esto mismo también nos lleva a advertir que en dicho modelo debiera ser secundario (exclusivamente desde este punto de vista) el que se siga una fórmula de tratamiento del concurso basada en la absorción o en la exasperación de la pena, siendo igualmente poco relevante el que a partir de ellas se concluya una aplicación individual o colectiva de sanciones<sup>38</sup>. Lo realmente importante a fin de cuentas, es que dicha mecánica y sus consecuencias sean fruto de una valoración única o unitaria de los caracteres particulares del caso concreto, a partir de una instancia (racionalmente) discrecional.

## 2. Concurso de delitos en la ley 20.084

### 1. Cuestiones generales

Si comparamos este conjunto de características del concurso de delitos con el modelo previsto en la ley 20.084 podemos emitir una valoración positiva, más allá de las interrogantes que han planteado las fórmulas elegidas por el legislador para plasmarlo positivamente y, particularmente, las indecisiones que subyacen a su consagración. Ambos factores han motivado a nuestro juicio una importante distorsión en su aplicación. Lo concreto que queremos transmitir, es que resulta razonable sostener que el esquema que hemos definido como *deseable* (en cierta forma *ideal*) sea muy similar a aquél que prevé la legislación 20.084 para la solución del concurso de delitos, esto es, un modelo centrado en una dinámica de valoración judicial unificada que lleva a la aplicación de una o varias sanciones acorde a un conjunto único de criterios o parámetros que rigen la individualización de la pena.

---

37 En el mismo sentido, sobre la Ley 20.084, HORVITZ, p. 6.

38 Oo. BUSTOS RAMIREZ, p. 69.



A este respecto, es evidente que el primer antecedente a destacar radica en que dicho cuerpo normativo carece de reglas expresas (o más bien especiales) dirigidas (formalmente) a regular la materia, apartándose el legislador con ello de las fórmulas que nos resultan familiares y que son las previstas en el régimen penal general previsto para los adultos. Si bien en casi todo el curso de la génesis legislativa del texto se consideró necesario incluir normas similares a estas últimas lo cierto es que a fin de cuentas fueron totalmente desechadas en las últimas instancias de la tramitación (Senado). Es indiscutible que este hecho ha generado un marco de incertidumbre y algo de confusión lo que entendemos se motiva en una asentada costumbre de resolver estos problemas en base a normas positivas concretas donde el propio legislador regula los efectos penológicos del concurso de delitos, proponiendo en consecuencia reglas específicas que sustraen los efectos dispuestos de la dinámica general de individualización de la pena (como sucede en el régimen de adultos). También contribuye a ello –y por las mismas razones- la poca familiaridad que tenemos con modelos de determinación de la pena que –al menos formalmente- colocan el acento en valoraciones judiciales. Finalmente, se suma a todo ello el que hasta el momento no parece que se hayan podido identificar con claridad las razones que subyacen a la decisión del legislador, generando la impresión de que la interpretación del texto legal carece de una base objetiva de referencia.

En relación a ello no creemos que esta decisión permita concluir que el modelo no cuenta con reglas a este respecto (es decir que en este ámbito estemos ante un vacío legal), existiendo diversas alternativas interpretativas que nos permiten identificar una forma precisa de tratamiento del concurso de delitos en el modelo de fijación de consecuencias previsto en la ley 20.084.

Lo dicho se confirma por el sólo hecho de que en las dos oportunidades en que los Senadores rechazaron la posibilidad de incluir normas expresas sobre el particular dicha decisión se haya justificado en el convencimiento de que se trata de una materia *ya reglamentada* (y por ello incluida) en el *modelo*<sup>39</sup>. Este mismo antecedente permite además concluir que dicha afirmación no se sostiene a partir del uso de normas del CP en la fase de determinación legal de la pena (concretamente a través de la remisión que plantea el art.21), lo que obliga a concluir que la materia se entendía incluida en la fase de individualización.

39 La propuesta de la Cámara de Diputados fue desechada en la discusión particular en el Senado a propósito de la redefinición global del modelo de determinación de la pena, rechazándose las indicaciones relativas al concurso a consecuencia de ello. Por su parte si bien no hay constancia formal del debate suscitado en torno a la propuesta del denominado Grupo de Trabajo (HL, pp. 675-6) el informe respectivo expresa claramente el fundamento tenido en cuenta para su rechazo, estimando el Senado –como señalamos- que se trataba de una materia ya reglada (“*La Comisión desechó esta proposición en atención a que, en el contexto del proyecto de ley en estudio, para los efectos de los concursos, se aplican precisamente las normas generales*”, remisión que por lo señalado debe ser referida a las reglas de determinación de la pena de la Ley 20.084).

En efecto en ambos casos el pronunciamiento se emitió respecto de mecánicas regulativas del concurso que pretendían operar en esta última etapa, en una fase diversa y posterior a aquella en la que opera el art.21. Por lo demás en la última de dichas propuestas las reglas concursales rechazadas operaban de manera precisa en forma *adicional* a los efectos que plantea dicha remisión, evidenciando que se trataba de cuestiones diversas. Por lo demás el fundamento expuesto para el rechazo no fue precisamente dicha duplicidad. De ahí que parezca razonable sostener que los legisladores entendieron que el concurso de delitos estaba regulado en forma especial dentro del propio sistema de individualización de la pena del régimen de adolescentes, con independencia de la aplicación de parte de las reglas del concurso que son propias del régimen de adultos en el nivel de la determinación legal<sup>40</sup>.

Inicialmente y hasta la discusión general llevada a cabo en el Senado el entonces art.20.4 regulaba la materia en forma expresa en base a un modelo similar a aquél que hemos definido como propio (o ideal) de estos sistemas (necesidad de proceder en base a una dinámica unificada de valoración radicada en las instancias de individualización de la pena)<sup>41/42</sup>. En lo relevante de destacar no se propone una regla concursal que se traduzca una mecánica de unificación de penas ("*el conjunto debe dar lugar a una única sanción*") similar a las que se plantean tras la lógica de la absorción o la exasperación, sino mas bien la obligación de desarrollar una única valoración de conjunto que, materialmente, conlleva la prohibición de asociar cada delito a una pena independiente<sup>43/44</sup>.

---

40 Según veremos con detalle más adelante el objetivo concreto de la remisión contenida en el art.21 apunta a que la sanción penal juvenil respete los márgenes de proporcionalidad abstracta (entre delitos) y relativa (respecto de la pena aplicable a un adulto), evitando que las consecuencias del régimen penal de adolescentes presenten un vicio a este respecto. Decantan por ello en el proceso de fijación de un marco de alternativas de sanción, en cuyo análisis o procesamiento aun no se han incorporado las particularidades propias del *caso adolescente*.

41 Lo dicho parece obvio pues dicho sistema ideal -según ya hemos sostenido- se asocia naturalmente tanto a la especialidad del modelo como a la necesidad de superar la idea de que los casos de concurso deben resolverse en base a una aplicación meramente acumulativa de sanciones individualmente determinadas

42 "Para determinar la sanción aplicable a un adolescente por la comisión de más de una infracción, el juez deberá considerar en su conjunto la naturaleza y características de la totalidad de las infracciones cometidas, de acuerdo a lo previsto en los números 1, 2 y 3 del presente artículo (Se trata de parámetros que en lo esencial coinciden con los considerados en las letras a), b) y c) del actual artículo 24, con leves modificaciones). En caso alguno podrá imponerse una sanción separada para cada infracción, debiendo darse aplicación a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales" (HL, p. 470).

43 Esta misma lógica se replica a través del resto de la disposición recién transcrita toda vez que complementa la descripción de la mecánica a seguir con la prohibición de desarrollar asociaciones autónomas entre los delitos concurrentes y las sanciones aplicables, eliminándose con ello la posibilidad de llevar a cabo valoraciones individuales (*sensu contrario*: se exige necesariamente una valoración de conjunto). Se expresa asimismo en la referencia que a continuación se agrega respecto al artículo 164 del COT evitando a través de ella que determinadas razones contingentes lleven a separar el enjuiciamiento de hipótesis que quedan cubiertas por los presupuestos del concurso (generando condenas sucesivas que de forma artificial darían lugar a la mera acumulación material). Se trata de exigir que también se aplique esta *valoración de conjunto* a través de las sentencias sucesivas.

44 Conviene desde ya tener en cuenta que tampoco se prohíbe a través de esta modalidad que se pueda llegar a aplicar

Se trata entonces de una fórmula alternativa a la absorción o a la exasperación, y contraria (del todo) a la mera acumulación, a desarrollarse en el proceso de individualización de la pena adolescente. Su rechazo en el Senado se motivó, concretamente, en la aprobación del sistema de penas que en definitiva resulta promulgado y cuyo debate se muestra en la Historia de la Ley en torno a las normas iniciales del proyecto en tramitación. De ahí se infiere, concretamente, que es éste modelo el que ya incluye un tratamiento del concurso<sup>45</sup> en cuanto es a partir de su aprobación que se consideró innecesaria la propuesta en comentario. Si bien ello no implica de forma necesaria que se haya mantenido el contenido de dicha propuesta, es el curso posterior del debate el que permite confirmarlo. En efecto, acto seguido la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado fue objeto de una serie de intervenciones críticas provenientes de la sociedad civil y que, entre otras ideas, decantaron en una fuerte insistencia para reponer textos, temas u orientaciones que fueron rechazadas en una primera instancia, incluyendo entre ellas precisamente la supresión de las reglas de concurso. Dichas insistencias recibieron un ordenado canal de comunicación con los legisladores a través de la conformación de una instancia denominada “Grupo de Trabajo” que (en lo que nos interesa ahora) “formuló un conjunto de proposiciones en relación al nuevo párrafo 5° que se acordó incorporar”<sup>46</sup> incluyendo en ello la necesidad de “agregar un nuevo artículo referido al concurso de delitos, para (...) evitar que en estos casos simplemente se sumen penas”<sup>47</sup>. El artículo propuesto por dicho Grupo<sup>48</sup> planteaba la necesidad de hacer una referencia expresa a la fórmula utilizada en el régimen de adultos que concreta y formalmente pasaba a quedar incluida dentro de la fase de individualización de la pena, toda vez que regulaba efectos a partir de una pena ya afinada que previamente ha pasado por la aplicación del art.21 (esto es, que ya había recibido los efectos que desde el CP de adultos producen los arts. 75 del CP y 351 del CPP en dicho momento del *iter* de la determinación)<sup>49</sup>. Este antecedente es

---

una multiplicidad de sanciones respecto a un mismo delito o a un conjunto de ellos. Es más, el mismo texto ya contenía a esas alturas reglas puntuales dirigidas a regular dicha facultad, previstas en términos considerablemente más acotados a los contenidos en la regulación actualmente vigente. A partir de ello es claro que en ningún momento del *iter* legislativo se previó un sistema que lleve de forma necesaria a la unificación del régimen de sanción (sólo de la valoración) efecto que equívocamente suele ser asociado (casi inconscientemente) a las reglas concursales.

45 HL pp. 675 y ss.

46 HL 642

47 HL, p. 643

48 HL, pp. 675-6

49 “Artículo 25 bis.- Concurso. El concurso de delitos se registrá por lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal, debiendo, en todo, darse aplicación a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales. Para la aplicación de estas reglas se tendrá en consideración la sanción concreta que hubiere correspondido imponerse separadamente por cada delito”. (HL, pp. 675-6)

precisamente el que permite confirmar que el fundamento expresado en el rechazo de estas modificaciones no se refiere al hecho de que se trate de reglas o de una materia que se considere incluida a través este reenvío (el que propone el art.21) sino mas bien que corresponde a una temática (concurso de delitos) normada directamente en el cuerpo del modelo y que radica su centro en el proceso de individualización. En concreto ello implica dos cosas: primero, que la potencial aplicación de las reglas concursales previstas en el régimen de adultos a partir de lo dispuesto en el art.21 no da cuenta de una regulación del concurso de delitos en el sistema penal de adolescentes; y segundo, lo antes señalado, esto es, que dicho sistema se encuentra incorporado (esa es la razón para el rechazo de una norma expresa) en el resto de las disposiciones relativas a la determinación de la pena, particularmente, en las fases descritas a partir de la aplicación del art.24.

Lo dicho permite sostener, que la tarea del intérprete y aplicador del derecho no se traduce necesariamente en este caso en determinar reglas formales o expresas aplicables a cada hipótesis concursal (pues de hecho ya sabemos que no hay) sino mas bien en identificar un mecanismo que incorpore el tratamiento de estos casos dentro de la dinámica general de funcionamiento del modelo.

Las alternativas posibles de sostener a este respecto parecen ser tres. La primera, entender que el concurso se rige por las reglas generales previstas en el CP *de adultos* y que reclamarían aplicación a partir de la regla de subsidiariedad prevista en el art.1 de la Ley 20.084; La segunda es entender que el concurso de delitos se regula por el efecto que estas mismas reglas producen en el proceso de determinación de la pena previsto en la ley 20.084 a propósito del contenido del art.21; La tercera, finalmente es asumir que las valoraciones que conlleva el concurso de delitos deben ser apreciadas dentro del mismo proceso de individualización de la pena previsto en la ley, siendo posible a partir de éste generar un efecto de exasperación, de absorción o llegar incluso a la aplicación de penas copulativas (de entre los casos expresamente regulados en la ley).

Conviene desde ya destacar que a nadie parece extrañarle la posibilidad de que valoremos abiertamente las circunstancias modificatorias de responsabilidad a propósito de lo dispuesto e el art.24 letra c), a pesar de que en el sistema del CP su ponderación se realiza a través de reglas tasadas (arts. 65 a 68 bis. del CP). Consecuentemente tampoco debiese extrañar que las reglas tasadas previstas para los casos de concurso sean ponderadas en forma abierta por el sentenciador en el régimen de adolescentes.

Vayamos a analizar las particularidades que cada una de estas alternativas plantea.

## 2. Primera solución posible: supletoriedad de las reglas del CP a través del art.1º

La primera opción posible de construir, consistiría en entender que la falta de normas precisas se traduce en que el concurso de delitos debe formar parte de las materias que en virtud del inciso segundo del art.1º pasan a ser reguladas conforme a la ley penal general, recibiendo aplicación por ello las reglas generales que asumimos conocidas por todos. Vale la pena recordar al lector, que la legislación penal general (prevista para adultos) constituye una fuente supletoria de las normas contenidas en la Ley 20.084, recibiendo aplicación en todas aquellas materias que no se encuentren previstas en su texto de forma particular.

Precisamente teniendo en cuenta este elemento, esto es el carácter subsidiario de dicha remisión, es que debemos casi de plano asumir que se trata de una alternativa de interpretación que debe ser descartada. Y no sólo porque, como acabamos de fundamentar, los legisladores asumieron la opción de no incluir normas expresas a partir del convencimiento de que se trataba de una materia que sí estaba regulada en el modelo. Hay que tener en cuenta además que las normas sobre concurso de delitos que contiene la ley penal general forman parte, en su amplia mayoría, del proceso de determinación de la pena, que específicamente cuenta con una regulación concreta, completa e integral, en la Ley 20.084 (Párrafo V del Título Primero). Las demás normas que suelen ser consideradas a propósito del concurso (particularmente el art.74 del CP) constituyen materialmente reglas de ordenación de la ejecución de la pena, dirigidas en específico a describir la forma y secuencia que deberá seguirse a la hora de disponer la ejecución de un conjunto acumulativo de sanciones<sup>50</sup>, materia que igualmente goza de una particular descripción en la *ley penal juvenil*.

A partir de dichas constataciones resulta indiscutible que se trata de disposiciones que, al menos a estos efectos<sup>51</sup>, han sido excluidas de toda consideración por parte del legislador a partir de la regla de subsidiariedad<sup>52</sup>. Veámoslo paso a paso con mayor detalle, diferenciando

50 Hay que considerar al respecto que no todas las reglas concursales disponen de un procedimiento unificado de sanción, previéndose la imposición acumulativa en todos los casos regidos por el contenido del artículo 74 en cuestión. Sin embargo no parece que incluso en el modelo establecido en el CP se considere a dicha disposición como regla concursal, esto es, como regla valorativa de fijación de pena que incida por ello en el proceso de determinación de la misma. En concreto, esta disposición no contiene una regla de determinación de la pena sino una disposición orientada a normar la forma de ejecución que deben darse a los casos en que las reglas generales obliguen a un condenado a cumplir más de una sanción en un mismo contexto temporal. Ello explica por qué es el único caso de aquellos que ahora ocupan nuestra atención en que se regulan sus efectos a partir de un presupuesto que opera con posterioridad a la finalización del proceso de individualización de todas y cada una de las sanciones procedentes (su aplicación requiere penas completamente afinadas). Baste ver su contenido para apreciar cómo los diversos casos en que se coloca el legislador al redactarla tienen que ver con órdenes secuenciados o alternados de cumplimiento, a partir del supuesto de concurrencia de multiplicidad de condenas coetáneas.

51 Veremos en breve que tienen una incidencia concreta en el proceso de determinación de la pena previsto en la ley 20.084, donde cumplen una función del todo diversa, asociada a la proporcionalidad.

52 Conviene asimismo tener presente a este respecto que las reglas del CP tampoco reclaman aplicación directa a través

en el tratamiento aquellas que se remiten al ámbito de la determinación de la pena de las que afectan la fase de ejecución.

### **2.1. Arts. 75 del CP y 351 del CPP**

Lo primero a tener en cuenta, es que la mayoría de las reglas que rigen la solución del concurso de delitos en la ley penal general disponen efectos cuya aplicación se encuentra prevista dentro de la mecánica de determinación de la pena, acorde a lo que entendemos que debiera ser su naturaleza en la actualidad. Se confirma por el hecho de que en todos los casos se opera en base a fórmulas de cálculo que inciden sobre *grados de penalidad*, mecánica que indiscutiblemente se inserta en dicho proceso.

Lo relevante –según anticipamos– es que esta materia se encuentra expresamente reglada en la Ley 20.084, a partir de lo dispuesto en el párrafo 5° del título I de la Ley 20.084 (que comprende los artículos 20 a 26). Se trata de uno de los pocos ámbitos respecto de los cuales el *legislador penal juvenil* ha tomado opciones político criminales concretas y particulares, diversas a las contenidas en las reglas generales, dando con ello sentido a la parte pasiva de la regla de subsidiariedad. Forzoso es concluir entonces que las reglas generales no operan en este ámbito.

Ahora bien, a pesar de lo señalado hay dos supuestos hipotéticos que permitirían controvertir esta sencilla y clara afirmación. Se trata en primer lugar de asumir que éstas formulas recibirían aplicación a partir de la remisión que la ley realiza en su art.21 a un conjunto de reglas relativas a la determinación de la pena que se encuentran previstas en el CP y que precisamente incluyen a las que ahora ocupan nuestra atención, confirmando con ello que son las reglas generales del CP las que determinan las consecuencias del concurso. En segundo lugar –y sobre bases completamente diversas– se podría sostener que el hecho de que el concurso se regule en base a fórmulas de determinación de pena no lleva a concluir que se trate de un ámbito necesariamente contenido en dicha materia, conservando su individualidad a pesar de que sus efectos y formas de aplicación tengan lugar en dichas instancias. A partir de ello se trataría efectivamente de un ámbito no reglado que lleva consecuentemente a la regla de subsidiariedad y, a través de ella, al CP. Veamos ambas opciones por separado.

Sobre la primera, basta constatar que la Ley 20.084 se ve obligada a realizar un reenvío a dichas normas para confirmar que, en principio, se entienden excluidas de toda consideración.

---

de sus propios presupuestos, toda vez que el art.10 N° 2 excluye formalmente su aplicación, prevista sólo para la responsabilidad penal de adultos.

Dicho en otros términos: sin el art.21 es claro que no tienen aplicación alguna. Se trata por ello de un elemento de juicio que permite confirmar todo lo antes señalado y, en concreto, el que no resultan abarcadas por la regla de subsidiariedad.

Cuestión distinta es entender que el legislador ha querido, concretamente, regular el concurso a través de dicha remisión, buscando a través de este mecanismo (algo confuso si ese fuera el objetivo) que se apliquen las normas previstas en el CP de adultos, entendiendo por ejemplo que es en este lugar donde el concurso se encontraría tratado en el modelo. Es, en los hechos, una alternativa de interpretación diversa, que supone explicar cómo se insertan los efectos penológicos correspondientes en el lugar donde han sido ubicados por el legislador, esto es, concretamente, en la fase de determinación legal de la pena adolescente (p. ej. como operan las reglas que toman como base una condena afinada, etc.). Por ello, y en cuanto constituye una fórmula autónoma, nos dedicaremos a ella en el apartado siguiente.

La segunda observación crítica (concurso de delitos v/s determinación de la pena) se basa en advertir que la incorporación de las reglas de concurso en el ámbito de la determinación de la pena no lleva necesariamente a concluir que se trate de materias análogas a pesar de que sus consecuencias se expresen en base a fórmulas que tienen incidencia en dicho proceso. Con ello, resultaría discutible el que se encuentren excluidas de la regla de subsidiariedad a partir de la sola constatación de que la determinación de la pena goza de una regulación integral de carácter especial en la Ley 20.084.

Aceptando que se trata de una cuestión atendible a nivel conceptual, es igualmente posible sostener que dicha diferencia no lleva a la conclusión señalada. Primero pues a partir de ello no se alteran los caracteres que ha adquirido el tipo de valoración que se propone a través de la identificación de esta materia como ámbito autónomo, ni tampoco –y esto es lo segundo– se modifica por ello el lugar donde estas reglas (concursoales) cobran sentido (donde producen sus efectos). En efecto, ya hemos apuntado cómo el desarrollo histórico del concurso ha hecho que el centro de dicha institución pase a ubicarse en torno a una mecánica unificada de valoración y cómo este elemento ha hecho que dicha materia se desplace desde el ámbito de la ejecución (sobre penas ya determinadas) al propio proceso de determinación de la pena. A partir de estas constataciones se aprecia una convergencia del concurso en el ámbito de la determinación de la pena que hace difícil sostener que las referencias a sus reglas penológicas no se encuentren incluidas en cualquier tipo de remisión que se dirija a dicho proceso

(determinación de la pena) en el plano material. En concreto, no resulta posible hoy en día hablar de concurso de delitos (al menos en términos propios) sin que nos preguntemos por una fórmula penológica que sea propia del ámbito de la precisión de la sanción aplicable.

Por otro lado, y a partir de esta misma relación de identidad, se puede concluir la virtual imposibilidad de insertar las normas en comento (art.74 del CP y 351 del CPP) en el proceso de individualización de la pena previsto en la Ley 20.084, toda vez que se trata de reglas que operan en base a efectos que inciden sobre grados de penalidad mecánica que es propia de las fórmulas de cálculo del régimen de adultos y que resulta del todo ajena a los caracteres que describen al proceso de valoración que caracteriza la determinación de la pena en la Ley 20.084 (esto es, la individualización, que opera a partir de lo dispuesto en los arts. 23 y 24, sustancialmente).

Finalmente, parece claro sostener que si efectivamente las reglas de concurso constituyeren un ámbito realmente independiente al cual el legislador hubiere querido recurrir, debiera haber previsto expresamente una forma de aplicación que permitiera compatibilizar las mecánicas individualizadoras que propone cada ámbito, siendo en este caso el silencio del legislador un antecedente contundente para el rechazo de esta línea interpretativa.

## **2.2. Art.74 del CP**

Corresponde ahora hacernos cargo de la exclusión del ámbito de la subsidiariedad de la regla prevista en el art.74 del CP motivada, en nuestro concepto, por el hecho que también constituye una norma que igualmente se inserta en una materia o temática reglada en la Ley 20.084 cuál es la regulación de las modalidades de ejecución de la pena.

Conviene recordar que resulta muy discutible que el artículo 74 del CP resulte aplicable a partir de la remisión que realiza el art.21 de la ley (obligando con ello a seguir dos o más procesos paralelos de determinación de pena, en concreto, uno para cada uno de los delitos concurrentes en el proceso). De ser así, se trataría de un caso que contaría con una base legal de respaldo en la propia Ley 20.084 que no requiere de la regla de subsidiariedad por contar con una remisión expresa (positiva) que sostiene su aplicación. Sostener esta tesis supondría un presupuesto incompatible con el tenor de la ley pues la disposición citada exige, copulativamente, que se trate de normas contenidas 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)"* y que se trate de reglas referidas a la determinación de la



pena (“para establecer la *duración de la sanción que deba imponerse*”) carácter, este último, del que carece la disposición que comentamos (pues opera sobre sanciones ya afinadas). Tampoco se puede sostener que esta norma (art.74) opera a través de dicho artículo (21) como regla de ejecución de pena, pues este carácter estaría siendo negado por el sólo hecho de que su aplicación en dicho lugar produciría efectos dentro del proceso de determinación de la pena (sobre sanciones que aún no han sido afinadas), y ya hemos visto que al respecto nada dice esta disposición. Finalmente, reconocemos que también podría argumentarse que la propia dinámica de determinación de la pena se puede desarrollar en estos casos a partir de procesos paralelos y autónomos, tantos como delitos concurren, caso que según veremos queda fuera del marco de la legalidad formal, constituyendo una interpretación –sistemáticamente- incompatible con algunas normas expresas (en concreto con los arts. 20 y 24) que parecen tener más peso a la hora de valorar e inferir la voluntad del legislador.

Lo primero a tener en claro, es que se trata efectivamente de una disposición que opera en este último ámbito (la ejecución) pues se puede apreciar, fácilmente, cómo con esta disposición el legislador sólo busca ordenar la forma y secuencia que deberá seguir el cumplimiento de las penas en caso que se deba imponer más de una. Lo confirma el hecho que opera en base a sanciones que ya han sido totalmente determinadas conforme a las reglas generales.

Lo segundo que debemos considerar, es que esta cuestión se encuentra expresamente reglada en cada una de las hipótesis en que la Ley 20.084 prevé una duplicidad de consecuencias (en concreto arts. 19 y 24), a partir de lo cual es evidente que debe excluirse dicho ámbito de la aplicación de la regla de subsidiariedad. Esta conclusión se apoya además en los contenidos más esenciales (y restrictivos) de la *legalidad penal*, pues no parece posible sostener que en el sistema o modelo se haya previsto la aplicación copulativa de sanciones en casos diversos a los reglados (legalidad de la pena o de las consecuencias), cuestión que evidentemente amerita un mayor detenimiento.

Quien pretenda sostener dicha posibilidad debiera asimismo asumir que sólo están regladas la formas o modalidades de ejecución de sanciones copulativas en aquellos casos en que el legislador lo ha previsto expresamente, con lo cual no se trataría de un *ámbito* reglado sino solo de una cuestión prevista para determinados *casos puntuales* que son los únicos que gozarían de un reglamentación ad-hoc. Bajo dicho supuesto si existiría un *vacío de ley* en las demás hipótesis de aplicación copulativa, esto es, aquellas que sean diversas a las que han sido expresamente consideradas por el legislador, que es donde entraría a operar la fórmula prevista

en el art.74 del CP. Ello supone, como presupuesto, aceptar la posibilidad de que se planteen duplicidades de pena de diversa configuración en el modelo de la Ley 20.084, como también asumir que la regla de supletoriedad puede operar en forma casuística y no por materias.

Vamos cada una de estas cuestiones por separado.

### **2.3. a) Sanciones copulativas**

Hay que considerar en primer lugar que la Ley 20.084 contiene un total de cuatro reglas que permiten que el juez llegue a imponer más de una sanción (sanciones *múltiples* o *conjuntas*) en una misma y única condena (sentencia), evidenciando, en conjunto, una serie de elementos comunes que vale la pena destacar<sup>53</sup>.

El primero (que se puede confirmar de una simple lectura de los respectivos presupuestos de cada disposición) es que ninguna de ellas discrimina sus efectos en atención a la cantidad de delitos que en cada caso deban ser enjuiciados. Esto quiere decir que nada en ellas obliga a darles aplicación o a negarla (cumplidas sus exigencias, evidentemente) por el hecho de que se trate del juzgamiento de un único delito o si, por el contrario, el juez se enfrenta a un conjunto de dos o más delitos. En efecto, nada hay en dichas disposiciones (conforme a su tenor literal) que impida al juez imponer una reacción compuesta para un único delito, si la gravedad que lo caracteriza u otros caracteres relevantes (y necesarios de considerar) así lo aconsejen.

Esta constatación permite anticipar la hipótesis, de que el legislador no ha dispuesto un modelo que proponga una correspondencia entre la cantidad de los delitos enjuiciados y el número de las sanciones posibles de imponer, lo que constituiría una decisión político-criminal<sup>54</sup>.

Si así fuere esta misma base o criterio (reitero, de orden político criminal), también permitiría sostener que el legislador no se opone en modo alguno a que un conjunto de ilícitos puedan llegar a ser sancionado con una única respuesta punitiva, opción que incluso resulta avalada por su perfecta correspondencia con la tendencia penológica del concurso de delitos y que, por lo demás, se encuentra incluso recogida en nuestro CP a partir de fórmulas de absorción o exasperación de pena<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Tres de ellas se encuentran regladas en el art.19 (que de hecho es el único previsto en el título denominado sanciones mixtas) y la otra en el art.25.

<sup>54</sup> En contra BUSTOS RAMIREZ (p. 69) por razones asociadas a proporcionalidad. Al formular la objeción el autor incluye fórmulas interpretativas que en su concepto apuntan a salvar el problema.

<sup>55</sup> El argumento es el siguiente: si esta posibilidad está prevista para los adultos con mayor razón debiera estar considerada

En efecto, ello en modo alguno implica desvincularlas del concurso pues ya hemos visto que en dicho ámbito tampoco se da esta correspondencia.

Un segundo elemento común a destacar, es que en todos los casos se plantea operar en base a una dinámica unificada de valoración, constituyendo un único acto judicial el que lleva a cualquiera de las opciones posibles de asumir en cada caso. Lo relevante es que el referente de fines y criterios para adoptar cualquiera de las decisiones posibles está fijado en el mismo marco de objetivos que rigen la individualización, esto es, en el contenido del art.20 y en el que propone el art.24.

A los efectos del concurso es evidente que detenta una especial relevancia la consideración que puede brindarse al factor mencionado en la letra a) del art.24 (la gravedad del ilícito)<sup>56</sup> toda vez que permite valorar concretamente las distinciones que propone el enjuiciamiento de más de una hipótesis delictiva (concurso) y el particular sentido que en dicho caso plantea en términos objetivos la reiteración. Lo relevante es que esto confirma que la valoración del concurso (de lo que éste significa para la determinación de la pena) se da en la fase de individualización.

En efecto, en el caso de las llamadas sanciones mixtas (art.19) el legislador no menciona criterios particulares, debiendo por ello su aplicación acomodarse a las reglas generales de determinación de la pena (propias de la Ley 20.084). Por su parte, en el caso del art.25 el legislador se encargó expresamente de incardinar las opciones que propone con el objetivo de alcanzar un *mejor cumplimiento* de estas mismas finalidades (las señaladas en el art.20).

Un tercer elemento a destacar dice relación con que en todos los casos mencionados, la regulación propuesta busca mantener el conjunto de sanciones aplicables dentro de los marcos de gravedad máximos que son permitidos por las reglas generales, dando fuerza con ello a su carácter absoluto (constituyen el límite superior de lo que se ha definido como tolerable). En efecto, la duplicidad (o multiplicidad) siempre se traduce en un ajuste que impida llegar a superar dichos extremos, sea por la vía de su aplicación sucesiva condicional (art.19 inc. final letra b)), por la vía de sostener la posibilidad de ejecución simultánea (art.25) o en base a secuencias en las que se obliga a modificar el máximo individual de cada sanción, de forma que el total no supere el extremo fijado por el legislador (art.19 inc.1 y 2 letra a)).

---

tratándose del juzgamiento de un adolescente.

56 Lo dicho se aplica incluso el primer tramo del art.23, donde ya hemos visto que la aplicación de la fórmula conjunta se traduce en una disminución de la gravedad de la condena.

En este contexto no parece viable sostener que el legislador se haya ocupado de reglamentar sólo algunas de las hipótesis de reacción compuesta que está dispuesto a administrar o tolerar, debiendo cerrarse la puerta a la posibilidad de imponer sanciones compuestas en casos que carecen de regulación formal o expresa. Ello quiere decir que los arts. 19 y 24 tienen una clara vocación de aplicación general, esto es, que sus efectos reclaman consideración en todos y cualquiera de los casos en que se disponga una duplicidad sancionatoria. En efecto, una cosa es que en ninguno de dichos casos se obligue a imponer una consecuencia sancionatoria compuesta y otra muy distinta es que se pueda recurrir a fórmulas compuestas diversas, no reguladas en la ley en términos expresos, cuestión que, además, no parece posible de tolerar conforme a las exigencias de la legalidad.

Se trataría en efecto de penas (conjuntos de ellas) no previstas con el rigor formal que exige el Derecho penal (en nuestro caso a través del art.19 N° 3 de la CPR), que en abstracto podrían perfectamente llegar a superar los márgenes que han sido definidos como máximos y posibles de tolerar y que, según hemos visto, resultan difícilmente compatibles con parte de las normas esenciales del modelo, particularmente aquellas que definen los fines y criterios que han de regir la fijación definitiva de la reacción penal (proceso concebido, por lo mismo, como un solo conjunto).

Avala además esta tesis, la sola estructura formal que plantea la ley para expresar sus contenidos y, particularmente, el que la literalidad de la regulación que prevé estas disposiciones (*sanciones mixtas e imposición conjunta de más de una pena*) evoca claramente la idea de taxatividad.

Ahora bien, podría sostenerse que el sistema aceptaría o toleraría una duplicidad de reacciones en casos diversos. Ello sucedería, por ejemplo, si asumimos que la concurrencia de una multiplicidad de ilícitos que no queda cubierta en los presupuestos de los arts. 75 del CP o 351 del CPP lleva a la realización paralela de tantos procesos de determinación de pena como delitos concurren, debiendo finalmente el juez acordar la forma en que deberán ser ejecutadas dichas condenas autónomas e independientes. Entendemos que esta opción no puede ser tolerada.

Se trata evidentemente de una cuestión estrechamente asociada a la aplicación del art.74 del CP pues es evidente que se opera en base a la mecánica concursal de base que se propone tras su existencia. Con ello la falta de consideración de esta disposición a los efectos indicados (en tanto no opera en el art.21) no parece que altere en modo alguno el

efecto que corresponde aplicar a los casos que debiese regular en términos materiales, pues de todas formas la ausencia de una mecánica unificadora (que acontece con y sin esta disposición) se traduce en la necesidad de proceder a realizar un cálculo individual de los rangos de penalidad aplicables respecto de cada delito<sup>57</sup>.

Lo primero a tener en cuenta es que no resulta compatible con el criterio de base que, según acabamos de afirmar, concurre en el modelo descrito por el legislador, a saber, el que en este ámbito no existe de forma necesaria una correspondencia entre cantidades de delitos y de consecuencias. En efecto de aceptarse dicha tesis, el juez quedaría privado de la opción de unificar la condena (absorber, exasperar, etc.) pues en la aproximación propuesta queda implícito el que estaría obligado a imponer tantas penas como delitos concurren (debiendo llevar adelante un proceso de determinación para cada delito)<sup>58</sup>.

En segundo lugar, pues esta misma constatación evidencia que también se le priva de la opción de unificar la valoración, lo que resulta igualmente incompatible con el modelo de determinación de la pena que ha sido reglamentado en la Ley 20.084 y por ello ilegal. Particularmente no podría en dichos casos cumplirse con lo dispuesto en los arts. 20 ni 24 toda vez que resultaría imposible respetar la consagración de un conjunto único de parámetros de referencia que guíen las consecuencias a imponer y con un conjunto único y preciso de criterios que deben orientar dicha decisión (previstas, respectivamente, en cada una de las disposiciones citadas).

---

57 Esta es precisamente la *regla general* (más bien básica) del concurso de delitos en nuestro ordenamiento penal de adultos. Se trata de una mecánica que propone una regulación independiente o autónoma de la pena aplicable a cada una de los comportamientos enjuiciados, que decanta o se traduce en la necesidad de prever una disposición que norme o regule la ejecución. Es solo a estos efectos que entra a operar el art.74 del CP y que por comodidad (a falta de regla expresa propiamente concursal) todos citamos como referente para describir la regla. Por ello es claro que la idea de la acumulación material no se traduce en una fórmula unificada, ni de sanción, ni de valoración, tendiente por ejemplo a configurar en una sola respuesta de carácter global el conjunto de las penas impuestas, *encontrándose la regla concursal propiamente tal inmersa en la generalidad del modelo*. No en vano la nomenclatura de estilo utilizada a este respecto define dicha disposición como una regla de acumulación *material* y no de acumulación *jurídica* de penas. Lo confirma, por ejemplo, por el hecho que la potencial aplicación de las medidas alternativas previstas en la ley 18.216 debe llevarse a cabo respecto de cada condena individualmente considerada, a efectos de verificar si se cumplen las exigencias de penalidad máxima establecida para detonar su procedencia. Es decir, se estima aplicable la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por alguna de las modalidades contempladas en dicha ley con total independencia que la sumatoria total de las condenas exceda los límites que habilitan a ello, siendo claro que tras la acumulación no está la decisión de tratamiento legislativo del concurso. Lo más relevante para nosotros en este lugar es que esta constatación pone en evidencia que el concurso de delitos puede perfectamente encontrarse reglado en el funcionamiento general del modelo, sin que se trate de una materia que exija necesariamente un reflejo en normas especiales.

58 En concreto, no podría obviar uno o algunos de los cursos o procesos de determinación de pena de forma tal de llegar a imponer una menor cantidad de sanciones a las que debieran proceder acorde a la cantidad de ilícitos.

En efecto, el conjunto de sanciones que se proponga no podría en dichos casos dar una respuesta satisfactoria respecto al cumplimiento de los objetivos y criterios que imperativamente propone el modelo, en cuanto cada individualidad habrá procurado adaptarse a dicho objetivo en forma aislada y autónoma, careciendo de una perspectiva de conjunto.

Finalmente, se puede argumentar a favor de la tesis que objetamos que el proceso de apreciación conjunta o unificada de los objetivos legales se realiza igualmente por parte del sentenciador en un plano material (en la realidad concreta), sea de forma consciente o inconsciente, con lo cual la resolución final no es en realidad la consecuencia de una dinámica de valoración realmente dissociada respecto de cada delito. No obstante dicha apreciación no hace sino avalar el que la unificación es la opción más razonable, sin siquiera mencionar que cuenta con una mejor adaptación al texto de la ley.

Hay que considerar en todo ello, que el legislador ha establecido formalmente y de manera expresa una mecánica unificada de valoración (es ley positiva) siendo del todo disfuncional a dicha *decisión* legislativa la sola idea de que algunas de las normas previstas (expresa o implícitamente en el modelo) se pudieran mostrar incompatibles con ella, considerando además que se trata de una instancia básica y central en el modelo.

La aplicación de la mecánica que subyace al art.74 del CP constituiría entonces una alternativa de interpretación que carece de congruencia en el plano sistemático en el derecho penal de adolescentes.

### **2.3 b) Subsidiariedad temática o casuística**

Ahora bien. No es posible en abstracto asumir que el régimen de subsidiariedad establecido en la ley 20.084 respecto al CP se oriente a partir de ámbitos completos o globales de tratamiento aceptándose las delegaciones parciales a sus contenidos.

Para arribar a dicha conclusión basta advertir que son escasos los ámbitos en que la Ley 20.084 se ocupa de forma integral de asumir regulaciones paralelas, autónomas o independientes. En consecuencia, es indiscutible que en los demás ámbitos prima la subsidiariedad casuística, que conlleva en lo esencial respetar el marco básico regulatorio previsto en las reglas generales con excepción de las normas puntuales que específicamente prevea el legislador en el *régimen especial*.

No obstante en las únicas materias donde se puede sostener de forma indiscutible que se introduce una delegación global a un ámbito determinado (no casuístico), es en todo aquello que diga relación con la teoría de la pena en el régimen penal de adolescentes, lo que abarca su definición, determinación y ejecución. Ello no debiese resultar extraño pues se trata precisamente de una de las diferencias esenciales que permiten distinguir este modelo a partir de lo que ha sido definido indiscutiblemente como parte de su especialidad.

Con ello, la determinación de la pena y las modalidades que caractericen su ejecución forman parte de ámbitos que se encuentran expresa y especialmente regulados en la Ley 20.084, quedando por ello al margen de las reglas de subsidiariedad.

Lo dicho se reafirma además en este caso en particular, por cuanto hemos ya sostenido que el contenido regulado en el art.74 se encuentra específicamente tratado en los casos en que la ley 20.084 prevé la posibilidad de imponer más de una consecuencia sancionatoria, sin que sea admisible entender que existen otras posibilidad de ejecución copulativa de sanciones. Conforme a esta hipótesis, ni siquiera sería sustentable en estos casos la aplicación parcial o casuística de la regla de subsidiariedad, pues se trata de un ámbito completamente reglado en la Ley 20.084.

### **3. Segunda solución. El efecto se prevé dentro de la mecánica de determinación legal de la Ley 20.084**

Una segunda opción, también lleva a entender que el legislador ha pretendido que las reglas de determinación de la pena del régimen de adultos son las que resuelven los casos de concurso en la responsabilidad penal de adolescentes, esta vez, a partir de la remisión que contiene el artículo 21. Es decir, que debemos interpretar que el rechazo a incluir normas expresas se funda en que éstas estarían ya incluidas a través del efecto que ellas producen en el marco penal de base que propone el art.21 para dar inicio a la determinación de la pena de adolescentes.

Se trata nuevamente a nuestro juicio de una aproximación que carece de sustento y que en parte comparte las mismas razones o bases críticas que ya hemos expuesto.

#### **3.1 Función del art.21: base para la regla de conversión**

Antes de entrar al análisis particular parece aconsejable, a efectos de destacar el sentido y la función que cumple, proceder a caracterizar la remisión del art.21, disposición que no establece una *remisión* a determinado articulado del CP sino un *reenvío*. Esta disposición se remite a la normativa general sobre determinación de la pena prevista en el CP a partir de un

modelo de determinación de pena especial, de aplicación preferente a las reglas generales (reguladas en el CP) y que es previsto en la Ley 20.084 como característico y propio para el conflicto penal adolescente<sup>59</sup>.

Queda claro que a este respecto el primer mensaje que emite el legislador es que se ha excluido totalmente el CP de adultos, lo que además resulta particularmente razonable en este ámbito pues operamos en base a penas que en su naturaleza y extensión son completamente distintas a las previstas en la ley penal general. Mal podría aplicarse un modelo de determinación que no tuviese en cuenta dichas diferencias fundamentales.

Bajo esta óptica hay que concluir que si el CP recibe aplicación en este caso es precisamente porque el sistema especial de determinación de la pena así lo ha requerido, lo que en modo alguno puede significar que se ha pretendido con ello regir la fijación de pena del adolescente por el modelo de los adultos, aunque sea parcialmente. Y es que ésta es la única conclusión que no resulta sustentable conforme al texto, pues es indiscutible que el legislador formalmente decidió no considerarlas.

Cómo puede entonces explicarse que el legislador haya dispuesto un modelo especial de determinación de penas que excluye globalmente al CP general y que luego este mismo modelo se remita a parte (y a buena parte) de las normas previstas para dicha materia en el mismo cuerpo de su regulación. Frente a ello sólo resulta sustentable una explicación que asuma que dichas normas cumplen un papel distinto en ambas sedes, esto es, en el régimen de adultos (donde concentran buena parte de la determinación y de la individualización de la pena) y en el régimen de adolescentes (donde, según veremos, cumplen un papel fundamental asociado a proporcionalidad). Lo contrario plantea el absurdo de sostener que dichas normas han sido primero eliminadas -sobre lo que no hay duda- para luego volver a considerarlas. La única respuesta razonable es por ello entender que con la remisión se persigue un objetivo diverso.

De ser así (como sostenemos) la aplicación conforme al art.21 de determinadas reglas concursales (entre las que rigen la determinación de la pena) que son propias del régimen de adultos a un caso que comprometa la responsabilidad penal de un adolescente cumple un papel diverso al que se les encomienda *en cuanto reglas de concurso* (esto es, el fijar las consecuencias penológicas de la conjunción de delitos) en cuyo caso su

---

59 Recordemos que este es uno de los pocos ámbitos (junto con el sistema de penas) en que el legislador optó por regular autónomamente un modelo completamente especial, conformándose en el resto de las materias, a partir de la subsidiariedad, con proponer normas específicas (no un modelo o sub-sistema) en aquellos lugares en que entendió razonable establecer una distinción.



aplicación en dicha instancia dejaría aun pendiente la interrogante acerca de cuáles son las disposiciones (y en qué etapa del proceso de determinación de la pena) que se encargan de valorar los diversos aspectos que refleja la reiteración, concurrencia múltiple o secuencia de delitos, etc., en una hipótesis concursal. Dicho proceso tendría lugar por ello en el contexto de la individualización.

En concreto (y muy resumidamente), hay que tener en cuenta que la regla del artículo 21 constituye sólo un presupuesto de la determinación de la pena en el régimen de adolescentes. Se trata de una fórmula que forma parte de la determinación legal de la pena en dicho contexto y cuyos objetivos se limitan a asegurar una base de proporcionalidad en la reacción, operando a través de la generación de un mecanismo de conversión que, a partir de la pena de adultos, nos permitirá arribar a un determinado *marco penal de adolescentes*<sup>60</sup>.

La idea central que se persigue a través de este mecanismo es que la gravedad de las consecuencias penales aplicables a un adolescente deben siempre guardar la debida proporción con el delito cometido y con la pena aplicable a un adulto por incurrir en una situación equivalente, función (o más bien, *funciones*) que evidentemente requiere como primer paso proceder a calcular cual es el *quantum* de la pena *generalmente* prevista en el régimen general de adultos. Este es el papel que en concreto cumple el art.21 de la Ley 20.084 (y con ello las normas a las cuales éste se remite) y que se expresa a efectos del modelo de adolescentes en un rango de alternativas de entre las previstas en el art.23. Este es el efecto concreto esperado de su aplicación.

En efecto, el sentido de las reglas contenidas en los arts. 21 y 23 no es sino llegar a determinar un marco penal (conjunto de alternativas de sanción) que sea aplicable a cada infracción juvenil, previéndose en la ley cinco tramos o grupos de sanciones a estos efectos (art.23). Estos cinco grupos equivalen a cinco estadios o niveles en la calificación de gravedad de los comportamientos y su función es la de sustituir a los marcos penales previstos en la ley penal general para cada delito<sup>61</sup>.

Si bien es evidente que para el legislador resulta complejo definir una fórmula para asociar cada uno de esos marcos (cinco en total) a los diversos delitos sobre los cuales se hará

---

60 Se puede apreciar como dicho criterio es el que origina los acuerdos sobre el modelo en a Historia de la ley (HL, pp. 633 y ss., especialmente 634, 637, 639).

61 HL, pp. 639 y 641.

efectiva la responsabilidad, las opciones no parecen ser muy variadas<sup>62</sup>. Debe resolverse inicialmente si procederá a valorar los comportamientos en forma autónoma o si, por el contrario, se inclinará por adoptar las valoraciones ya plasmadas en la ley penal general, siendo claro que, en todos los casos, deberá expresar una determinada forma de valorar la gravedad de los comportamientos.

Así por ejemplo es conocido el hecho de que durante la primera parte de la tramitación legislativa se estableció una distinción que separaba sólo dos clases de delitos (los que eran calificados como graves y todos los demás) previéndose en paralelo dos grandes grupos de sanciones posibles de aplicar en forma respectiva, y procediendo el legislador a señalar explícitamente cuales de los diversos delitos ameritarían dicha calificación de gravedad. El texto promulgado renuncia a la idea de mantener esta calificación autónoma o propia de gravedad, prefiriendo en su lugar adoptar el criterio ya establecido a través de la parte especial del derecho penal general, y que se refleja preferentemente en los grados en que se descompone la pena privativa de libertad<sup>63</sup>. A partir de ese supuesto (y más bien de esta opción) el legislador

---

62 Conviene tener presente que el legislador hubiera podido proponer una valoración propia y particular acerca de la gravedad de cada comportamiento delictivo cuando sea cometido por un adolescente, tarea que le habría demandado la elaboración de una especie de parte especial ad-hoc que replicara cada descripción delictiva y la asociara a un respectivo y nuevo marco de sanciones posibles de imponer. Esta opción no solo parece poco práctica e innecesaria, sino además inconveniente, pues implicaría una amplia toma de decisiones legislativas respecto de la sanción de cada uno de los delitos, contraria a la necesidad de fortalecer la valoración de las particularidades del hecho en perjuicio de sus contenidos generales. La ventaja es que permite realizar una valoración concreta de cada comportamiento punible desde la perspectiva de un adolescente, cuestión que hoy en día se demanda desde la doctrina a nivel legislativo, en la interpretación de los tipos penales y en el proceso de individualización de la pena (HERNANDEZ, p. 201 y ss.; MALDONADO, p. 4). La otra opción consiste en regular la existencia de unos pocos marcos penales compuestos cada uno por una amplia gama de alternativas de sanción, alternatividad que debe reflejarse tanto en lo relativo a su naturaleza como a su extensión, camino que es precisamente el seguido por nuestro legislador. A partir de esos marcos debe el legislador proponer una mecánica o fórmula para su asociación a cada uno de los delitos que generen responsabilidad conforme a la ley, existiendo para ello, también, diversas alternativas posibles de implementar.

63 Es evidente que la asociación que supone la fijación de un marco penal da cuenta de una asignación de gravedad. No en vano –y cualquiera sea la perspectiva que se adopte al respecto– suele ser el indicativo o factor a partir del cual se emite el juicio de proporcionalidad. Sobre esta decisión establece o fija, además, una relación que se define en términos comparativos, permitiendo situar a un determinado comportamiento punible en relación con los demás (En este sentido, por ejemplo, se centra la difundida crítica a la relación de protección que se refleja en nuestra legislación entre los valores de la vida y la propiedad, donde la gravedad de las sanciones previstas dan cuenta de una sobrevaloración de este último interés). De más está señalar que estas funciones (ambas) se ven favorecidas en su apreciación por la prioridad que el legislador concede en nuestro entorno cultural al uso de la pena privativa de libertad. Sobre esa base las ponderaciones y comparaciones relativas a proporcionalidad se suelen expresar en dimensiones cuantitativas, esto es, en extensiones o años de privación de libertad. No es por ello aventurado afirmar que los delitos se pueden pesar en un *quantum de encierro*, regla y perspectiva que precisamente sigue en este caso nuestro legislador.

se ve forzado a establecer una fórmula de conversión que permita, con base en la pena de adultos, arribar a un determinado marco penal de adolescentes. Esta función es precisamente la que cumple el art.23 (toma como base una sanción que emana de las fórmulas de determinación de la pena que son propias del CP y la convierte en un marco penal de adolescentes) a partir del cálculo de una pena hipotética o base que emana de la aplicación del art.21.

El objetivo de fondo de esta norma es por ello –según ya advertimos- tributario de la idea de proporcionalidad, asumida en torno a dos perspectivas complementarias. Inicialmente (en términos absolutos) se busca conservar una base de proporcionalidad objetiva entre los diversos delitos que prevé la regulación (p ej., asegurar que el hurto siga siendo menos grave que el robo y que el homicidio), debiendo preverse un conjunto de alternativas de sanción menos rigurosa para el primer caso que para el segundo. Ello se obtiene en este caso por la aplicación (p. ej.) al hurto de un marco penal de adolescentes menos afflictivo que al robo a partir del régimen de aplicación de penas que se proponen en el régimen de adultos (art.21). La misma idea se replica respecto a la necesidad de que la sanción de adolescentes sea siempre representativa de un régimen menos gravoso que el previsto para un adulto por el mismo delito, de donde surge la necesidad de revisar previamente todas las particularidades que pudiere revestir el delito de que se trate conforme a las reglas generales (reenvío del art.21) para, recién sobre esa base, adecuar *a la baja* el margen o baremo de la proporcionalidad (rebaja en *un grado* y art 22) y arribar de esta forma, con una base corregida, a una fórmula de conversión (art 23)<sup>64</sup>.

Por sobre la selección del régimen o marco penal aplicable, acorde a las valoraciones de entidad (importancia social o gravedad) plasmadas a través del CP rige por ello, en propiedad, el proceso de individualización de la pena adolescente en base a un modelo que acertadamente opera a partir de una regla de principios (parámetros o factores), y que constituye el régimen propiamente especial que es connatural al ámbito regulado en la Ley 20.084<sup>65</sup>.

Todo lo dicho apoya la idea de que la remisión que hace la Ley 20.084 a las normas del CP de adultos es algo *excepcional* dentro del modelo<sup>66</sup>. Su papel es entonces secundario, preliminar,

64 Este elemento de juicio permite desechar las objeciones que desde temprano se han formulado al modelo en torno a que la doble consideración de circunstancias puede materializar un bis in idem (HORVITZ, p. 113; DURAN, p. 200 / BUSTOS, pp. 64-5. También lo denuncia la Corte Suprema a través de un acuerdo del Tribunal pleno de 21 de Octubre de 2009 (p. 2).) o que el sistema determina primero la extensión y luego la naturaleza de la pena. En este sentido BUSTOS, pp. 60 y ss.; HORVITZ, pp. 9 y 11 y ss.; MATUS (2009), p. 545; SAN MARTIN, p. 298; y el propio PRIMER INFORME DE LA (denominada COMISION DE EXPERTOS (texto completo en <http://www.paz ciudadana.cl/publs.php?show=CAT&idCat=26>).

65 En el mismo sentido, con modificaciones en la configuración de los casos, MEDINA, p. 9.

66 De esta forma lo original en la propuesta contenida en la Ley 20.084 radica precisamente en el recurso a reglas generales previstas en el régimen de adultos, a pesar de que a primera vista la mayor familiaridad que tenemos con dichas dispo-

habilitante para que opere el verdadero modelo de fijación de penas que es propio de esta Ley y que se regula en base a los siguientes supuestos:

1. La identificación del tramo (*marco penal*) que se corresponde con el rango de penalidades que arrojan las reglas de determinación legal de la pena, de entre aquellos que son previstos en el artículo 23<sup>67</sup>.
2. La aplicación del sistema de individualización de la pena adolescente; que comprende: 1°. La selección de la naturaleza de la pena conforme a los criterios previstos en el artículo 24 (y los demás aplicables); y la definición de la extensión concreta de la sanción aplicable, también conforme a los criterios previstos en el artículo 24; y
3. La potencial aplicación de sanciones copulativas, en los casos y formas previstas en la ley (arts. 19 y 24).

### **3.2 Normas de Concurso de la Ley penal general y art.21**

Ahora bien, en este contexto es bastante difícil entender que la remisión que se hace al art.75 del CP o al art.351 del CPP<sup>68</sup> sea, efectivamente, una referencia que tenga por objeto hacerse cargo del concurso de delitos. Primero, pues su aplicación (según acabamos de ver) no proporciona como consecuencia más que un rango de sanciones dispuestas en una fórmula alternativa -esto es, a riesgo incluso de ser reiterativo o majadero- de donde fluye naturalmente la idea de que el Juez aun no ha valorado ni la determinación concreta de la pena (individualización) ni con ello los elementos que a este respecto propone el concurso de delitos<sup>69</sup>.

---

siciones nos lleven a creer que la novedad radica en las reglas asociadas a especialidad. Y es que no se debe confundir lo novedoso (aquello que desconocemos) con lo especial (aquello que es propio del modelo). La propia gestación del texto legal confirma lo señalado, pues todo indica que la mayor discrecionalidad judicial que se incorpora en el modelo a partir de las exigencias particulares del régimen de adolescentes (y la novedad asociada a lo desconocido) motivó una profunda sensación de inseguridad en los legisladores en el Senado, quienes recurrieron a lo más próximo o lo más conocido (es decir, a las reglas del CP) para calmarlas para lo cual se procuró hacer más estricto o rígido el proceso de individualización, ampliándose, consecuentemente, la determinación legal de la pena.

67 Dicha tarea se complementa con la aplicación de los límites cualitativos previstos en la ley y que operan como correctores de la selección (art.26 inc.2º) y con la consideración (formalización) de los límites cuantitativos establecidos para las sanciones no privativas de libertad previstas en el tramo respectivo.

68 Ya hemos visto que el art 74 no recibe aplicación. De ahí que no se haya incluido en esta referencia.

69 En honor a la transparencia debemos reconocer que la valoración del concurso se puede igualmente desarrollar a nivel de determinación legal de la pena pues hemos ya advertido que se trata de una cuestión político criminal abierta al legislador. No obstante es igualmente claro cómo en este caso no se ha pretendido con estas reglas nada más que permitir una adecuada fijación del marco penal procedente a partir de una base de proporcionalidad, debiendo por ello descartarse que

En efecto, a partir del concurso, al sentenciador se le plantea la necesidad de ponderar todo aquello que propone la concurrencia de una hipótesis múltiple o compleja, como por ejemplo apreciar las conexiones existentes entre los diversos ilícitos, tomar como base su número y entidad, determinar las propiedades que dicho supuesto puede significar en torno a la persona del infractor, etc. aspectos que son propios de la valoración del concurso y que no suele ir plasmado en la mera asignación general de efectos en la ley.

Segundo, pues no se trata de una instancia donde se valore concretamente la pena del adolescente, sino sólo de una fórmula preliminar tendiente a garantizar estándares de proporcionalidad.

Tercero, pues según lo que ya hemos sostenido, es evidente que en los casos de concurso resulta razonable plantearse la alternativa de recurrir a una multiplicidad de reacciones que den cuenta del conjunto de ilícitos que han sido ejecutados, alternativa que en la Ley 20.084 se desarrolla precisamente en las instancias de individualización, conforme lo disponen los arts. 19 y 25. Todo lo que ello implica ya lo acabamos de comentar.

Entendemos entonces, que no resulta posible sostener (conforme al sistema propuesto en la Ley 20.084) que el legislador haya querido regular el concurso de delitos a través del efecto que tienen las reglas generales en el proceso de determinación de la pena conforme al art.21, lo que no implica que los arts. 75 del CP y 351 del CPP no deban producir efectos en dicha instancia, sino más bien el que no se persigue a través de ellas realizar las valoraciones que conlleva y propone una hipótesis concursal.

### 3.3 Situación especial del art 351 del CPP

Antes de continuar conviene que nos hagamos cargo de las particularidades que presenta la aplicación de la regla prevista en el art.351 del CPP en el contexto del art.21, pues, según acabamos de sostener, disposición debe producir efectos en la instancia señalada.

El punto a analizar emana, de que la literalidad del art.21 no permitiría en principio ubicarlo entre las disposiciones que deban ser consideradas para el cálculo de la pena base, lo que evidentemente debiera llevar a una conclusión diversa. En efecto, si bien es indiscutible que se trata de una regla de determinación de la pena, que afecta a la extensión que puede abarcar

---

ésta haya sido concretamente la opción de nuestro legislador.

la sanción en el régimen de adultos, es también evidente que no se encuentra comprendida en el Párrafo 4° del Título II del libro I del CP presupuesto formal que delimita (sin lugar a duda alguna) la referencia que se contiene en la disposición que comentamos.

A la misma conclusión puede arribarse con algo más de dificultad si se analizan las exigencias contenidas en el art.27. En efecto, dicha norma regula la aplicación del CPP con carácter supletorio o subsidiario, con lo cual, recibe aplicación en todo aquello en que la Ley 20.084 no contenga disposiciones particulares o especiales. Sobre esa base y existiendo un entendimiento uniforme acerca de que el art.351 del CPP –al igual que su precedente, ubicado en el art.509 del CPRP- constituye una regla de determinación de la pena<sup>70</sup>, debiésemos concluir que aborda una materia regulada y, consecuentemente, que queda excluida de la remisión.

Sin embargo, hay otros elementos de juicio que deben ser considerados en esta ocasión y que permiten concluir que resulta necesario valorar los efectos previstos en el art.351 del CPP en torno al art.21 de la Ley 20.084.

Primero, pues sin renegar de la naturaleza jurídica de la disposición (que constituye efectivamente una disposición que regula efectos en materia concursal) se trata al mismo tiempo de una regla relativa al *juzgamiento* de la conducta penal, que vincula al juez desde el *Código adjetivo* con total independencia de lo que a este respecto disponga el CP, y sin que se prevean disposiciones en la Ley 20.084 a este respecto. Dicho carácter se afirma en la sola constatación de que el legislador no aprovechó la reforma (trascendental e histórica, sin lugar a dudas) que implicó la dictación de un nuevo sistema procesal para corregir el problema de la ubicación de la norma, esto es, el hecho de que se contenga en el Código adjetivo (procesal) y no en el Código material (penal), decisión que necesariamente debe tener una explicación y (sobre todo) efectos, máxime si se atiende al consenso existente (desde siempre) acerca de que se trata de una regla concursal. Conviene tener presente -en la misma línea- que el texto del art.27 hace expresa referencia a este tipo de disposiciones –“*juzgamiento*”- detallándose en el cuerpo del título II un conjunto de reglas que específicamente abordan fases y materias coetáneas o aledañas a la confección de las decisiones propias de la sentencia, sin regular una disposición alternativa o que pueda ser considerada excluyente de esta regla en particular.

Segundo, pues si bien lo recién apuntado puede resultar discutible en el plano formal –y de hecho lo es- concurre un elemento adicional de carácter material que permite eliminar las dudas

<sup>70</sup> Con respecto al CPP, HORVITZ/LOPEZ, pp. 344-5. Se incluye con tal carácter en toda la manualística nacional.

que al respecto se pudiesen generar y que al mismo tiempo explica la diferencia de este caso con los demás en que hemos sostenido que no se aplica la regla de subsidiariedad. Se trata de que la exclusión de la regla del art.351 del CPP llevaría a que en numerosas hipótesis la pena del adolescente podría llegar a ser igual o superior a la prevista para un adulto, cuestión que –entre otras funciones- se busca zanjar a través del art.21 (que reclamaría la aplicación de los efectos del 351 del CPP). A ello se adiciona el que no se contiene una disposición que con carácter general permita salvar estos casos, lo que entendemos se explica precisamente porque se han estimado resueltos en dicha sede<sup>71</sup>. En consecuencia el quedarse con los aspectos más básicos de una aproximación meramente formal constituye una aproximación que no resulta compatible con las estructuras y funciones previstas y regladas en la ley, quedando mejor servidas (sistematizadas) y compatibilizadas las diversas reglas y etapas del modelo a través de la interpretación que proponemos. Por lo demás la práctica ha sido plenamente consistente con dichas conclusiones, sin que se haya planteado hasta la fecha controversia alguna al respecto<sup>72</sup>.

Sobre esa base, y asumida la necesidad de considerar su aplicación (constituye la mejor alternativa de interpretación) hay que resolver si sus efectos inciden en el cálculo de la pena base, esto es, en el contexto del art.21, o si por el contrario se trata de una regla que afecta directamente al proceso de individualización<sup>73</sup>.

Dos cuestiones resultan a nuestro juicio determinantes en la resolución de esta cuestión. La primera se refiere a que se trata de una regla que ha sido definida en sus contenidos a partir de

71 De ahí que solo de forma excepcional y muy acotada se prevea la corrección que a este respecto introduce el art.26 y que afecta no ya a la duración (al menos directamente) sino a la naturaleza de la pena.

72 Ahora bien, de estimarse que no procede su consideración por corresponder a una materia regulada en la Ley 20.084 (por referirse a *determinación* de la pena) a partir de que el art.27 también se remite al CPP de forma subsidiaria, deben regularse los supuestos que comprende dicha disposición conforme a la regla general esto es, en el contexto en que se analiza la aplicación del art.74 del CP. Dicha comprensión no parece en todo caso llevar a grandes diferencias en la regulación final que deba adoptarse sobre estos casos pues, según ya hemos adelantado, de todas formas el sentenciador deberá proceder a fijar la pena en un procedimiento de valoración unificado, donde el hecho de que se trate de delitos que naturalmente permiten ser unificados como supuestos de hecho le brindará utilidad como criterio o factor a considerar a la hora de realizar la ponderación. Lo más relevante es que el sentenciador deberá tener presente el (grave) riesgo de que se llegue a exceder la relación que debe darse con la *pena de adultos* y, en su caso, la necesidad de buscar vías de solución de los casos en que las sanciones que se dispongan para su resolución no permitan de forma sencilla arribar a una conclusión que cumpla con la exigencia de que la pena del adolescente sea proporcionalmente inferior a la que correspondería a un adulto por el mismo delito.

73 Esto último es precisamente lo que se planteó en el texto propuesto por el denominado Grupo de Trabajo proponiéndose concretamente la inclusión de una disposición que *sigue* a la fase de individualización propiamente tal (al símil de la estructura planteada en el CP).

la dinámica general prevista en el CP, siendo posible por ello entender que expresa valoraciones propias del régimen de adultos. Lo segundo, es que la mecánica de cálculo que plantea para llevar a cabo la *unificación de la pena*, resulta (por la misma razón) funcional a dicho sistema de determinación de pena. En efecto, el presupuesto referido a *estimar como un solo delito* las diversas infracciones podría perfectamente ser incluido y ponderado en el contexto de la individualización reglada en el art.24, tal como sucedería, por ejemplo, en caso que deba fijarse la pena aplicable a un *delito continuado*<sup>74</sup>. Sin embargo, la unificación *fáctica* de dicha valoración (estimar como un solo hecho a un conjunto perfectamente diferenciado de sucesos) sólo tiene sentido en dicha disposición según ya hemos destacado a los efectos de precisar un grado de penalidad, presupuesto a través del cual se define la fórmula de cálculo que propone la regla y que resulta incompatible con el modelo bajo el cual se ha diseñado la individualización de la pena en la Ley 20.084 (tributario, según ya detallamos, de una regla de principios).

Por lo mismo resulta plenamente coincidente (también en este aspecto) con la mecánica referida al cálculo de la *pena base* (lo que es lógico pues se trata de dinámicas que han sido elaboradas sobre una mismo modelo de determinación de pena, el de adultos) con lo cual la obligatoriedad de considerarla que se impone desde el art.27 debe necesariamente traducirse en la atribución de efectos en dicho lugar, esto es, a los efectos previstos en el art.21.

Debemos finalmente destacar que esta conclusión resulta uniforme en doctrina y jurisprudencia.

#### **4. Tercera opción: El concurso de delitos se regula a través del propio sistema autónomo de determinación de la pena previsto en la Ley 20.084**

Una tercera opción (que entendemos es la más plausible) es asumir que se trata de una materia de suyo incluida en el modelo de determinación de pena previsto en la Ley 20.084, y particularmente en su individualización, en una fórmula que no lo distingue formalmente del proceso de fijación de penas para delitos individuales. Se trata en concreto de entender que el conjunto de disposiciones a través de las cuales se desarrolla dicho proceso en la ley incluye los casos, formas y efectos posibles de atribuir a las hipótesis de concurso de delitos. Constituiría por ello una materia regulada que excluiría el recurso a la subsidiariedad.

No se debe confundir el hecho que esta mecánica no separe el tratamiento concursal del funcionamiento regular o de las reglas generales de la determinación de la pena en la Ley 20.084 con afirmaciones que entiendan que el régimen concursal para estos casos

---

<sup>74</sup> En dicho caso es el juez el que llevará a cabo directamente la *unificación del hecho*, sin contar para ello con disposición expresa alguna que norme dicha aplicación.



se encuentra meramente implícito en dicha dinámica. Constituye de hecho una decisión formal del legislador el proceder a integrar dicho tratamiento en la propia mecánica de individualización de la pena, incorporación que es plenamente coherente y acorde con el desarrollo histórico y con el estado actual de la teoría concursal, según ya hemos tenido ocasión de advertir.

A nivel general, esta interpretación (a pesar de no haberse trabajado en propiedad hasta la fecha) parece ser la que más coherencia guarda con el texto legal, con su sistemática, con los objetivos de la ley y con el desarrollo histórico de su gestación, como en parte creemos ha sido ya esbozado en las páginas precedentes.

En efecto, un primer elemento de juicio en su favor lo podemos extraer de la plena libertad que en este campo le asiste al legislador. A partir de ello el hecho de que este modelo se estructure en base a casos y formas del todo diversas a las categorizaciones tradicionales del concurso propias de la ley penal de adultos (real, medial e ideal) es un dato que no representa problema alguno pues ya hemos visto que las fórmulas de tratamiento del concurso constituyen cuestiones abiertas a las opciones político criminales del legislador. En consecuencia es evidente que el tratamiento de los casos concursales no tiene por qué desarrollarse en forma similar a como se estructura en el régimen de adultos siendo posible que el legislador hubiera formulado una sola regla para las diversas hipótesis, que las separe pero agrupando las soluciones de forma diversa a como se hace en el sistema general, etc. Lo único que requiere es contar con una base racional que justifique su decisión.<sup>75</sup>

Sobre esta precisa base es posible agregar una segunda consideración en su favor, pues constituye una fórmula explicativa que resulta plenamente coherente con el sentido que debe caracterizar a un sistema especializado de justicia penal adolescentes, siendo la especialidad de dicho modelo la que proporciona las razones o la *base racional* que avalaría dicha opción. Es además, la que en mayor medida puede exhibir esta propiedad entre las otras alternativas posibles de sustentar. Esta identificación entre la regla y su *deber ser* permitiría también apoyar la decisión de que es innecesaria su consagración formal, toda vez que sus contenidos se podrían asumir como inherentes a las bases del modelo (tanto a partir de la propia lógica del sistema especial de adolescentes como en atención al estado actual de los sistemas de concurso).

---

<sup>75</sup> La justificación en todo caso no dice relación con el hecho de separarse de las reglas generales previstas para los adultos. Al contrario, es exigible en atención a su propio mérito, esto es, el que pueda dar cuenta clara de los motivos que llevan a las particulares del modelo que se proponga, con independencia que sea similar al *de adultos* o totalmente diverso de aquél.

Si bien es cierto que nada obsta a que en la consagración positiva del modelo el legislador se hubiere inclinado por una fórmula alternativa (exigiendo una dinámica de unificación de la sanción, permitiendo la mera acumulación, u optando por una fórmula específica de agravación de entre las múltiples imaginables), es igualmente claro que hubieran sido precisamente dichas opciones las que habrían requerido de forma indispensable de una consagración formal<sup>76</sup>: Por ello la falta de regulación concreta (que mas de alguien pudiese interpretar como un vacío o silencio de la ley) fortalece la idea de que lo regulado es precisamente la dinámica que reclamaría aplicación *por defecto*, a partir de las propias definiciones fundamentales del modelo.

De esta forma, pareciera que el sentido más adecuado que puede atribuirse a la supresión de las propuestas de la H. Cámara de Diputados y del denominado Grupo de Trabajo se explica de mejor manera a partir de la idea de evitar el uso de reiteraciones normativas o la explicitación de contenidos que a los ojos del legislador resultaban del todo claros, criterio que por lo demás no solo le llevó a fundar concretamente la negativa a regular el concurso de delitos sino que además constituyó una constante recurrente en el proceso legislativo que tuvo lugar en el Senado en la tramitación de esta Ley y que, en buena medida, operó de forma determinante en su redacción final<sup>77</sup>.

Pero adicionalmente, es ésta la fórmula que muestra más coherencia con el propio modelo de determinación e individualización de la pena que ha sido previsto en la ley positiva.

En concreto, el régimen establecido se caracterizaría por permitir apreciar las diversas particularidades de cada conjunto delictivo, sea que se trate de un concurso ideal, de un concurso real homogéneo, medial o heterogéneo, que de cuenta de una escalada delictiva, profesionalización o que al contrario no haga sino advertir acerca de una amplia dispersión de comportamientos que pueden recibir explicaciones situacionales o personales. Es decir, se puede valorar cualquier tipo de significado unitario presente entre las diversas infracciones, sea que

<sup>76</sup> Contribuye adicionalmente a confirmar este supuesto (y la necesidad de proceder a la unificación de la valoración en la etapa de individualización) el hecho que el legislador haya también tomado la decisión de modificar el régimen de aplicación copulativa de sanciones que venía siendo propuesto por la H. Cámara de Diputados al mismo tiempo en que promueve la supresión de toda regla propiamente concursal, fortaleciendo con ello las opciones de aplicación de penas compuestas que queda entregada a la fases de individualización. En efecto, el que haya tomado los casos puntuales que hasta ese momento se encontraban regulados y haya procedido a establecer una dinámica más general lleva a solidificar la idea de que hay una conexión directa entre ambas decisiones, considerando la asociación casi natural que existe entre concurso de delitos y pluralidad de sanciones. Se habilita de esta forma a que el sentenciador prevea, en la mayoría de los casos, la posibilidad de reaccionar a través de un conjunto de penas fundadas en una ponderación única de los (mismos y únicos) criterios de determinación necesarios de considerar.

<sup>77</sup> HL, pp. 608 y ss.

se expresen en características de los delitos o, en su caso, que se reflejen en propiedades atribuibles al infractor.

Como anticipamos al inicio, a nadie le llama la atención que se valoren de esta forma las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, a pesar que en el régimen de adultos se rigen por una mecánica tasada o reglada de ponderación. De esta misma forma debiera acogerse sin reparos la posibilidad de que en materia de concurso se aplique la misma lógica.

Para ello se cuenta con los criterios previstos en el art.24 y particularmente con el previsto en su letra a), esto es, *la gravedad del ilícito de que se trate*. Bajo dicha rúbrica cobra sentido la valoración del hecho o de los hechos delictivos acorde a las particularidades que este refleja respecto al adolescente, siendo éste uno de los puntos donde se refleja en concreto la especialidad del modelo. También es posible a partir de ello extraer motivos que incidan en la calificación de idoneidad, particularmente en atención al significado que el conjunto delictivo (como secuencia o como grupo de acciones reiteradas) puede representar en torno a las posibilidades de fortalecer el respeto del adolescente por los demás.

Por ejemplo, es evidente que una actitud refractaria al sistema lleva a elevar la consideración de este factor a la hora de ponderar la potencial idoneidad de cada alternativa posible de sanción. Y también es evidente que las características del conjunto delictivo constituyen un antecedente relevante para afirmar dicho carácter en el adolescente.

Con ello se puede sostener con propiedad que la regulación de los efectos asociados al concurso de delitos forma parte de la mecánica concreta de individualización de la sanción, que toma como base las alternativas posibles de imponer a partir del marco penal que le proponen las reglas establecidas en los arts. 21 (22) y 23. La conjunción de los factores mencionados con los fines previstos en el art.20 será la que determine cuál sea la opción que debe escoger.

Sin embargo, también hemos anticipado que dicha conclusión puede ser compuesta, concurriendo la alternativa de imponer una o más consecuencias concretas. Lo relevante es tener en cuenta que las decisiones que al respecto adopte el juez en el proceso de individualización deben motivarse en una única instancia de valoración conjunta, conforme a los criterios regulados en el art.24 y los objetivos previstos en el art.20, sin que se pueda justificar una dinámica razonada de fundamentación de pena de carácter independiente para cada delito. Dicha infracción adolecería de una sanción de nulidad.

Es evidente que si a partir de dicha dinámica se adopta la decisión de reaccionar a través de más de una sanción, dicha resolución se debe traducir necesaria y exclusivamente en alguna de las fórmulas de sanción copulativa previstas en la ley. Al respecto ya hemos destacado que no hay una obligación de que el proceso de valoración unificada lleve a una regla de aplicación conjunta de más de una sanción. Si bien no existe problema alguno en que ello sea así, debe tenerse presente que siempre existe la opción de responder con una única sanción<sup>78</sup>.

Lo que sí parece forzoso es que, en caso de estimarse necesario reaccionar a través de un conjunto de sanciones, dicha decisión deba reflejarse a través de alguna de las formas de reacción conjunta o copulativa previstas en la ley.

Conviene finalmente apuntar, que resulta en principio razonable aceptar que el número de delitos concurrentes constituya un antecedente de peso para la concreta aplicación de una fórmula copulativa de reacciones. No obstante no hay que olvidar que constituye sólo un factor que, conforme al sistema previsto en la Ley, deberá ser ponderado en cada caso por el juez, junto con los demás que a este respecto merezcan ser analizados. En efecto, no parece posible discutir el que, por regla, debiese ser más riguroso un régimen de aplicación conjunta de más de una sanción que la consideración individual de cada una de ellas; y que es más grave, como base de enjuiciamiento, una hipótesis concursal que la concurrencia individual de los delitos que la componen. Con ello no se pone en entredicho el que deben ser considerados a dichos efectos los caracteres personales comprometidos en el hecho, aspecto que puede hacer mutar la valoración inicial que pudiese extraerse a partir de la exclusiva consideración de los aspectos asociados a gravedad o entidad. Constituye por ello un criterio adicional a considerar que, en tal calidad, no hace sino confirmar el uso de los demás.

Lo confirma el que también el modelo permite la aplicación copulativa de reacciones en caso que se deba enjuiciar una única hipótesis delictiva, siendo, por otro lado, igualmente posible (a riesgo de ser majadero) que se sancione un conjunto delictivo con una única reacción penal.

#### **4.1 Particularidades**

Lo dicho no parece presentar problemas en el ámbito formal en buena parte de las hipótesis concursales. Ello pues en los casos en que conforme al régimen de adultos deben operar los efectos de los arts. 75 del CP y 351 del CPP en la determinación legal de la pena de adoles-

---

<sup>78</sup> A nadie debiese extrañar la posibilidad de sancionar con una única pena una hipótesis concursal. Ello no es sino el resultado de aplicar cualquier regla de absorción o exasperación de pena.

centes (art.21) se le propondrá al sentenciador un único marco de alternativas de sanción para la individualización, tomada de entre las opciones que plantea el art.23. En dichos casos la unidad de valoración que caracteriza al sistema se ve facilitada en su desarrollo por la propia dinámica de determinación legal de la pena, en atención a que en el cálculo de la pena base ya se ha procedido a aplicar una regla de unificación (acumulación o exasperación) de grados de penalidad (no de penas ni de valoraciones, al menos de forma necesaria) acorde a los dispuesto en el CP de adultos, conforme al art.21.

Sin embargo, existe la posibilidad de que los delitos en concurso real sean heterogéneos y de muy diversa entidad, caso en el cual el sentenciador se verá enfrentado a trabajar durante el proceso de determinación en base a varios tramos de aquellos previstos en el artículo 23, pues, hasta ese momento del *iter* de la determinación de la pena no habrá correspondido aplicar ninguna regla (en la determinación legal) que genere un efecto de unificación.

Ya hemos visto que no parece aceptable (por diversas incompatibilidades con el modelo y particularmente con las reglas –principios y criterios- de valoración de pena contenidas en los arts. 20 y 24) la opción de completar el proceso de fijación de pena, a través, de una individualización diferenciada o autónoma que a partir de cada uno de dichos tramos o marcos de pena, proponga tantas sanciones como marcos penales (y, por ende, delitos) se deban resolver. De ahí se extrae la necesidad de aplicar una mecánica que posibilite unificar la valoración.

Para ello hay que distinguir:

1. En primer lugar, el caso en que los diversos procesos independientes se remiten a un mismo tramo o marco penal.
2. En segundo lugar, el caso en que el sentenciador enfrenta diversos conjuntos o tramos, existiendo entre sus contenidos sanciones de naturaleza análoga.
3. En tercer lugar, el caso en que el sentenciador enfrenta diversos conjuntos o tramos donde las sanciones previstas en cada uno de ellos son completamente diversas.
4. Finalmente, los casos en que el sentenciador enfrenta un único marco penal, o varios de ellos, y no existe posibilidad alguna de compatibilizar la respuesta acorde a los caracteres concretos.

En el primer caso (*procesos independientes se remiten a un mismo tramo o marco penal*) no parece que existan dificultades mayores para realizar una unificación en la valoración pues las alternativas de referencia son, a fin de cuentas, las mismas para todos los delitos. Dicho de otra forma, nada parece indicar que debe necesariamente completarse cada proceso en forma individual, pues lo que se plantea a partir del art.21 (y hasta el 23) es un camino para arribar a un marco de referencia, representativo de un índice de gravedad. A partir de él, y dentro de las *reglas del juego* (art.24), deberá determinarse una o más sanciones (arts. 19 o 25) a imponer.

Es cierto que probablemente se considerará más grave este caso (de reiteración delictiva) que una hipótesis de comisión individual. Pero tan cierto como ello es que el legislador permite ponderar dicha gravedad a partir de los criterios del art.24, en su aplicación directa (especialmente del contenido en la letra a) y en la que detenta para resolver los casos de aplicación copulativa de sanciones.

En el segundo caso (*diversos tramos con sanciones comunes*) pasa algo similar pues el sentenciador se enfrentará normalmente a la posibilidad de aplicar alternativas de naturaleza equivalente, sin que se encuentre obligado a imponer dos de ellas (una por cada delito), pero pudiendo hacerlo acorde a los casos y formas previstos en los arts. 19 y 25<sup>79</sup>. Por su parte, la diferente extensión que pudiere proponer la privación de libertad en cada uno de los tramos concurrentes debe ser entendida como una ampliación de la gama de alternativas dispuestas para el sentenciador, pues este último es precisamente el papel que cumple (y debe cumplir) la determinación legal de la pena. Se podrá en consecuencia, en dichos, casos llegar a imponer el internamiento en todo el marco de extensión que se prevea en los tramos concurrentes, según lo aconsejen los criterios (art.24) y principios rectores (art.20) que debemos seguir<sup>80</sup>.

Ejemplo: Si conforme a la mecánica de determinación legal de la pena el sentenciador se enfrenta a los tramos 1 y 2 del art.23 puede imponer una medida de internamiento que va desde los 3 años y un día hasta los 10 años; o, un internamiento en régimen cerrado de dos años complementado por 3 de semicerrado (art.19), etc.;

---

79 En dicho caso se deberán alternar las sanciones que pertenezcan a diversos marcos, pero cuya ejecución conjunta se encuentra prevista en las disposiciones que regulan la posibilidad de imponer sanciones compuestas. No hay que olvidar que las reglas de aplicación conjunta no se remiten en exclusiva a determinados marcos penales, sino a determinadas sanciones contenidas en ellos.

80 Carece de sustento el temor a que con ello se supere el marco de lo proporcional, sea hacia arriba o hacia abajo, imponiéndose por ejemplo una reacción que no parezca acorde a la gravedad de los delitos concurrentes o, al menos, de los más graves o de los más leves, según sea el caso. De ser así se tratará, con seguridad, de una resolución que será incapaz de encontrar amparo o justificación en los criterios previstos en el art.24, adoleciendo por ello de un defecto de fundamentación que conlleva la nulidad.

El único problema se plantearía si se impone una de las sanciones que no tenga carácter común, pues con ello al menos uno de los procesos paralelos de la determinación legal quedaría inconcluso en el plano formal. Ello solo sería aceptable si el sentenciador justifica la absorción acorde a los caracteres del caso concreto (como siempre a partir de los criterios del art.24).

Ejemplo: Si conforme a la mecánica de determinación legal de la pena el sentenciador se enfrenta a los tramos 1 y 3 del art.23 se puede imponer sólo una medida de internamiento si la gravedad del delito que lleva al 3° tramo es de muy baja entidad justificando que en la extensión de dicha condena ya está incorporado el disvalor de dicho delito.

Se trata a fin de cuentas, de situaciones que en sus particularidades concretas se configuran de forma análoga a los casos que hemos descrito como propios de una cuarta hipótesis a resolver, esto es, aquellos en que el sentenciador se enfrenta a un único marco penal o a varios de ellos sin que exista *posibilidad de compatibilizar* las sanciones previstas, los que debe solucionarse de forma similar. Es decir, no hay sanción común que permita ser vinculada a los dos ilícitos ni existe fórmula conjunta que permita la aplicación conjunta de una sanción de cada tramo.

Ejemplo: Si conforme a la mecánica de determinación legal de la pena el sentenciador se enfrenta a los tramos 1 y 5 del art.23 es evidente que puede imponer sólo una medida de internamiento, justificando que en su extensión está incorporado el disvalor del delito que motivaba pronunciarse sobre alguna de las sanciones previstas en el 5° tramo.

Finalmente, el tercer grupo de casos abarca aquellas situaciones en las que el sentenciador enfrenta diversos tramos y las sanciones previstas en cada uno de ellos son completamente diversas. En dichos casos serán los caracteres concretos de los delitos concurrentes (conforme a las valoraciones que proponga la individualización) los que llevarán a justificar una reacción compuesta, siempre y cuando la naturaleza de las sanciones escogidas permita satisfacer alguna de las diversas conjunciones que prevén los arts. 19 y 25. En caso contrario deberá operar (y justificarse) una regla de absorción como la comentada a propósito de los dos últimos casos anteriores.

#### 4.2 Cuestiones adicionales

##### 4.2 a) Regla de mayor favorabilidad: acumulación material o sistema de individualización unificado

Descrita la mecánica de resolución del concurso, quedan aún por abordar –al menos formalmente- algunas cuestiones particulares que pueden llegar a complejizar la resolución de

estos casos. La primera se vincula a la posibilidad de aplicar la mecánica recién comentada a propósito del reenvío que a este respecto se plantea desde el art.351 del CPP o el 75 del CP (según acepta buena parte de la doctrina<sup>81</sup>) al sistema previsto en el art.74 del CP, y que opera cuando ello resultare *más beneficioso* para el condenado.

Se trata en el fondo de determinar cómo debe entenderse la llamada regla de *favorabilidad* del concurso, esto es, el límite máximo de la intervención que se extrae de la unión de las respuestas aplicables a la valoración individual de cada uno de los delitos concurrentes<sup>82</sup>. El problema se plantea pues hay dos formas de entender el contenido de dicho límite: la primera, por aplicación de la dinámica de individualización de la pena antes señalada, y la segunda, por la sumatoria y acumulación de diversas penas que han sido previamente determinadas a partir de procesos autónomos e individuales. Conviene destacar que el resultado de ambos procesos puede presentar diferencias en la mayoría de los casos.

En principio uno debiera entender, que las alternativas en juego corresponderían a aquellas que resultan compatibles con el modelo de determinación de la pena previsto en la Ley 20.084. Sobre esa base se excluiría de plano cualquier opción de llevar a cabo procesos independientes de individualización para cada delito, que decanten en la acumulación material de sus resultados. No obstante una lectura formal del texto del inciso tercero del art.351 del CPP (que sirve de referencia para la aplicación analógica respecto del art.75 del CP) permitiría sostener que su contenido incorpora una alternativa distinta, basada precisamente en la lógica de la individualización autónoma de cada delito, en cuanto contiene una referencia expresa a que podrán “aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento [y no otro ], hubiere de corresponder al condenado una pena menor “. Se trataría por ello de de “seguir el procedimiento” del 74 (que ya considera penas afinadas para poder operar) y de calcular la pena que “*hubiere de corresponder*” conforme a

---

81 Hemos ya anticipado que las reglas aplicables a los casos de reiteración y al llamado concurso real homogéneo se inspira en la lógica de evitar el excesivo rigor que emana de la mera acumulación material de sanciones, considerando especialmente la falta de sentido que tiene en una perspectiva orientada a fines. De esta forma, pierde buena parte de su razón de ser si la regla general que se busca modificar plantea una solución menos aflictiva, siendo evidente la necesidad de considerar una disposición que impida en dichos casos la aplicación de la norma excepcional. De ahí que se sostenga la aplicación de la misma dinámica en torno al art.75 del CP y que hayamos definido intencionalmente dichas regla (como la contenida en el art.351 del CPP) como fórmulas *condicionales*, en cuanto se encuentran supeditadas a una conclusión o resultado *más favorable* al condenado.

82 Conviene recordar que la doctrina suele entender que las dinámicas de unificación constituyen fórmulas de solución del concurso de delitos condicionadas a que el resultado concreto no sea más gravoso al previsto por la *regla general de acumulación material de sanciones*.



dicha regla. A partir de esta base surge una razonable interrogante acerca de qué es lo que implica esta referencia al art.74 a efectos comparativos, esto es, si conlleva calcular las penas acorde a lo que hasta ahora hemos señalado (un proceso unificado de valoración centrado en el art.24) o si, por el contrario, se debe proceder a agotar el proceso de individualización de cada una de las sanciones como si se tratara de delitos independientes sustituyéndose las posibles fórmulas de aplicación conjunta (arts. 19 y 25) por la secuencia que prescribe el art.74 del CP para, sobre esa base, proceder (recién) a realizar la comparación<sup>83</sup>.

Al respecto creemos que la literalidad formal no constituye un antecedente suficiente para dar mérito a dicha opción. Habría que aceptar una especie de reenvío (esta vez de carácter literal) al art.74 del CP con total independencia de que conlleva la aplicación de una modalidad de determinación de pena que resulta del todo disfuncional al modelo de la Ley 20.084 y que, por lo mismo, no juega papel alguno en dicha normativa. Además se propondrá una secuencia o modalidad de ejecución de las sanciones (y una fórmula de selección), que no necesariamente coincidirá con las posibilidades que regula la Ley 20.084. Por el contrario, parece más acorde al texto de la Ley el considerar que se trata de una regla que ha sido incorporada al propio sentido de las disposiciones en juego: es decir, que se trata de una norma cuyo tenor literal está referido a su aplicación en el régimen de adultos, debiendo *adaptarse la referencia* para determinar sus efectos en el régimen penal de adolescentes.

Se trata en el fondo de asumir que las opciones que llevan a la unificación de los marcos penales (351 del CPP y 75 del CP), siempre detentan un carácter condicional, esto es, que

<sup>83</sup> Hipotéticamente se agregaría la alternativa consistente en desarrollar dicho contraste a partir de la pena base, esto es en base a los grados de pena que resultan de interrumpir el proceso de cálculo en la fase que regula el art.21. Se puede mencionar a favor de esta tesis que tanto el resultado de la aplicación del art.351 del CPP como el que se extrae del art.75 del CP es precisamente un grado de penalidad, teniéndose además en cuenta que el recurso a dichas normas no se desarrolla a efectos de resolver el concurso, sino más bien –como ya hemos visto- en función a aquellos que persigue el art.21, centrados en razones de proporcionalidad. El punto es que parece claro que se trataría de un ejercicio difícil de practicar, pues implicaría comparar un determinado grado de penalidad (el que emana de la aplicación estricta de las reglas contenidas en los arts. 351 del CPP o del 75 del CP, sin proceder a la individualización concreta) con al menos dos grados diversos (aquellos que provengan del cálculo autónomo o independiente de la penalidad aplicable a los diversos ilícitos). En dicho caso, la única manera de llevar a cabo dicha comparación sin llevar adelante el proceso de determinación (pues precisamente se trataría de realizar una comparación de grados) sería en base a la suma o adición de estos últimos, procedimiento que pasaría por asumir una decisión artificial acerca de la forma como se deberá proceder a realizar dicha operación (a partir del mínimo, a partir del máximo, etc.). Conllevaría además un ejercicio que no se basaría en la penalidad aplicable conforme al art.74 pues no se compararía el resultado de la aplicación de dicha disposición sino de una especie de fase incompleta de la regla que en él se propone (no se toma como base la pena o la *forma de pena* que éste propone considerar, sino una diversa).

se encuentra supeditada a materializar una opción más favorable a la que procede según las reglas generales. A partir de ello, debe entender la referencia a la mayor favorabilidad como un mandato dirigido a comparar las *opciones en juego*, es decir, aquellas que la regulación *normal* plantea, entre las cuales no se considera una potencial aplicación (artificial) de una mecánica de acumulación material a partir del cálculo individual de una condena para cada delito.

En consecuencia, el juez siempre deberá proceder a realizar dos cálculos hipotéticos sobre la pena aplicable: Uno que considere los efectos del art.351 del CPP o 75 del CP y otro que omita sus efectos, en ambos casos acorde a la forma de individualización que ya hemos descrito como propias de la Ley 20.084. Luego, deberá proceder a realizar un análisis comparativo acerca de cuál de dichas sanciones (o conjunto de ellas) es más favorable. En caso alguno dicho procedimiento considera la alternativa de realizar un cálculo de la pena hipotéticamente aplicable para cada uno de los delitos individualmente considerados.

Ahora bien, y a diferencia de cómo sucede en el régimen de adultos, no resulta sencillo determinar cuándo estamos en presencia de una sanción más favorable pues la mayor dispersión de sanciones previstas en la Ley 20.084 incide en que el análisis comparativo referido a gravedad o afectividad sea en concreto mucho más difícil de afirmar. A ello se agrega, además, la posibilidad de tener que desarrollar el análisis comparativo entre conjuntos que podrían estar configurados en base a la imposición de más de una sanción a la vez y aquellos en que una de las sanciones tiene una considerable mayor extensión que la otra, pero detenta una naturaleza menos gravosa (ej. 3 años de libertad asistida v/s 540 días de internamiento en régimen semicerrado).

Se excluyen de esta calificación los casos en que las sanciones individualizadas tienen la misma naturaleza, delegándose en dicho caso el problema a la mera cuestión de su cuantificación. También se excluyen aquellos en que la propia naturaleza de las sanciones procedentes permite una solución clara, esto es, cuando la distancia entre ambas, en atención al nivel de afflictividad que conllevan, no deja lugar a duda alguna (p.ej., si se compara la reparación del daño con una sanción de libertad asistida o, mejor aún, con una privativa de libertad).

Conviene en todo caso apuntar que la claridad que a este respecto proporciona el art.6º, en cuanto fija una precisa graduación de las diversas sanciones previstas en torno a su gravedad (consideradas en términos cualitativos) suele desvanecerse en aquellas hipótesis en que la condena inicialmente inferior (por razones de naturaleza) detenta una extensión que permite controvertir dicha visión preliminar, o cuando la sumatoria de sanciones dispuestas de for-

ma conjunta plantean un escenario similar. En estos casos parece evidente que estamos en presencia de cuestiones que deben ser resueltas a partir de un ejercicio de ponderación de carácter concreto, sin que existan reglas generales aptas para resolver todos y cada uno de los casos particulares imaginables. El desafío entonces radica en la búsqueda de criterios a tener en cuenta para la resolución.

El más evidente emana del texto del inciso primero del art.26, que fija una regla general en la materia: el último recurso, en este modelo, es la privación de libertad. A partir de dicha premisa podemos concluir que en cualquier caso en que sólo uno de los extremos a comparar considere una sanción privativa de libertad, ésta necesariamente deberá constituir la hipótesis más grave.

Resulta por lo demás coherente insertar este principio en un contexto más general. Y es que también la entidad atribuible a las diversas sanciones constituye un elemento a considerar, graduándose –según anticipamos- acorde al parámetro de gravedad que plantea el art.6°. Se trata de un principio cuyas raíces fluyen a partir de una premisa adicional, relativa a que las restricciones a la libertad de los individuos menores de edad deben acotarse al mínimo que sea estrictamente necesario de realizar, considerando especialmente que se trata de un sujeto en formación (tanto en el ámbito personal como en el proceso de integración social)<sup>84</sup>. De esta forma, deberá considerarse también la mayor gravedad que puede atribuirse a aquella de las opciones que contemple un conjunto de sanciones que en su ejecución concreta conlleven un régimen más restrictivo de derechos<sup>85</sup>.

Ahora bien, para interpretar dicho concepto debe tenerse en cuenta, especialmente, el contenido de autonomía que se reconoce al adolescente en la aplicación de las diversas sanciones. Si bien toda pena conlleva restricción de derechos, una aproximación desde la perspectiva de los fines perseguidos, permite apreciar en cada sanción una determinada definición acerca de la posición que el individuo ocupa respecto a su ejecución, de donde emana una afirmación referida a los niveles de autonomía que concretamente le son reconocidos. Nos referimos con ello a una dimensión cualitativa asociada estrechamente a la mayor o menor incidencia que supone la condena en las propias definiciones que puede adoptar el sujeto a su respecto.

84 Así también lo exige *su interés superior* (art.2°) asociado en nuestro derecho, directamente, a la mayor y mejor satisfacción de sus propios derechos. CILLERO B. Miguel (2005): “*La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño*”, en *Justicia y derechos del Niño* N° 7, 2005, pp. 97 y ss.

85 Entendemos que esta explicación es la que le da un claro sentido a la idea de que debe reaccionarse de la forma menos afflictiva posible. Muy distinto –y poco sustentable- es la pretensión de amparar estas propuestas en reglas de mera favorabilidad, mejor posición o, a fin de cuentas, mayor benevolencia de la ley respecto del adolescente, pues no se trata simplemente de tratarlo en forma blanda o poco rigurosa, atendida su condición. En este sentido MATUS (2009, p. 548).

Para dar mayor claridad tomaremos como ejemplo una condena de inhabilitación. Lo relevante es tener en cuenta que si bien en la mayoría de los casos su imposición se encuentra asociada a un supuesto que hace evidente la pérdida de confianza en determinados aspectos de las capacidades del sujeto (p. ej. para conducir vehículos motorizados en forma responsable, o para desarrollar una profesión o, en fin, para representar los intereses fiscales a través de un cargo público) su ejecución mantiene el reconocimiento de su plenas facultades de desenvolvimiento social, pues, a fin de cuentas, el cumplimiento (ejecución) de la sanción depende, prácticamente en un cien por ciento, de la voluntad del condenado. Dicho espacio es más restringido si existen mecanismos auxiliares de control y resulta aun más acotado si se asume la necesidad de una ejecución que lleve a dirigir u orientar, incluso coactivamente, el desarrollo y decisiones (incluso las no vitales) del individuo.

Dicho aspecto (esto es, la entidad de la restricción que conlleva la sanción medida a partir de la definición de autonomía que su ejecución y cumplimiento supone en el sujeto) constituye entonces un criterio adicional.

Se agrega a todo ello, la propia consideración que debe brindarse a la voluntad del adolescente infractor. Si bien no se trata de una regla positiva concreta, es clara su aplicabilidad y exigencia a partir de lo dispuesto en el art. 12.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en relación a lo señalado en el inc. 2º del art. 2º<sup>86</sup>. No se trata burdamente de que éste elija la sanción, sino de la obligatoriedad de escuchar su opinión al respecto.

Es probable que la aplicación de ninguno de estos criterios de lugar en todos los casos a una resolución determinante. Se trata de algo propio de cualquier mecánica de ponderación, quedando sujeta la resolución a las exigencias de auto-sustento argumentativo de la respectiva resolución judicial. Una ponderación razonada y razonable debe ser por ello el objetivo a alcanzar a este respecto.

---

86 "Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional." Se trata de una disposición que también se recoge en el artículo 14.2 de las Reglas Mínimas para la administración de la justicia de Menores de 1985 (comúnmente conocidas como "*Reglas de Beijing*").

#### 4.2 b) La llamada regla de unificación (art.164 del COT)

Una segunda cuestión a resolver dice relación con la (actualmente mal) llamada *regla de unificación*, prevista en el art. 164 del COT, norma que permite al juez adaptar la condena a efectos de no generar por razones marginales una reacción diversa a la que hubiere correspondido aplicar. La base de dicha disposición radica en entender (acertadamente) que los efectos del concurso de delitos se deben aplicar con total independencia del hecho que se proceda al enjuiciamiento conjunto o separado de los ilícitos que lo conforman<sup>87</sup>. Es decir, se afirma que debería aplicarse una solución similar en aquellos casos en que se debe juzgar un conjunto de ilícitos en una misma sentencia a partir de una hipótesis concursal como también en aquellos en que este mismo conjunto se juzgue en forma separada pero hubiere correspondido juzgarlos conjuntamente, siendo sólo razones contingentes las que explican la separación de procedimientos. Así sucede por ejemplo, por no haber tenido noticia del segundo delito o por que se cometió con posterioridad al inicio del cumplimiento de la condena, pero antes de su agotamiento.

Las bases que justifican esta asimilación de supuestos radican, primero que nada, en el hecho que el concurso presenta relevancia como hipótesis de reiteración, siendo la secuencia delictiva el supuesto fundamental a valorar y que concurre por igual en los dos casos mencionados. Pero además se trata con ello de evitar que una cuestión adjetiva y procedimental (la tramitación conjunta o separada de los procesos) que perfectamente puede depender del azar, incida negativamente en una cuestión de fondo y no menos relevante cual es la naturaleza y extensión de la pena a aplicar.

Sobre esa base se prevé una dinámica particular que obliga al juez a revisar la pena cuando se trate de un delito que, materialmente, debiese haber formado parte de una hipótesis concursal, en términos de asegurar que el conjunto de penas aplicables por cada uno de los delitos no fuere superior en aflictividad respecto a la que hubiere correspondido si los delitos se hubieren juzgado conjuntamente<sup>88</sup>. A dicho objetivo se dirige precisamente el art 164 del COT<sup>89</sup>.

87 Se trata por lo demás de una cuestión plenamente coherente con la evolución de la teoría del concurso.

88 Conviene tener presente que en la legislación penal de adultos habrá diferencias que analizar en los casos en que la naturaleza y características particulares del concurso haga procedente alguna de las reglas que conllevan la unificación de las condenas, esto es, cuando recibe aplicación el art.351 del CPP (debiendo reconocer que también podría llegar a imaginarse algún caso de aplicación del art.75). En los demás (esto es, cuando no se trata de delitos de la misma especie) no habrá nada que revisar en cuanto la definición penológica del concurso se rige por la acumulación material. No obstante en el sistema previsto en la Ley 20.084 siempre habrá que revisar el máximo hipotético pues, según hemos ya analizado, siempre procede una regla de valoración unificada de las hipótesis de concurso de delitos. Con ello en todos los casos que dieran lugar a la configuración de un concurso deberá realizarse el procedimiento descrito en el art.164 del COT.

89 CERDA SAN MARTIN (2008, pp. 189 y 190).

Conviene tener en cuenta que antiguamente se regulaba este procedimiento a partir de lo que el texto de la ley denominaba la *unificación de penas* (art. 160 del COT, hoy derogado), en una clara alusión a que la sumatoria de la condena precedente y la nueva (que debiesen ser impuestas acorde a lo dispuesto en el art. 74 del CP) fueren revisables a la luz de la eventual aplicación de las reglas previstas en el art. 509 del CPrP ( precedente casi literal del actual art. 351 del CPP), disposiciones (ambas) que llevan a una dinámica de unificación. Si la condena resultante de dicha revisión fuere más favorable al régimen de acumulación, será ésta la que deberá imponerse en definitiva, modificándose para ello la sentencia e incluso la condena ya afinada (pasando sobre la cosa juzgada) que puede encontrarse en pleno curso de ejecución. Este ejercicio de fondo no varía en demasía en la regulación actual, pero sí en sus resultados o consecuencias. La diferencia (no menor) radica en que en la actualidad –conforme a la redacción del art. 164, que es diversa al tradicional art. 160- la pena que resulte del proceso hipotético de valoración unificada (conforme al art. 351 del CPP) no será aplicada de forma necesaria en caso que proponga un resultado menos riguroso que la mera acumulación de penas. Este cálculo hipotético cumple un efecto diverso, que consiste exclusivamente en fijar el máximo (de afflictividad) posible de tolerar para dicha acumulación<sup>90</sup>, debiendo *ajustarse* la condena por el nuevo delito en términos de no superarlo.

Varias son las cuestiones a destacar. Lo primero es que *la unificación es inicialmente hipotética*. Sirve, en efecto, y exclusivamente, para constatar el máximo posible de tolerar. Lo segundo es que en este caso no se prohíbe la acumulación, sino sólo el que con ella se supere el máximo permitido. Lo tercero es que la consecuencia de ello es la *adaptación* o *modificación* de la pena que inicialmente (hipotéticamente) se estimaba procedente para el nuevo delito y no la fijación de una nueva sanción única y conjunta. Esto último implica que la condena previamente impuesta (que normalmente estará en pleno curso de ejecución) no tiene por qué modificarse.

El hecho que la mecánica propuesta se haga en base a la modificación de la propia sentencia (como ahora se dispone) y no en base a una dinámica de unificación obligatoria (que cumple en la actualidad sólo con el rol de fijar el extremo tolerable)<sup>91</sup> es algo que no solo resulta

90 En el régimen general dicho máximo suele evocar la idea de una determinada extensión en la privación de libertad, consecuencia directa de la primacía de dichas sanciones en los delitos que prevé el CP y las leyes penales especiales. Lo relevante sin embargo es el índice de afflictividad que ello representa, precisión trascendental si se trata de aplicar la regla en un modelo que considera una multiplicidad de variantes de sanción (en cuanto a su naturaleza) como sucede con el previsto en la Ley 20.084.

91 Algunos efectos puede acarrear en concreto si se altera la relación de naturaleza o gravedad de las condenas que ya se cumplieren cuando estas fueran más de una. En efecto, puede que en dichos casos se deba proceder a una forma de ejecución diversa, la que deberá establecer directamente el tribunal por aplicación directa del art. 74. Se trata de una

importante a efectos de mantener íntegro el respeto a la cosa juzgada, sino que además, y preferentemente, propone una fórmula altamente valorable en el sistema penal de adolescentes desde el momento que impide que se *altere el desarrollo de la sanción* que se encuentra en ejecución. Esta base de continuidad se traduce materialmente en una mayor estabilidad en el proceso que experimenta el adolescente condenado a partir de la ejecución de la pena.

En concreto y a los efectos de su aplicación sobre la Ley 20.084 habría que seguir los siguientes pasos:

1. Determinar cuál hubiere sido la penalidad aplicable al caso si conforme a los caracteres del delito cometido y de aquél por el que se está cumpliendo una condena hubiere procedido aplicar la mecánica unificada de valoración que prevé la Ley 20.084. Dicho resultado fijará límite máximo de aflictividad que no puede ser sobrepasado.

2. Si el conjunto de sanciones individualmente determinadas (la que se cumple o debe cumplirse por el delito previamente cometido y la que correspondería cumplir por el nuevo delito –determinada conforme a la mecánica general prevista en la Ley 20.084-) supera dicho máximo<sup>92</sup>, el juez debe proceder a ajustar la pena inicialmente determinada para el nuevo delito (esto es, la que procediere de no existir la condena anterior), tanto cuanto sea necesario para que el incremento que ella supone respecto a la condena que ya se está ejecutando (o debe ejecutarse) no haga que se supere el máximo permitido.

3. Para ello el juez deberá:

1°. En caso que proceda la aplicación de una consecuencia de idéntica naturaleza a la que se está ejecutando: *ajustar su extensión conforme a lo que faltare para completar el máximo permitido*. La sanción opera en estos casos como una verdadera prolongación de la pena originalmente impuesta;

Ejemplo: Si la pena originalmente impuesta fuere una libertad asistida especial de dos años de duración, debiere aplicarse una condena similar por el nuevo delito (otros dos años de libertad asistida especial) y la hipotética aplicación de las reglas concursales aconsejaren una condena al máximo previsto para dicha sanción (3 años), el juez deberá

acotación que no parece relevante a los efectos del análisis que ahora desarrollamos, pero que confirma que el art.74 no es una regla de determinación de pena. Oo. en MATUS (2009, p. 543), quien concluye que en dicho caso el Tribunal no puede alterar el orden de cumplimiento.

92 A estos efectos este ejercicio comparativo presenta las mismas características que plantea la llamada regla de favorabilidad, aplicándose en este lugar todo lo ya señalado respecto de la forma como se puede valorar la gravedad comparativa de las diversas condenas.

modificar la condena del nuevo delito, de dos a un año de duración, de modo tal que el total que debiere cumplir por la acumulación de ambas sanciones no supere dicho límite (dos años por el primer delito y uno por el segundo).

2°. En caso que procediere una sanción distinta o no fuere posible cumplir con la aplicación de una extensión en los términos antes indicados, el juez deberá proceder a *modificar la naturaleza de la pena a imponer*, de modo tal de aplicar una *consecuencia complementaria* siempre dentro de la configuración de casos en que la Ley 20.084 permite la aplicación conjunta de sanciones (arts. 19 y 25);

Ejemplo: Si la pena originalmente impuesta fuere el internamiento en régimen cerrado por un periodo de 3 años (tramo 1 del art.23), la nueva condena se debiere fijar en un total de 3 años de internamiento en régimen semicerrado y el concurso se hubiere debido regular en una pena de internamiento en régimen cerrado por un periodo de 3 años más dos años de libertad asistida especial (conforme al art.19), deberá modificarse la condena por el nuevo delito imponiéndose en definitiva el cumplimiento de dos años de libertad asistida especial que serán ejecutados una vez que se hubiere terminado la ejecución del internamiento.

3°. En caso que no ello tampoco fuere posible atendido que las alternativas que se le plantean no permiten respetar la regla de máximos establecida en el art.164 del COT o las reglas de penalidad compuesta previstas en la ley 20.084, el juez deberá *abstenerse de imponer sanción alguna* fijándose, en consecuencia la pena del concurso, bajo una fórmula de absorción.

Ejemplo: Si la pena originalmente impuesta fuere una libertad asistida especial de tres años de duración, debiere aplicarse una condena similar por el nuevo delito (otros tres años de libertad asistida especial) y la hipotética aplicación de las reglas concursales aconsejaren esta misma condena por corresponder al máximo previsto para dicha sanción (3 años), el juez deberá modificar la condena del nuevo delito absteniéndose de aplicar pena alguna por cuanto ello implicaría superar el marco de lo permitido.

Si bien los casos mencionados podrían a primera vista llamar la atención no hay que olvidar que el límite lo plantea la condena que fuere procedente respecto del concurso de delitos, siendo una cuestión meramente azarosa o contingente la que lleva a que se hayan separado los procesos. De esta forma la aplicación de una condena diversa a la procedente para el nuevo delito no es sino la consecuencia de un ajuste necesario que evita un resultado injusto.



Lo mismo, y con mayor razón, para aquellos casos en que a partir de ello se debe renunciar a la imposición de alguna sanción.

Hay que tener en cuenta en estos casos que es la propia Ley la que de forma expresa no solo faculta al juez sino que incluso lo obliga a *modificar el fallo* para *adecuarlo a dicho máximo* de modo que la posibilidad de cambiar la naturaleza de la pena aplicable al segundo delito o de abstenerse de imponer pena alguna por dicho concepto (fundado en la necesidad de no sobrepasar el máximo permitido) no solo cuenta con aval de texto expreso, sino que constituye una obligación de carácter legal. De esta forma, el incumplimiento de este deber de realizar un ajuste o adecuación de la condena, y la consecuente aplicación de la mera acumulación de las sanciones, constituye una infracción legal que acarrea por ello la nulidad del fallo.

No podemos dejar de señalar que, más allá de las ventajas asociadas a la imposibilidad de alterar al régimen ejecutoriado y en pleno curso de aplicación, es evidente que no siempre podrá realizarse en plenitud una valoración unificada. Es bastante probable que faltarán buena parte de las ventajas que proporciona la inmediación en la percepción de los antecedentes tenidos en cuenta en el juicio precedente. Sin embargo el nexa asociado a mayor favorabilidad nos lleva a aceptar la necesidad de proceder en base a esta dinámica tanto para el cálculo de la regla unificada que opera como máximo, como para la fijación de la modificación que deberá introducirse a la condena posterior para ajustarla a dicho límite<sup>93</sup>.

Esto permite poner en evidencia una cuestión que se encuentra implícita en el texto, cual es, el que esta disposición (al igual que el art.74 del CP) opera sobre la base de las condenas ya afinadas, esto es, en base a penas completamente individualizadas<sup>94</sup>, cuestión que por ello entendemos que también se exige respecto de los delitos que deben ser comparados. De ahí que hayamos señalado siempre que la regla prevista en el art.164 del COT lleva, en los hechos, a modificar la pena ya determinada a los efectos de ajustarla al máximo permitido<sup>95</sup>.

93 No podemos dejar de mencionar que efectivamente, se pierde en parte la ventaja que pudiese representar el proceder a una intervención compuesta de carácter unificado que pueda resultar más favorable en base a la alteración de la condena precedente que se encuentre en ejecución. Por ejemplo ello sucedería si la pena probable vía aplicación del art.75 del CP o del art.351 del CPP, fuere un margen inferior de privación de libertad, complementado por otra sanción adicional. En dichos casos habrá que conformarse con el máximo de laxitud que pudiese reclamar una fórmula *compensada*.

94 Oo. en MATUS (2009, p. 551) quien entiende que esta regla opera respecto de la pena base, y que, por ello, no afecta la individualización de la pena adolescente, ni permite alterar su ejecución.

95 Lo confirma el texto del inciso segundo que se coloca en el caso en que el Tribunal haya omitido este procedimiento de ajuste. Señala: "*En los casos del inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto.*"

Sobre esta base conviene finalmente apuntar que la norma prevé además (al igual que su predecesora), una disposición adicional orientada por la misma motivación. Se trata de evitar que la falta de ejecución conjunta de los hechos pudiere motivar una aplicación sesgada de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. La referencia casi nominalmente apunta a la valoración de la llamada irreprochable conducta anterior y de la reincidencia<sup>96/97</sup>.

### 3. Concurso de delitos cometidos como adolescente y como adulto

Una problemática completamente diversa a las que hasta ahora hemos analizado se plantea en caso que el juez deba pronunciarse, en una misma sentencia, sobre la sanción aplicable a la comisión de varios delitos cuando se cuentan entre ellos algunos sujetos al régimen general y otros regulados por la ley 20.084.

Se trata de un caso particularmente complejo tanto por la ausencia de normativa expresa que lo regule como en atención a la diversa naturaleza que caracteriza a ambas formas de reacción, cuestiones que decantan en que, a primera vista, ninguna de las reglas relativas al concurso de delitos previstas en la legislación positiva parecen poder ser aplicadas a su solución. En efecto, y como ya anticipamos al pie de página, el art.10 N°2 del CP impide aplicar las reglas de concurso de delitos del CP a los casos regidos por la Ley 20.084, aplicándose la misma exclusión a las normas de esta última ley en tanto dirigidas en su art.1° solo a regular la responsabilidad penal de adolescentes<sup>98</sup>.

Sobre la ausencia de regulación hay que recordar que también en este caso existió una disposición concreta sobre el particular, radicada en una norma especial (art 9°<sup>99</sup>)

96 Oo. en VAN WEEZEL, p. 57.

97 Se trata por ello de un principio que parece reclamar una validez más general. Así, debiese también por ejemplo incidir en la aplicación de la ley 18.216, debiendo en consecuencia estimarse procedentes las medidas que reclamen teóricamente aplicación sin que se oponga a ello el hecho que el condenado por el nuevo delito tenga una condena anterior.

98 No debe confundirse el que se regule la responsabilidad penal de los adolescentes con el hecho que sólo puedan ser aplicadas a sujetos que se encuentren en dicho tramo etario. La norma circunscribe los casos regidos por la Ley 20.084 a *la responsabilidad* que se hubiere generado a propósito de la comisión de un delito por parte de un adolescente, con independencia que al momento de ser enjuiciado, condenado o de ejecutar la pena el responsable tenga más de 18 años de edad. De otra forma no se explica cómo podría un adolescente de 15 años llegar a cumplir una condena de 5 años de privación de libertad o uno de 16 cumplir una de 8 o 10 años, casos que son perfectamente posibles conforme al texto legal y que suponen el cumplimiento de la mayoría de edad.

99 En efecto, el texto aprobado por la H. Cámara de Diputados consideró la necesidad de regular la materia en los siguientes términos: "Artículo 9°.- Concursos. (...) En caso de condenarse a una persona por hechos cometidos como adolescente

y que constituyó otra de las cuestiones que fueren suprimidas en el Senado sin que en este caso exista constancia concreta de los motivos que llevaron a que se tomara dicha decisión<sup>100</sup>. Se trata de un modelo que en los casos más graves, recurría a la exasperación, conformándose con la absorción de la pena adolescente en los demás. Conviene además apuntar que el mensaje del ejecutivo ya incluía una regla específica (art.9) orientada al tratamiento de lo que denominó como concursos<sup>101</sup> disposición que, con leves modificaciones, dio lugar a la que posteriormente fuere aprobada por la H. Cámara de Diputados<sup>102</sup>.

A ello se suma el que no hay razones concretas en la historia de la ley que permitan interpretar el vacío legal de alguna forma en particular. Y es que el rechazo de las propuestas debatidas sobre el particular parece en este caso fundarse exclusivamente en una cuestión contingente: la disposición en comento regulaba los aspectos procesales y los materiales<sup>103</sup>, adoptándose razonablemente la decisión de *separar* ambas cuestiones<sup>104</sup>. El punto está en que las discusiones atinentes al contenido de la regla de procedimiento (que se discutieron primero exclusivamente por el orden en que aparecían tratadas en el texto aprobado por la H. Cámara de Diputados) opacaron las cuestiones materiales pendientes de resolución, las que en definitiva se omitieron sin dejar constancia del motivo<sup>105</sup>.

---

*y como adulto, se estará a las siguientes reglas: La sanción o pena correspondiente a cada uno de estos hechos será determinada conforme a las reglas de la ley que le sea aplicable, imponiéndose sólo aquella que sea de carácter privativo de libertad. En todo caso, si correspondiere la aplicación de más de una pena privativa de libertad, se impondrá aquella que se funde en el delito ejecutado como adulto, pudiendo ser aumentada hasta por un máximo de 2 años atendida la naturaleza y circunstancias de la infracción cometida como adolescente. Si no correspondiere imponer penas privativas de libertad, preferirá la pena que se funda en el delito cometido como adulto".* HL, p. 378.

100 HL, pp. 650 y ss.

101 HL, p. 17. Conviene apuntar que dicha disposición sólo propuso una regla para el caso en que debiera someterse a un mismo juicio la sanción como adulto y como adolescente, confirmando de paso que las hipótesis concursales entre delitos cometidos como adolescentes se encuentran ya regladas en la mecánica general de determinación de la pena (a ello se destinaba, según ya vimos, el número 4 del artículo 20). Aparecen confundidos ambos grupos de reglas en MATUS (2009, pp. 553 a 556).

102 HL, p. 82-3.

103 De ahí que no se trate de un *error de transcripción*, como sostiene MATUS (2009, p. 553) no solo porque la disposición sometida a discusión separaba claramente ambos ámbitos, sino porque se debatió y acordó concretamente materializar dicha separación.

104 El inciso primero de la disposición sometida a discusión señalaba: "Si a una misma persona se le imputa una infracción sancionada por esta ley y un delito cometido siendo mayor de 18 años, la investigación y juzgamiento de estos hechos se regirá por las normas del Código Procesal Penal aplicable a los imputados mayores de edad, si tuviere 20 años o más. En caso contrario se regirá por las reglas de procedimiento establecidas en la presente ley", conservándose su contenido en el actual art.28.

105 HL, pp. 650-2.

Pero aun más, concurre en estos casos una dificultad adicional de carácter práctico y material toda vez que parece difícil concebir (y conceptualizar) una solución concursal para estos casos, atendido a que parece perder todo sentido el sólo hecho de plantearse la posibilidad de ejecutar una condena prevista bajo los caracteres de especialidad del sistema penal de adolescente respecto de quien ya ha incurrido en una infracción penal como adulto<sup>106</sup>.

Ello explica por qué *no puede ser considerada como satisfactoria* una respuesta que se limite a proponer una ejecución copulativa de las condenas determinadas conforme a cada uno de los sistemas en juego (CP y Ley 20.084), más allá que aun reste en dichos casos el precisar la forma como se procederá a su ejecución. En efecto, poco sentido tiene el que se ejecute inicialmente una pena de adolescentes si su cumplimiento satisfactorio sólo dará paso al inicio de la condena propia del régimen de adultos. Carece igualmente de sentido ejecutar una condena *de adolescentes* (y sobre todo su contenido especial) cuando ya se ha dado cumplimiento a una condena como adulto.

---

106 Como ya destacamos el punto relevante no radica en el hecho de que se esté enjuiciando bajo dicho modelo especial a un mayor de edad. De hecho, es evidente que el sistema previsto en la ley 20.084 habilita a que se reaccione frente a una persona que tiene más de 18 años en virtud de una responsabilidad que se ha detonado cuando era menor de edad. Baste tener en cuenta el texto del art.56 (*"En caso que el imputado o condenado por una infracción a la ley penal fuere mayor de dieciocho años o los cumpliera durante la ejecución de cualquiera de las sanciones contempladas en esta ley o durante la tramitación del procedimiento, continuará sometido a las normas de esta ley hasta el término de éste"*), la extensión que pueden abarcar las sanciones más gravosas (particularmente la privación de libertad) y las reglas de prescripción previstas (*"Artículo 5º.- Prescripción. La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses"*) para arribar a dicha conclusión. Piénsese por ejemplo en la posibilidad que concede nuestra regulación de imponer una condena privativa de libertad de carácter especial (en su modalidad de ejecución y contenidos concretos) a una persona de 27 o 28 años, que fuere condenada a la extensión máxima (10 años) por uno o más delitos cometidos cuando tenía 17. Si por otro lado, dicha base fuere estimada como un motivo para extraer conclusiones en el ámbito que ahora nos ocupa debiésemos operar en general entendiendo que la condena por delitos regulados en la ley 20.084 solo tiene sentido si se impone sobre un menor de edad, argumento que permitiría sostener que su sentido se justifica exclusivamente si el condenado es adolescente. Se plantea a partir de ello un problema irresoluble, que contrapone la seriedad de las sanciones previstas (su real vocación de ser completamente ejecutada) con su especialidad, pues lógicamente constituiría un argumento para reclamar el término anticipado de las condenas a la fecha de cumplimiento de la mayoría de edad. La solución alternativa no es más tolerable, pues la idea de que dicho hito se traduzca en una conversión del régimen de cumplimiento (en uno propio de un adulto) no solo no parece practicable en buena parte de los casos, sino que además choca con la propia base diferenciada que define las sanciones previstas en la ley 20.084. A partir de ese supuesto se estaría directamente infringiendo el principio de legalidad penal (entre otras garantías) pues dicha aplicación implicaría imponer una condena que no se encuentra prevista en la ley. En efecto, también en este caso el art.10 N°2 del CP excluiría la posibilidad de entender que se aplicaría conforme al CP y el art.1° haría lo propio con el sistema especial previsto en la ley 20.084. En el sentido objetado MATUS (2009, pp. 552-3 y 556 y ss.).

Todo ello pone en evidencia el que a fin de cuentas la complejidad más profunda del tema radica sólo en un aspecto formal, pues a nivel material parece del todo razonable asumir que la pérdida de sentido que afecta a la condena adolescente en cualquiera de esos casos debería tener reflejo en la solución final<sup>107</sup>. En concreto parece razonable que el concurso se resuelva a favor de una regla de absorción, asumiendo *por principio* la mayor gravedad asociada a la responsabilidad delictual de los adultos<sup>108</sup>.

Reconocemos que en casos de mayor gravedad la fórmula propuesta puede dar lugar a efectos contraproducentes en cuanto podría permitir que quien ha delinquido como adolescente incida determinadamente en el contenido de su sanción en términos inapropiados. Así sucederá si se ha ejecutado un hecho de gravedad y se aprovecha la mayoría de edad para reincidir, esta vez, en un ilícito de menor entidad. Es sólo a partir de esa base que parece aconsejable atribuir algún efecto a la condena precedente, ajustándose en todo caso la sanción en el nivel de los contenidos, esto es, operando en base al modelo propio de los adultos<sup>109</sup>. De ahí que los objetivos y problemáticas (todos) que confluyen en este caso parezcan mejor servidas si se complementa la regla de absorción con casos de exasperación de la pena aplicable conforme al régimen general de los adultos<sup>110</sup>. Se trataría por ello de la regla que *por defecto* debiésemos seguir a falta de texto expreso, de donde concluimos que el problema es, a fin de cuentas, de carácter formal.

En dicho plano (el meramente formal, emanado del hecho que las normas positivas de concurso de delitos de ambos regímenes no parecen reclamar aplicación en estos casos) entendemos que es posible aprovechar las reflexiones que hemos compartido a propósito de la no aplicación de la regla prevista en el art.74 del CP en la Ley 20.084 y de las razones para aceptar la procedencia del art.351 del CPP, para encontrar una fórmula de solución. En efecto, hemos precisado que el art.74 no es una regla de determinación de pena sino una disposición

107 Sobre esta base (compartida) pero considerando aplicaciones propias de la dinámica que hemos objetado en Nota anterior, MATUS (2009, pp. 553 y ss.) arriba a esta misma conclusión bajo una fórmula diversa que decanta en regular el concurso directamente, y respecto de todos los delitos, bajo las reglas aplicables a los adultos. Obvia que lo que pierde sentido es la responsabilidad penal adolescente y no el carácter especial asociado a una responsabilidad penal que se estima por ello subsistente, transformada en una de diversa naturaleza.

108 Se trata de una afirmación diversa a la que puede emitirse en torno a la gravedad comparativa de las sanciones de adultos y de adolescentes. De hecho veremos que hay buenos motivos para asumir que la presencia de una igualdad formal en dicha comparación se traduce materialmente en una valoración de mayor gravedad de la condena propia de los adolescentes, y no solo por razones de proporcionalidad.

109 De esa forma se evita en términos prácticos la ejecución sin sentido de una condena confeccionada para la responsabilidad penal adolescente.

110 Precisamente ese es el contenido de la propuesta antes transcrita, aprobada por la Cámara de Diputados, y que fuere rechazada en el Senado en más de una oportunidad.

referida a las modalidades de ejecución de un conjunto de ellas. Asimismo, hemos reseñado que el art.351 del CPP no solo tiene un nexo material con la determinación de la pena sino que además tiene un rol como norma referida al juzgamiento de los delitos, reiterando además que se define como una regla de carácter condicional (esto es, aplicable exclusivamente si da lugar a una sanción menos gravosa).

Creemos que ambas acotaciones permiten fundar la posibilidad recurrir a sus contenidos para resolver los casos en cuestión, considerando especialmente el que su aplicación emana de reglas de remisión subsidiarias (arts. 1º inc.segundo y 27) que en este caso parecen plenamente satisfechas. En efecto, en esta oportunidad no puede discutirse que se trata de una materia *no regulada* en la ley 20.084, lo que detona la necesidad de recurrir a las reglas generales<sup>111</sup>. Por su parte, tampoco resulta discutible que operen en torno a las condenas que se imponen en el régimen de adultos.

Hay que tener en cuenta que no es igual proceder a determinar la pena conforme a alguno de los procedimientos o modelos concurrentes (el general del CP y el previsto en la Ley 20.084) donde la presencia de presupuestos y sanciones incompatibles (como sucede en este caso) hacen que la tarea parezca imposible (y de hecho lo es), que recurrir a disposiciones que norman la forma de juzgar determinados comportamientos y proceder a ejecutar sanciones ya afinadas, aspecto presente en las disposiciones mencionadas y que relevamos en este caso en particular a los efectos de habilitar a su aplicación<sup>112</sup>. Esta acotación genera el problema de determinar cómo debe procederse a la aplicación de dichas disposiciones en los casos que ahora nos ocupan, atendido que no siempre sus presupuestos parecen sencillos de compatibilizar.

En primer lugar nos haremos cargo del caso en que los delitos concurrentes son de la misma especie. A este respecto debe inicialmente rechazarse la posibilidad de darle aplicación a los efectos previstos en el inciso primero del art.351 del CPP, toda vez que operan sobre una

---

111 Acá no se plantea problema alguno en el ámbito de la integración, pues el contenido de las disposiciones citadas salva el que estemos haciendo uso de la analogía.

112 En relación al art.74 del CP parece necesario aclarar que en modo alguno puede oponerse a ello el que una de las reglas previstas entre sus contenidos no parezca posible de aplicar en estos casos, particularmente pues se trata de una regla complementaria (y por ello secundaria) que no altera el sentido de la disposición que se busca establecer de manera principal. Se trata de aquella que dispone una forma concreta de cálculo de la pena más grave pues en cuanto recurre a las escalas previstas en el régimen de adultos no permite incorporar en el procedimiento a las sanciones establecidas en la ley 20.084. Y es que la imposibilidad de aplicar dicha regla no altera la plena procedencia de aquella a la que sirve y que tiene carácter principal, esto es, aquella que resuelve la forma de ejecución a partir de la pena que pudiera recibir la calificación de mayor gravedad. En concreto, es perfectamente posible aplicarla recurriendo a una comparación abierta.

base imposible de constatar pues no parece sostenible que un delito cometido como adulto y otro cometido como adolescente *puedan llegar a ser considerados como uno sólo*. Hay una diferencia sustancial entre ambos sistemas que emana de los caracteres propios de la responsabilidad que se regula en cada caso lo que, en esta oportunidad, se opone a considerar dicha posibilidad<sup>113</sup>.

No acontece lo mismo con la regla prevista en su inciso segundo, que por ello sería plenamente procedente. Ahora bien, su aplicación no es sencilla pues se requiere algo más de desarrollo para poder determinar qué debemos entender por *pena mayor*<sup>114</sup> en este contexto, recordando que la regla permite al sentenciador elevar uno o dos grados de pena por sobre aquella que tenga dicha calidad de entre todas las concurrentes. En lo concreto, el problema dice relación entonces con la fijación de la fórmula que permitirá precisar cuál de las condenas va a ser aquella que sobrevivirá a su aplicación (la que proponga una *pena mayor*) y que será aumentada en uno o dos grados.

Lo primero a tener en cuenta es que en este caso se deben comparar grados de penalidad pues la propia formulación que propone el inciso segundo del art.351 del CPP se aplica a un rango o grado de penalidad, siendo por ello esa la *unidad de medida* que se propone utilizar para discriminar entre los delitos.

En concreto habrá que ver cuál de los *grados de pena* es superior y quedarse con el delito al que se encuentra asociado. Si son de la misma entidad habrá que quedarse con aquél que corresponda al delito *de adolescentes* pues ya hemos visto que la pena en dicho caso es más aflictiva por su contenido.

Dicha base es la única que permite hacer aumentos de grado, paso previo a la aplicación de lo dispuesto en el art.69 del CP. Apoya también esta afirmación el que la aplicación de esta disposición en la ley 20.084 se produce en el art.21, esto es, incidiendo en la fijación de una pena base que también se expresa en grados de penalidad, y que permitirán realizar la conversión de dicho rango en un tramo o marco penal de los considerados en el art.23<sup>115</sup>. Final-

113 Oo. en MATUS (2009, p. 553) lo que se explica por las consecuencias que asocia a la *pérdida de sentido* de la sanción de adolescentes (y no del adolescente, que ya no es tal).

114 El inciso detalla: "Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos".

115 Presupone por ello la aplicación de los límites establecidos en el art.22.

mente, hay que considerar también que es la única modalidad (salvo, claro está, la condena completamente afinada) que permite una efectiva comparación. Esto último se confirma por el hecho que la pena base se configura en torno a criterios y valoraciones que son propias de la legislación de adultos, teniendo además en cuenta que lo difícil de fundamentar es que en estos casos se recurra a una sanción de adolescentes (y con ello a la dinámica especial y propia de su determinación).

En casos de equivalencia parece claro que debe atribuirse mayor gravedad a la pena que represente al delito adolescente, toda vez que ya tiene incorporado el diferencial que emana de la proporcionalidad (tiene un peso específico propio más representativo de un índice de afflictividad) y considerando que, en su caso, la ejecución de la sanción que se aplicará también tiene incorporado un contenido de afflictividad mayor, esta vez en atención a la relación de autonomía que propone respecto de la posición social del individuo. Es evidente que el mayor contenido invasivo que caracteriza a las fórmulas de ejecución previstas para las sanciones de la ley 20.084 responden a una idea de que la intervención es cualitativamente superior a aquella que se dispone en el régimen de adultos, dirigido a generar y motivar condiciones de readaptación. Este elemento, que constituye un aspecto voluntario en el régimen de adultos, se incorpora con contenidos forzosos y definitorios en estos casos, haciendo que, en comparaciones formalmente equivalentes, deba considerarse la mayor profundidad del *tratamiento* que proponen. Se trata del mismo supuesto que lleva al legislador penal a atribuir –al menos teóricamente- mayor gravedad a la condena de presidio que a la reclusión<sup>116</sup> y que en este caso, por ejemplo, se refleja en las referencias a que el internamiento deba considerar un *programa de reinserción*.

Ahora bien, en los demás casos (cuando no se trata de delitos de la misma especie) estas mismas consideraciones deben tenerse en cuenta a la hora de aplicar el régimen de ejecución que plantea el art. 74 del CP, particularmente a los efectos de resolver la pena más grave y, sobre esa base, la condena que iniciará el orden de ejecución. La única diferencia radica en que en este caso deben compararse las condenas ya afinadas conforme al presupuesto operativo del art. 74<sup>117</sup>. En estos casos deberían entonces aplicarse ambas condenas, determinadas

<sup>116</sup> Esta misma afirmación se presenta en la reflexión que propone VIVES ANTON respecto de la comparación de afflictividad que puede desarrollarse entre una pena y una medida de seguridad, concluyendo que, sobre esa base, la presencia de un límite común se traduce necesariamente en una extensión temporal menor de la medida (VIVES ANTON, “*Comentarios...*”, pág. 64)

<sup>117</sup> Para ello debemos tomar como base la condena efectiva que se deberá cumplir. Ello implica, por ejemplo, que la procedencia de alguna de las medidas previstas en la Ley 18.216 hará que sea ésta la consecuencia que servirá de base para efectuar la comparación.



completamente en forma independiente, disponiéndose su ejecución conjunta, si ello fuere posible, o iniciándose la ejecución por aquella que tenga mayor gravedad.

Si bien lo señalado constituye una respuesta del todo sustentable presenta el problema de que lleva a resultados del todo insatisfactorios. En primer lugar, pues el sentenciador debe limitarse a calcular la sanción correspondiente a cada infracción conforme a las características del sistema que corresponda aplicar (de adulto o de adolescente) sin considerar por ello ninguno de los aspectos que refleja el concurso. Asimismo, es evidente que en este contexto la sanción prevista en el régimen de adolescentes pierde todo su sentido, transformándose en irrelevante su contenido especial.

Dichos componentes no sólo carecen de toda lógica en hipótesis de ejecución simultánea siendo incluso mucho más palpables en casos de ejecución secuencial. En efecto cuando la *pena de adolescentes* debiere ejecutarse inicialmente por ser la más gravosa, su *exitoso* término sólo se verá recompensado con el inicio a la sanción correspondiente al régimen de adultos, lo que minimiza cualquiera de los factores asociados a responsabilización o reinserción. A la inversa, el haber experimentado la ejecución de una condena penal de adultos (incluyendo sus efectos criminógenos) hace que sea muy difícil esperar cualquiera de dichos efectos de una *pena juvenil* posterior.

De ahí que entendamos que estas inconsistencias permitirían sostener (en caso de concurrir acorde a las características concretas del caso) una aplicación del régimen de absorción previsto en el inciso segundo del art.351 del CPP, justificado en base a la técnica de la analogía. Hay que tener presente que el vacío existe (sin lugar a dudas) y que la única fórmula interpretativa posible de sostener arriba a un resultado absurdo, respecto del cual, la solución *por defecto* parece más satisfactoria. El que se trate de la *regla por defecto* (la que en teoría debiera regir estos casos) es de por sí un antecedente que también avala esta aplicación, como también el que la disposición citada se rija por la idea de la mayor favorabilidad (como aplicación del extremo de lo tolerable), cuestión que en este caso opera a favor de su propia aplicación y no para afirmar un reenvío a la regla general.

Más sencilla resulta la resolución de los casos en que se debe iniciar el cumplimiento de la pena en base a la condena *de adultos*. Y no sólo por la mayor correspondencia de dicho supuesto con la base material de esta modalidad concursal, sino en base a que la sanción de adolescentes puede ser modificada o suspendida (y en dicho caso, al final, revocada), acorde

a las reglas contenidas en los arts. 53 (sustitución)<sup>118</sup>, 55 (revocación)<sup>119</sup> y 41 (suspensión)<sup>120</sup>, más allá de las dificultades que plantean las exigencias previstas para su aplicación.

En lo demás y salvo el recurso a la aplicación de una regla de absorción que favorezca la aplicación exclusiva de la condena de adultos en base al recurso que concede la analogía a favor del reo, se demanda de urgencia para los demás casos una respuesta positivamente reglada.



---

118 "Artículo 53.- Sustitución de condena. El tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello **parezca más favorable para la integración social del infractor** y se hubiere iniciado su cumplimiento."

119 "Artículo 55.- Remisión de condena. El tribunal podrá remitir el cumplimiento del saldo de condena cuando, en base a antecedentes calificados, considere que **se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición**. Para ello será aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 53".

120 "Artículo 41.- Suspensión de la imposición de condena. Cuando hubiere mérito para aplicar sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días, pero **concurrieren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable su imposición**, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses".

## Bibliografía

---

- ASUA BATARRITA, Adela, "La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos Penales españoles del siglo XIX", Edit. Universidad de Deusto, Bilbao, 1982.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, "Historia de la Ley 20.084" (en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)). Se cita "HL"
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Derecho penal del Niño-adolescente. Estudio sobre la ley penal del adolescente". Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
- CERDA SAN MARTIN, Rodrigo ( 2008 ), "La unificación de penas contemplada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales", Revista de la Justicia Penal, N° 2, Marzo, 2008, pp. 187 a 208.
- CERDA SAN MARTIN, Mónica / CERDA SAN MARTIN, Rodrigo, "Sistema de responsabilidad penal para adolescentes", 2º ed., Librotecnia, 2007.
- CILLERO B., Miguel ( 2005 ), "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño", en Justicia y derechos del Niño N° 7, 2005, pp. 97 y ss.
- CILLERO B., Miguel ( 2006 ), "Comentario a la ley de responsabilidad penal de adolescentes de Chile" en Justicia y Derechos del Niño N° 8, 2006, pp. 105 a 112.
- CILLERO B. Miguel ( 2008 ), "Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el Derecho Penal de adolescentes chileno", Documento de Trabajo N° 13, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, año 2008. ( documento inédito, que ha sido gentilmente facilitado al autor )
- CILLERO B. Miguel / MALDONADO F. Francisco, "El proceso de reforma legislativa en Chile", en GARCIA MENDEZ / BELOFF: "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", 3º ed., Temis, 2004.
- COMISIÓN DE EXPERTOS ( I ), Primer Informe Comisión de Expertos, Octubre, 2006, versión en Internet <http://www.paz ciudadana.cl/publs.php?show=CAT&idCat=26>
- COMISIÓN DE EXPERTOS ( II ), Segundo Informe Comisión de Expertos, Abril, 2007, versión en Internet <http://www.paz ciudadana.cl/publs.php?show=CAT&idCat=26>
- COUSO SALAS, Jaime ( 2008 ), "Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: El caso de la Ley chilena", en Justicia y Derechos del niño N° 10, 2008, pp. 97 a 112.
- CUERDA RIEZU, Antonio, "El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990", en ADPCP, Tomo 44, vol 3, 1991, págs. 821 a 866
- CURY URZÚA, Enrique, "Derecho Penal. Parte General", Ediciones Universidad Católica de Chile, 7º ed. Santiago, 2005.

- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, "El principio de proporcionalidad penal", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DUCE JULIO, Mauricio, "El derecho a un Juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil", *Ius et Praxis*, Año 15, n°1, 2009, pp. 73 y ss.
- DURAN MIGLIARDI, Mario, "Análisis político criminal de la Ley de Responsabilidad Penal adolescentes y sus modificaciones", en *Estudios de Ciencias Penales. IV Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Valdivia, 2007, pp. 275 y ss.
- ETCHEBERRY O. Alfredo, "Derecho Penal. Parte General", Edit. Jurídica de Chile, 3° ed., Santiago, 2004.
- GARRIDO MONTT, Mario, "Derecho Penal. Parte General", (Tomos I y II), Edit. Jurídica de Chile, 4° ed., Santiago, 2007.
- HERNANDEZ, Héctor, "El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito", *Revista de derecho Universidad de Valdivia*, Vol. XX. N°2, Diciembre 2007, pp. 195-217.
- HORVITZ L., María Inés, "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en *revista del CEJ* N° 8, pp. 97 a 119.
- HORVITZ, María Inés / LOPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomos I y II, Reimpresión 1° edición, 660 págs., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- LASCURAIN SANCHEZ, J.A., "La proporcionalidad de la norma penal", en *Cuadernos de Derecho Público*, N°5, 1998, págs. 159 y ss.
- MALDONADO FUENTES, Francisco, "La especialidad del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado", en *Justicia y Derechos del Niño* N°6, 2004, pp. 103 a 160.
- MALDONADO FUENTES, Francisco, "Responsabilidad penal juvenil: estado actual y perspectivas", en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), año 2009. Se cita MJCH\_MJD372 | MJD372
- MAÑALICH, Juan Pablo, "¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?", Informe en Derecho, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2009.
- MATUS A., Jean Pierre ( 2002 ), "Artículos 74 a 78" en *VVAA: "Texto y Comentario del Código penal chileno"*, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, 2002, pp. 383 a 407.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, "Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas", en *Ius et Praxis*, Año 14, n°2, 2009, pp. 525 y ss.
- MEDINA SCHULZ, Gonzalo, "Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente", Documento de Trabajo N°

- 14, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, año 2008 (publicado posteriormente en REJ N° 11, pp. 201 a 234.)
- MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal. Parte General." Edit. Reppertor, 7ª Edición, Barcelona, 2005.
  - NOVOA MONREAL, Eduardo, "Curso de Derecho Penal chileno", Edit. Jurídica de Chile, 3° ed., Santiago, 2005.
  - POLITOFF, Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General y Parte especial. 2ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004 (reimpresión de la parte especial de 2009).
  - SAINZ GUERRA, Juan, "La evolución del derecho penal en España", Servicio de publicaciones Universidad de Jaen, 2004.
  - SAN MARTIN, María Angélica, "Valoración de circunstancias concurrentes no constituye doble valoración prohibida, ni admite revisión vía recurso de nulidad: comentario fallo de la corte de Apelaciones de Antofagasta. Recurso 62/2009", en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 38, marzo de 2009, pp.295 a 300.
  - SANZ MORAN, Angel, "El concurso de delitos, aspectos de política legislativa", Publicaciones Universidad de Valladolid, serie derecho N°5, Valladolid, 1986
  - VAN WEEZEL, Alex, "Determinación de la pena exacta: el artículo 69 del Código Penal", lus et Praxis, año 7 n°2, 2001, pp. 401 y ss.
  - VAN WEEZEL, Alex, "Unificación de las penas. La regla del artículo 160 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales", en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 207, año LXVIII, 2000, pp. 55 a 58.
  - VIVES ANTON, Tomás Salvador, "Comentarios al Código penal de 1995", edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.



## 6. LOS ALCANCES DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL (LEY N° 20.084)

Por Mauricio Duce Julio\*

El presente trabajo corresponde a un informe en derecho solicitado por la Defensoría Penal Pública con el objetivo de precisar los alcances del inciso primero del artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (Ley n° 20.084, en adelante "LRPA").<sup>1</sup> En especial, se me ha pedido que me pronuncie sobre dos temas que han generado un cierto debate en la escasa doctrina y jurisprudencia existente respecto al uso de esta norma que se derivan de una de las frases de dicho inciso que indica que "El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad". En primer lugar, se pide mi pronunciamiento acerca si esta cláusula cubre sólo los casos en que el imputado se encuentra en situación de flagrancia o incluye también toda hipótesis de investigación en donde participe el joven imputado aún sin

---

\* Abogado, Universidad Diego Portales Master of the Science of Law, Stanford University, Profesor Titular Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

1 El artículo 31 de la LRPA es una norma compleja que contiene diversas reglas y estándares. Su inciso primero señala textualmente: "Artículo 31.- Detención en caso de flagrancia. Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3° del Título V del Libro I del Código Procesal Penal. Si se diere lugar a la ampliación del plazo de la detención conforme al artículo 132 de dicho Código, ésta sólo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la presente ley."

estar en tal caso. En segundo término, se me pide me pronuncie acerca de las consecuencias procesales que debiera tener el que se lleve adelante una declaración o se realicen diligencias en incumplimiento de la exigencia que el defensor del joven imputado esté presente.

Sostendré que la norma en análisis constituye una regla de especialidad de la LRPA establecida centralmente con el propósito de proteger el derecho de los jóvenes imputados a no autoincriminarse. Por dicha razón debe cubrir no sólo situaciones conflictivas con tal derecho al momento de practicarse detenciones flagrantes, sino también en todos los otros casos en que la investigación de la policía o un fiscal pongan en riesgo tal derecho fundamental. Además, sostendré que la sanción procesal adecuada para el incumplimiento de esta norma debiera ser la exclusión de la prueba obtenida debido a que en estos casos se infringe una garantía fundamental.

Para justificar mis respuestas el presente informe se dividirá en cuatro secciones. En la primera de ellas realizaré una reflexión general sobre la necesidad que tienen los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes de contar con un conjunto de normas especializadas destinadas a proteger sus derechos individuales. Se trata de una reflexión indispensable para contextualizar las funciones que cumple el inciso primero del artículo 31 de la LRPA en nuestra legislación. En ella me detendré especialmente en cómo se regula el derecho a no autoincriminarse y su renuncia en el derecho internacional de los derechos humanos y cómo ello ha sido recogido también en el ámbito comparado.

En la segunda sección realizaré un breve análisis de los contenidos de la norma en análisis de manera de precisar el ámbito de protección que ella cumple en el nuevo sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. En la tercera sección responderé a la primera de las cuestiones sobre las que se me ha solicitado pronunciamiento en este informe referida a los alcances de la protección que ofrece la norma en estudio. Finalmente, en la cuarta responderé la segunda interrogante planteada, es decir, cuáles debieran ser las sanciones procesales que se derivan de su infracción.



## 1. El Derecho a un Juzgamiento Especializado y los Sistemas de Responsabilidad Adolescente por Infracciones a la Ley Penal

### 1.1. El Derecho de los Jóvenes a un Juzgamiento Especializado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Hoy existe un consenso amplio respecto a que el punto de partida básico en la configuración de un sistema de justicia juvenil está en la necesidad que el juzgamiento y sanción de los niños y jóvenes por infracciones de carácter penal sean llevados adelante por un sistema especial de responsabilidad que cuente con algunas características diversas a la de los adultos. Este tratamiento especial se basaría en las diferencias de hecho que presentan los niños y jóvenes respecto a los adultos, lo que justificaría que los ordenamientos jurídicos establezcan reglas especiales a favor de los primeros. Así, por ejemplo, uno de los teóricos más influyentes en la materia ha señalado sobre este punto que:

“El ordenamiento jurídico tiene que otorgarle un estatus especial normativo a los menores y menores adultos que se encuentran en el período de desarrollo respecto de los mayores...ello resulta ya del hecho que la gente joven muestra una menor competencia de acción (social) y un déficit de estatus social condicionado por la edad...de ello se siguen consecuencias para el procedimiento penal de menores. Esto es, menor competencia de acción significa justamente para la criminalización de gente joven, que “ellos”, en el transcurso ulterior de la persecución penal, dominan poco las situaciones de interacción, pues oponen menos resistencia a las instancias... Las consecuencias de estos conocimientos de investigación instancial y criminológica de menores tienen que ser un fortalecimiento de los derechos procesales de protección en el procedimiento penal de menores.”<sup>2</sup>

La idea de que el juzgamiento a jóvenes infractores debe ser especializado ha sido recogida y consagrada como un derecho fundamental por el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, una revisión general del derecho internacional de los derechos humanos permite concluir que el derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes -o como lo llamaré para efectos de este informe el “principio de especialidad”- encuentra una fuerte regulación y reconocimiento tanto en los instrumentos internacionales especializados en materia de infancia como en los generales, ya sea universales o de carácter regional. Asimismo, diversos órganos internacionales que aplican dichos instrumentos se han pronunciado reforzando la necesidad de la especialidad del sistema juvenil en materia procesal.

<sup>2</sup> Véase, Peter-Alexis Albrecht, *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, 1990, págs. 406 y 407.

En materia de instrumentos especializados el documento universal base es la Convención de los Derechos del Niño (en adelante la CDN). La CDN establece desde su preámbulo la idea de la necesidad de un tratamiento especial de los jóvenes y niños infractores. Así, en su párrafo noveno, haciendo referencia a la Declaración de los Derechos del Niño, señala que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Esta idea luego se desarrolla explícitamente en el artículo 40.3 del mismo texto que establece la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas apropiadas para promover el “...establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue han infringido las leyes penales...”.

Este mandato ha sido reforzado por la opinión que sobre la materia ha elaborado el Comité de Derechos del Niño.<sup>3</sup> Este ha señalado recientemente en su Observación General n° 10 de enero/febrero del año 2007 (en adelante OG/10) referida precisamente a “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores” que:

“Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como en sus necesidades emocionales y educativas. Estas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia separada de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños”<sup>4</sup>.

No se trata del único instrumento internacional especializado que se refieren a la materia. Así, una regla similar a la de la CDN puede encontrarse en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (en adelante “Reglas de Beijing”), que señala en su regla n° 2.3 “En cada jurisdicción nacional se procurará un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores...” También en las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (conocidas como las Directrices RIAD) de 1990 es posible encontrar una norma similar. Así, en el capítulo VI sobre legislación y administración de la justicia de menores la Directriz 52 señala “Los gobiernos deberán promulgar y publicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y bienestar de los jóvenes”.

<sup>3</sup> El Comité de los Derechos del Niño es un órgano dependiente de la Organización de Naciones Unidas creado bajo el alero de la Convención sobre los Derechos del Niño con la función de supervisar y verificar su cumplimiento de parte de los Estados signatarios.

<sup>4</sup> Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 10, Enero/Febrero de 2007, párrafo 10.

Esta idea de especialidad del sistema juvenil no es propia o exclusiva de los instrumentos internacionales especializados en la materia sino que un principio sólidamente establecido en el sistema internacional en general. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el "Pacto"), el principal tratado internacional de reconocimiento de derechos de carácter universal, establece explícitamente en su artículo 14.4, referido a las garantías del debido proceso, que ". En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social."<sup>5</sup> A partir de esta norma el Comité de Derechos Humanos del Pacto (órgano que interpreta y aplica sus disposiciones) ha reconocido la necesidad que los procesos para el establecimiento de responsabilidad penal de los jóvenes sean conducidos de manera diferente a la de los adultos tomando en consideración a sus características especiales.<sup>6</sup> Esto ha llevado a que se sostenga que el Pacto impone en ciertas circunstancias garantías extras en favor de los jóvenes en comparación con los adultos en los procesos juveniles.<sup>7</sup>

En nuestro ámbito regional, el instrumento de mayor relevancia es la Convención Americana Sobre Derechos Humanos conocida también como el Pacto de San José de Costa Rica (en adelante "Convención Americana").<sup>8</sup> Ella establece en su artículo 5.5 que "Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento."<sup>9</sup> Junto con este reconocimiento normativo explícito la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la materia, tanto como parte de su competencia consultiva como en uso de sus facultades jurisdiccionales. La Corte elaboró la Opinión Consultiva n° 17 del año 2002 (en adelante OC-17/2002) cuyo tema central fue "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño."<sup>10</sup> En ella señaló que los niños: "En razón de su inmadurez y vulnerabilidad,

5 Recordemos que el Pacto ha sido ratificado por Chile e incorporado a la legislación interna mediante su publicación en el Diario Oficial el día 29 de abril de 1989.

6 Véase Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary, N.P. Engel Publisher, Germany, 2005, p. 347. Más recientemente el propio Comité ha enfatizado esta idea en su Observación General n° 32 de 2007 párrafos 42 a 44.

7 Véase, Dominic McGoldrick, The Human Rights Committee, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 411.

8 La Convención ha sido incorporada a la legislación interna por medio de su publicación en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

9 Cabe señalar que una norma prácticamente idéntica está recogida en el artículo 10.2 b) del Pacto.

10 Se trata de una opinión solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de marzo de 2001. La solicitud busca que la Corte se pronuncie "sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados" en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana". Según se consigna en la opinión de la

requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.”<sup>11</sup> La Corte agregó, además, que:

“Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.”<sup>12</sup>

Conceptos similares han sido reiterados con posterioridad por parte de la Corte Interamericana a propósito del conocimiento de casos en materias propias de sus facultades jurisdiccionales. Uno de los casos más paradigmático ha sido el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” del año 2004.<sup>13</sup> En el párrafo 209 la Corte, citando a su OC-17/2002, señala que:

“Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.”

Luego de revisado este conjunto de normas y opiniones emanadas en distintos órganos del sistema internacional me parece que es pacífico concluir acerca del reconocimiento y existencia del derecho a un juzgamiento especial de los jóvenes y la importancia que este tiene como guía para la construcción y análisis de los sistemas de justicia juvenil.

El gran desafío que impone el sistema internacional a los ordenamientos jurídicos internos es

---

Corte, la preocupación de la Comisión por el tema tiene como antecedente que: “[e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.” Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n° 17 (OC-17/2002) Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, párrafos 1 y 2.

11 Idem párrafo 93.

12 Idem párrafo 96.

13 Véase Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 2004.

recoger estos mandatos pero sin que necesariamente exista una guía completamente desarrollada de cómo debe hacerse este proceso. La lógica general del sistema internacional de derechos humanos es regular un conjunto de normas y principios generales, entregándole un margen de apreciación a los Estados para decidir luego cómo pueden incorporar estas normas y principios generales en sus propios ordenamientos.

### **1.2. - El Principio de Especialidad y la Necesidad de Reforzar las Garantías del Debido Proceso (en especial el derecho a no autoincriminarse)**

En este contexto, un primer eje temático en donde el principio de especialidad tiene un impacto relevante en materia procesal penal es en el reforzamiento de ciertas garantías que integran al debido proceso. Hoy me parece pacífica la idea que la construcción de cualquier sistema procesal se debe hacer sobre la base de respetar las garantías mínimas del debido proceso. El supuesto básico en la legislación internacional para la existencia de un proceso legítimo es el debido proceso<sup>14</sup>, el cual se encuentra ampliamente regulado tanto en el Pacto Internacional (fundamentalmente artículos 9 y 14) y tratados regionales como la Convención Americana (fundamentalmente artículos 7 y 8) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 5 y 6).<sup>15</sup>

Una característica central de la noción del debido proceso reconocida en el sistema internacional, es que ésta constituye una garantía compleja, compuesta por múltiples garantías específicas, todas las cuales deben estar presentes al momento en que se determinan judicialmente derechos y obligaciones de las personas, no importado la calidad que tengan esas personas.<sup>16</sup>

En este contexto argumentar que el piso de garantías procesales para los jóvenes está constituido por el debido proceso debiera ser una cuestión obvia que ni siquiera requeriría men-

<sup>14</sup> En este sentido véase la opinión de la Corte Interamericana en OC-17/2002 que señala en su párrafo 115 que "Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en que la libertad individual de un individuo está en juego".

<sup>15</sup> Una visión detallada de las principales garantías penales reconocidas en el ámbito internacional, pero con especial énfasis en la jurisprudencia de la Convención Europea, puede verse en Stephanos Stavros, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1993, 388 págs.; y, Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2006, 611 págs.

<sup>16</sup> Esta idea es recogida, entre otras, por la Corte Interamericana que al definir el debido proceso lo ha caracterizado como un "Conjunto de condiciones que deben cumplirse para la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial". Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 9/1987 ("Suspensión de las Garantías en Estados de Excepción"). Debe señalarse que la cita se refiere a la primera vez que la Corte precisó esta idea, pero luego se reproduce en prácticamente todos los fallos que se refieren al tema.

ción.<sup>17</sup> Con todo, la evolución histórica de los sistemas de responsabilidad juvenil da cuenta que se trata de una idea muy reciente que incluso no se ha instalado con la misma fuerza en todas las legislaciones nacionales. De hecho, baste recordar que la OC/17 de la Corte Interamericana surge precisamente como consecuencia de la preocupación manifestada por la Comisión Interamericana sobre este punto. En efecto, la Comisión señala en su petición a la Corte que son diversos los países del continente que desconocen la plena aplicación de las garantías procesales de la Convención Americana "...por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías..."<sup>18</sup> Es por ello que distintos organismos internacionales se pronuncian específicamente sobre el punto, con el objeto de asentar una idea que ha estado ausente en muchas de las legislaciones sobre responsabilidad juvenil. Así, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional ha señalado en su Observación General n° 32 que a los jóvenes se les debe reconocer al menos las mismas garantías y protecciones que a los adultos contenidas en el artículo 14 del Pacto.<sup>19</sup> La Corte Interamericana ha hecho para sí esta misma argumentación en su OC-17/2002 al citar de manera textual el párrafo respectivo del Comentario General n° 13<sup>20</sup> y luego la ha reforzado en su jurisprudencia al indicar, en un caso referido precisamente a la situación de niños infractores, que "...las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual..."<sup>21</sup>

---

17 Maier gráfica con claridad esta idea al señalar "El 'niño' o el 'joven' es, sin discusión, una persona humana y, por lo tanto, ese reglamento básico (refiriéndose al debido proceso) es aplicable a él cuando se trata de resolver sobre limitaciones a sus derechos, sea cual fuere la excusa bajo la cual tal limitación de derechos se lleva a cabo". Julio Maier, *Los Niños Como Titulares del Derecho al Debido Proceso*, en *Justicia y Derechos del Niño* n° 2, Buenos Aires, 2000, pág. 12 (el paréntesis es mío).

18 El párrafo completo señala: "[e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia." Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, párrafo 2.

19 Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 32 de 2007, párrafo 42. Esto ya había sido objeto de reconocimiento previo en la Observación General n° 13 de 1984, párrafo 16.

20 Véase OC17/2002, párrafo 100.

21 Véase Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 2004, párrafo 209 (caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay).

Con todo, como señalaba, desde el punto de vista del derecho a un juzgamiento especializado, no basta con que se reconozcan a favor de los jóvenes imputados las garantías generales del debido proceso comunes a todos, sino que además es necesario reforzar algunas de ellas tomando en especial consideración las particularidades que presentan los jóvenes.

En esta dirección, uno de los derechos básicos del debido proceso que requieren un fortalecimiento significativo de los jóvenes imputados es el derecho a no autoincriminarse, el que en su base central significa que el imputado no debe ser compelido, forzado o engañado para entregar información que lo incrimine a las agencias de persecución penal.<sup>22</sup> En términos de Binder, refiriéndose al imputado "Nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y, en consecuencia, que él desea retener".<sup>23</sup> Bacigalupo lo frasea también en términos similares e identifica la fuente de la cual se deriva esta garantía al señalar que "Se trata de un derecho del inculpado o imputado que se concreta como el derecho a negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir como consecuencia de ello ninguna consecuencia negativa, derivado del respecto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso de un Estado de Derecho."<sup>24</sup>

En definitiva, se trata de un derecho que busca evitar que el Estado pueda hacer un uso abusivo de su poder de investigación en un contexto en el cual las diferencias de posición y poder con el imputado son muy significativas. En los Estados Unidos, lugar en donde éste derecho encuentra un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial, se estima que uno de los fundamentos centrales de este derecho es precisamente el que su inexistencia facilitaría en extremo al Estado abusar de los derechos individuales en el desarrollo de sus investigaciones penales. De esta forma, este derecho cumple un rol central en establecer un sentido de juego justo entre el Estado y los particulares.<sup>25</sup>

Como señalaba al inicio, las competencias de un joven para evaluar su situación procesal y tomar decisiones acerca de cómo comportarse en un proceso son menores que un adulto y

<sup>22</sup> Si bien existe bastante debate en la literatura especializada acerca de la forma de identificar correctamente a este derecho, me parece claro que hay un cierto consenso en entender que "el derecho a no autoincriminarse" es más preciso ya que marca el alcance más amplio que tiene esta garantía en relación a la nomenclatura de el "derecho a guardar silencio" la que sólo cubriría una parte de los alcances de esta garantía. En este sentido y refiriéndose al derecho internacional de los derechos humanos véase Stefan Trechsel, ob. cit., pág. 342. En todo caso su formulación original en latín es "*Nemo tenetur se ipsum accusare*" o conocido abreviadamente como la garantía o principio del "*Nemo tenetur*".

<sup>23</sup> Véase Alberto Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos 1993, pág. 182.

<sup>24</sup> Enrique Bacigalupo, El Debido Proceso Penal, Editorial Hammuriabi, Buenos Aires 2005, pág. 69.

<sup>25</sup> Véase Joshua Dressler y Alan C. Michaels, Understanding Criminal Procedure Volume 2, Lexis Nexis, 2006, pág. 262.

ello supone que el Estado deba preocuparse especialmente de dotarlo de información y asesoría permanente en la toma de decisiones en el proceso que puedan afectarlo decisivamente, tal como ocurre por ejemplo con la renuncia al derecho a no autoincriminarse. Albrecht da cuenta precisamente que las características especiales de los jóvenes hacen que estos "... están antes dispuestos a una declaración, confiesan antes y tienen menos conocimientos de los derechos que les competen...Por eso facilitan las instancias de conducción de la prueba y por eso se les comprueba antes su culpabilidad y son antes sancionados."<sup>26</sup> En este contexto, la renuncia al derecho a no autoincriminarse supone riesgos importantes debido a la posibilidad que tienen los sistemas de justicia penal de generar renunciaciones que solo son formalmente voluntarias e informadas, como por ejemplo, cuando el niño no comprende con claridad el significado y consecuencias jurídicas de la renuncia o cuando la decide producto de presiones psicológicas o engaños de parte de las autoridades de persecución penal que un adulto normalmente está en condiciones de resistir. En este escenario, el gran desafío que impone la legislación internacional a los Estados es el de reforzar el derecho a no autoincriminarse por vía de establecer los mecanismos de aseguramiento de la voluntariedad e información que deben tener los jóvenes al momento de renunciar a este derecho tomando especialmente en consideración que por su madurez y estado de desarrollo personal no tienen las mismas capacidades que un adulto. Se trata de una exigencia adicional o reforzada del debido proceso respecto a los adultos que emana precisamente de la situación diferente en que se encuentran los niños para enfrentar un proceso.

En esta dirección la CDN regula en general este derecho en su artículo 40.2 b) iv que señala que todo niño imputado tiene derecho a no ser "...obligado a prestar testimonio o declararse culpable...". Las diferencias de alcance de esta garantía respecto a los adultos no queda establecida con el puro análisis de los textos legales. En efecto, tanto el Pacto -en su artículo 14.3 g)- como la Convención Americana -en su artículo 8.2 g)- regulan este derecho de una manera muy similar a la CDN señalando que el imputado tiene derecho "...a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable." (el Pacto utiliza la palabra "confesarse" en vez de la palabra "declararse").

Las diferencias están, consecuentemente, en los alcances de esta regla tratándose de niños o jóvenes. En esta dirección el Comité de Derechos del Niño ha señalado en su OG/10 varias cuestiones de interés. La primera de ellas es reconocer que la idea de ser "obligado" debe entenderse de manera amplia no sólo incluyendo las situaciones de violencia física (tratos crueles, inhumanos o degradantes) sino que también de carácter psicológico. El Comité re-

---

<sup>26</sup> Véase Peter Alexis Albrecht, ob. cit., págs. 406 y 407.



calca que para determinar los casos de violación de este derecho fuera de las hipótesis más obvias debe considerarse especialmente “la edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el temor a las consecuencias desconocidas...”<sup>27</sup> En consecuencia, es necesario incluir aspectos muy particulares que sólo están presentes tratándose de niños y jóvenes para evaluar la violación al derecho a no autoincriminarse. Eso debiera traducirse en situaciones en las cuáles una declaración prestada en condiciones equivalentes por un niño y por un adulto podría tener resultados diversos respecto a su legitimidad (por ejemplo en relación a su duración o las condiciones físicas del lugar en que se prestan).

De manera de reforzar lo anterior, el Comité de Derechos del Niño establece como obligación para los Estados partes de permitir que a los interrogatorios a los que se somete al niño deben tener acceso los representantes legales u otros apropiados e incluso la posibilidad que se solicite la presencia de los padres.<sup>28</sup> Esta exigencia es un poco más estricta que tratándose de adultos, en donde no existe una regla equivalente en la legislación internacional de requerir la presencia de un defensor para darle legitimidad a la declaración policial de un imputado. Finalmente, el Comité recomienda que policías y otros agentes encargados de tomar las declaraciones de los niños sean entrenados especialmente para evitar la obtención de confesiones de baja credibilidad o producto de coacción.<sup>29</sup>

### 1.3.- El Derecho a no Autoincriminarse de los Jóvenes Imputados en el Derecho Comparado

Las mayores exigencias en materia del ejercicio del derecho a no autoincriminarse y su renuncia han sido reconocidas ampliamente en el derecho comparado referido a la situación de jóvenes infractores. En lo que sigue analizaré en forma breve el cómo ha sido regulado este tema en tres países: Costa Rica y España (los cuáles han sido influencia muy directa en nuestra regulación actual) y los Estados Unidos.

En Costa Rica como en España se reconoce específicamente el derecho a no autoincriminarse de los jóvenes imputados y se les permite también la posibilidad que presten declaración en el desarrollo del proceso, lo que incluye potencialmente la declaración en el momento inicial en que han sido detenidos. Con todo, esta declaración sólo es admisible en la medida en que sea prestada con la asistencia de un abogado, lo que establece un sistema de control bastante

<sup>27</sup> OG/10, párrafo 57. Esto es complementado también en el párrafo 58.

<sup>28</sup> Idem, párrafo 58.

<sup>29</sup> Ibid.

fuerte destinado a asegurar que el joven tome la decisión de declarar informado acerca de las consecuencias de la renuncia a su derecho. A continuación revisaré con algo más de detalle como se articulan normativamente estas regulaciones.<sup>30</sup>

La Ley de Justicia Penal Juvenil de 1996 de Costa Rica (en adelante la LJPJ) reconoce el derecho a no autoincriminarse del joven imputado en su artículo 17 al establecer que “Ningún menor de edad está obligado a declarar en contra suyo” y en el artículo 81 inciso segundo que establece que “Los menores de edad pueden abstenerse a declarar.”<sup>31</sup> A su vez, el procedimiento contenido en la LJPJ se estructura sobre de la existencia de una declaración del joven imputado desde etapas tempranas del procedimiento.<sup>32</sup> En efecto, el artículo 81 establece que una vez que el joven sea puesto a la disposición del Juez Penal Juvenil, éste debe –dentro de las 24 horas- proceder a tomarle declaración.<sup>33</sup> En este escenario, la LJPJ establece diversas regulaciones que pretenden asegurar que el joven pueda ejercer su derecho a no autoincriminarse o renunciar al mismo. El artículo 37 establece que no puede recibirse ninguna declaración a un joven sin que cuente con la asistencia de un abogado. Dicha regla es luego desarrollada con mayor especialidad en los artículos 82 y 83. Ambos artículos se ocupan de la declaración prestada por el niño o joven haciendo una diferenciación si estos tienen más de 12 y menos de 15 (caso en el cual se aplica el artículo 82) y más de quince y menos de 18 (se hace aplicable el artículo 83). La principal diferencia entre ambos estatutos es la aplicabilidad de las reglas de la declaración de adultos o no. Básicamente la LJPJ señala que ellas no se aplican a los menores de 15 y sí a los mayores. Esto ha generado una polémica importante ya que podría ser leído como una restricción de garantías en favor de los niños que se encuentran en una posición más vulnerable. Con todo, como sostiene un autor, la lectura más lógica de la misma no es que se reducen las garantías sino que la declaración debe realizarse en

---

30 Estas legislaciones establecen también la obligatoriedad de informar derechos a los jóvenes al momento de su detención o previo a su declaración (incluyendo el derecho a guardar silencio), pero como se trata de una garantía hoy día reconocida también en forma bastante amplia para los adultos no me detengo en ella.

31 Refiriéndose al artículo 17 Tiffer señala que éste contiene uno de los derechos más importantes para el joven imputado y que, por lo mismo, ha sido reconocido en reiterados fallos de la Corte Suprema que ha anulado sentencias basadas en procesos en donde no se respetó adecuadamente este derecho. Véase Carlos Tiffer, *Ley de Justicia Juvenil*. 2° Edición. San José: Juristexto, 2004, págs. 63 y 64.

32 Podría afirmarse que se trata de un elemento típico de la estructura de los modelos procesales inquisitivos que todavía perduran en la región como lo es la existencia de una declaración indagatoria inicial a partir de la cual se desarrolla el proceso con posterioridad. En todo caso, en Costa Rica se prohíbe que la policía realice cualquier tipo de interrogatorio al joven detenido. Véase Gary Amador, *La Detención Provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil*, Editorial Jurídica Continental, San José 2006, pág. 203.

33 Se critica esta disposición ya que ella en un sistema acusatorio debiera permitir que sea el fiscal quien toma las declaraciones al joven detenido. Véase Gary Amador, *ob. cit.*, pág. 305.

un ambiente de distensión.<sup>34</sup> Además, ambas normas establecen que la declaración debe producirse -además de en presencia de los abogados- de los padres, tutores, guardadores o representantes.<sup>35</sup>

En España, la Ley Orgánica 5/2000 (Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en adelante "LO 5/2000") presenta una regulación más sencilla que la de Costa Rica, pero con bastante similitud. Así, el artículo 17.2, que regula la situación de los jóvenes detenidos, establece que declaraciones se llevarán a cabo en presencia de letrado y de aquellos que ejerzan patria y potestad (salvo que las circunstancias no aconsejen la presencia de estos últimos).<sup>36</sup> A falta de estas personas (por ejemplo porque no pudieron ser ubicadas) la LO 5/2000 establece que debe haber presencia de un fiscal distinto al responsable de la instrucción. Como se puede apreciar, se trata de establecer protecciones que son muy superiores a las previstas para adultos ya que involucran a terceros distintos al joven y su abogado.

En los Estados Unidos también es posible encontrar un reconocimiento fuerte del derecho a no autoincriminarse. En efecto, desde el caso *In re Gault* (1967) en adelante la Corte Suprema de dicho país ha reconocido que en los procesos penales en contra de jóvenes se hace aplicable el derecho a no autoincriminarse, debiendo tenerse presente que varios Estados habían llegado a la misma conclusión en forma previa a dicha decisión.<sup>37</sup> Las diferencias con los otros países que he revisado, en algunos casos significativas, se presentan en el conjunto de protecciones establecidas en favor de los jóvenes para hacer válida su renuncia. En principio, la principal protección está constituida por la obligación que tienen los agentes estatales de informar al joven de sus derechos *Miranda* antes de proceder a cualquier interrogación en condiciones de custodia.<sup>38</sup> Los derechos *Miranda* incluyen como elemento central la información del derecho a guardar silencio, de que todo lo que diga el joven pueda ser utilizado en su con-

34 Véase Javier Llobet, *Las Garantías en el Proceso Penal Juvenil*, en *Derecho Penal Juvenil*, DAAD, San José 2002, pág. 170.

35 El artículo 82 nuevamente tiene una interpretación problemática ya que aparentemente permite la lectura que la participación de los padres, tutores, guardadores o representantes no podrían participar en la declaración a menos que el joven lo solicite de manera expresa, cuando la doctrina parece estar acorde que su presencia debiera ser obligatoria salvo que exista un interés contrapuesto del joven con el resto. Véase Gary Amador, ob. cit., pág. 307.

36 Sobre la legislación española véase en general María Rosario Ornosa, *Derecho Penal de Menores*, Editorial Bosh, Barcelona 2007.

37 Eugene Breitenbach, *Juvenile Court Proceedings*, *American Jurisprudence Trials* n° 137, 2008 (updated), párrafo 24.

38 Una visión panorámica sobre los derechos *Miranda* puede revisarse en Andrés Baytelman, "Tiene Derecho a Guardar Silencio..." la Jurisprudencia Norteamericana sobre Declaración Policial, en *Informe de Investigación* n° 13, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2002.

tra, del derecho que tiene de tener un abogado presente en el momento de la interrogación y que ese derecho corre por cuenta del Estado sino tiene medios para solventarlo.<sup>39</sup> En ese contexto, si el joven decide “voluntariamente” renunciar a sus derechos Miranda, la declaración prestada será legítima y podrá ser utilizada por el sistema. Para determinar la voluntariedad de una confesión, el tribunal respectivo debe ponderar la totalidad de las circunstancias en las que se produjo la declaración<sup>40</sup>, considerando diversos factores vinculados a la madurez, nivel de educación, conocimiento y comprensión de los cargos, entre otros.<sup>41</sup> Como se puede apreciar, en esta lógica no existe la obligatoriedad de la presencia del abogado u otro tercero como ocurre en España o Costa Rica a menos que el joven así lo exija. Como veré un poco más adelante, hay varios Estados que han establecido exigencias adicionales que se apartan de este estatuto.

La lógica descrita tiende a ser una reproducción de la forma es que está regulada la renuncia al derecho a guardar silencio en el caso de los adultos.<sup>42</sup> Con todo, tanto la jurisprudencia como la doctrina, acuerdan que los estándares para analizar la voluntariedad de la renuncia del joven deben tener un cuidado mayor que tratándose de un adulto debido a la especial posición en que se encuentran los primeros.<sup>43</sup> Aquí aparece un elemento claro de especialidad en el tratamiento en favor de los jóvenes.

Como anticipaba, diversos Estados han establecido regulaciones más exigentes que la analizada hasta el momento para darle validez a la renuncia del derecho a guardar silencio, fundamentalmente por medio de establecer la necesidad de asesoramiento o la presencia del abogado o una persona adulta responsable del joven al momento de tomar la decisión de prestar declaración.<sup>44</sup> Un ejemplo a nivel legislativo es el Estado de Colorado en donde se establece como un requisito de admisibilidad de la declaración del joven la presencia de un padre o guardador en el interrogatorio.<sup>45</sup> Además, es posible identificar varios Estados

---

39 Véase Martin Gardner, *Understanding Juvenile Law*, Mathew Bender, New York 1997, pág. 259.

40 Se trata del mismo *test* que aplican los tribunales para verificar la admisibilidad de confesiones prestadas por adultos.

41 Una revisión de diversos factores que han sido ponderados en la jurisprudencia de los Estados Unidos para determinar la voluntariedad de las confesiones puede verse D. E. Evins, *Voluntariness and admissibility of minor's confession*, *American Law Reports ALR2d* n° 87, pág. 624 (publicado originalmente en 1963 y actualizado hasta el año 2008).

42 El caso paradigmático en que este criterio fue desarrollado por la Corte Suprema es *Fare v. Michael C.* 442 U.S 707 (1979).

43 En este sentido véase Francisco Estrada, *La Renuncia del Derecho a Guardar a Silencio por un Adolescente en Nuestro Ordenamiento Jurídico y en el estadounidense. Comentario a propósito del fallo In Re E.T.C Juvenile* 141 Vt. 375 (1982) Corte Suprema de Vermont 24 de junio de 1982, en *Revista de Derechos del Niño* n° 34, Santiago 2006, p. 184.

44 Véase Francisco Estrada, *ob. cit.*, pág. 189 quien sobre este punto cita a Kevin Morrison.

45 *Idem*

donde es la jurisprudencia la que exige la presencia de un adulto responsable (padre, tutor o guardador) e incluso la de un abogado como requisito de validez de la renuncia al derecho a guardar silencio.<sup>46</sup> El Estado de Vermont es uno de aquellos en los cuales la jurisprudencia ha establecido exigencias adicionales al desarrollo a nivel federal, justificando su posición en el reconocimiento explícito de la diferencia existente entre jóvenes y adultos y la necesidad, a partir de dicha diferencia, de establecer protecciones especiales.<sup>47</sup> La Corte Suprema de dicho Estado ha sostenido que para renunciar al derecho a ser asesorado por un abogado y a guardar silencio se requiere previamente que el joven sea asesorado o reciba el consejo de un tutor o consejero responsable y que, además, se notifique a su representante antes de cualquier interrogatorio. Se ha establecido también que el adulto que cumple la función de consejero o asesor no sólo debe estar genuinamente interesado en el bienestar del joven sino que ser completamente independiente de la persecución penal y estar informado de los derechos de la persona a quien presta consejo.<sup>48</sup>

Como se puede apreciar, a nivel de derecho comparado se consolida como una exigencia bastante común para asegurar el adecuado ejercicio del derecho a no autoincriminarse y su renuncia la presencia de un abogado del joven imputado desde momentos tempranos de la persecución penal, aún cuando no se trate de situaciones en las que exista una detención por flagrancia. Costa Rica y España, ambos países signatarios de la CDN, representan un claro ejemplo de esta tendencia. Estados Unidos presenta un matiz en la materia, pero se observa una tendencia general de varios Estados de avanzar en esta misma dirección. Debe tenerse presente que esta mayor dispersión normativa en dicho país puede deberse a que precisamente se trata de un caso en el que no se ha suscrito la CDN y, por lo mismo, la exigencia que hemos revisado previamente no constituye una obligación internacional asumida por dicho país.

---

46 Véase Martin Gardner, ob. cit., pág. 243.

47 Este desarrollo se encuentra en el caso de la Corte Suprema de Vermont *In re E.T.C.*, 449 A 2d. 937 (Vt. 1982). Un análisis más detallado del mismo puede revisarse en Francisco Estrada, ob. cit.

48 Véase Francisco Estrada, ob. cit. pág. 186. *In re E.T.C.* trató de un joven de 14 años respecto del cual el asesoramiento previo estuvo en manos del director del hogar comunitario donde era residente al momento de cometer el delito imputado. El director no le aconsejó sobre el significado y consecuencias de la renuncia a su derecho, en cambio le dijo que fuera "derecho" y "correcto" en la declaración que le tomó la policía en su oficina. Frente a la apelación del joven la Corte Suprema de Vermont estableció que el director del hogar no era un adulto interesado en el bienestar del joven ni completamente independiente de la persecución penal.

## 2. El Inciso Primero del artículo 31 de la LRPA: Estructura General y su Función en el Sistema

### 2.1. La lógica General de la LRPA

Desde junio de 2007 ha comenzado a regir en nuestro país un nuevo sistema de responsabilidad de los adolescentes (jóvenes de entre 14 y 17 años de edad) por infracciones a la ley penal.<sup>49</sup> Dicho sistema fue establecido con el propósito, entre otros, de satisfacer las exigencias impuestas por los tratados internacionales de derechos humanos en la materia, especialmente por la Convención de Derechos del Niño.<sup>50</sup>

En este contexto, el legislador nacional tomó una decisión de no regular en detalle la estructura del proceso penal juvenil contemplado en nuestra LRPA, sino más bien hacer depender a éste de las regulaciones establecidas para adultos y sólo referirse a algunos temas específicos en donde se reconoció de manera concreta la especialidad del sistema juvenil.

Es así como de acuerdo a lo que establece su artículo 27, la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se rige tanto por las normas de la propia LRPA como supletoriamente por la del Código Procesal Penal (en adelante el CPP). Una observación general de la LRPA muestra con claridad que la regulación específica procesal que contiene ésta es relativamente escueta. Las normas de procedimiento están contenidas en su título II que incluye sólo 15 artículos (desde el 27 al 41) destinados al procedimiento. En un análisis más detallado de estas normas se puede apreciar que los párrafos 1º y 2º, referidos a disposiciones generales y al sistema de justicia, no contemplan normas de regulación estrictamente procesal, por lo que la cantidad total de artículos destinados a regular el proceso penal juvenil disminuye a 11.

Como se puede observar, se trata de una legislación relativamente escasa para desarrollar de manera completa y en detalle las complejidades de un proceso de carácter penal.<sup>51</sup> Esto

49 Véase Ley n° 20.084, Publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2005 y sus posteriores modificaciones (Leyes n° 20.110 y n° 20.191).

50 Así, el Mensaje del Presidente de la República cuando se envía el proyecto al Congreso el año 2002 indica "Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con las disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos". Véase Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, 2 de agosto de 2002 (presentado ante la Cámara de Diputados).

51 A modo de referencia puede tenerse presente el Código Procesal Penal, que regula el proceso penal para los adultos,

tiene como consecuencia que buena parte del proceso contemplado en la LRPA descansa en el diseño del CPP.<sup>52</sup> Desde este punto de vista, es posible afirmar que, en términos generales, los niveles de especialidad recogidos en la LRPA son bastante limitados.<sup>53</sup> En este contexto, las normas de especialidad contenidas en la LRPA deben leerse especialmente teniendo en consideración que ellas representan un esfuerzo explícito del legislador por adaptar las reglas del nuevo sistema procesal penal juvenil a las exigencias establecidas por la legislación internacional. Las propias disposiciones de la LRPA (artículo 2° inciso segundo) establecen que los tribunales deben considerar en su aplicación todos los derechos y garantías que son reconocidos en la CDN y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

## 2.2. El Inciso Primero del Artículo 31 de la LRPA y su Función en el Sistema

En este contexto, debe entenderse al inciso primero del artículo 31 de la LRPA. Como indicaba al inicio de este informe, el inciso en análisis es una norma compleja que está integrada con varias reglas y estándares destinados a regular diversos problemas. El párrafo que es objeto de análisis en este informe es que el señala “El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad.”<sup>54</sup>

En mi opinión el objetivo central de esta norma es resguardar el derecho del joven a no auto-

---

contiene 485 artículos.

52 Se trata de un elemento de diseño del sistema que viene desde la versión original del proyecto presentado por el ejecutivo en agosto del año 2002 para su tramitación legislativa. Sobre esta elección realizada por el legislador en Chile Bustos ha señalado críticamente que “...la LRPA ha sido sumamente tradicional, a pesar que ya existen diferentes modelos alternativos que podrían haberse utilizado y que son mucho más adecuados para un derecho penal del adolescente”. Véase Juan Bustos, *Derecho Penal del Niño-Adolescente*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago 2007, págs. 71 y 72.

53 Un análisis del proyecto original en este mismo sentido, pero también recogiendo algunas ventajas del modelo escogido véase en Mauricio Duce, *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*, en *Revista de Derechos del Niño* n° 2, Santiago 2004, págs. 99-113 (véase especialmente págs. 100-102). En el mismo sentido pronunciándose sobre la LRPA véase Mónica Cerda y Rodrigo Cerda, *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, Librotecnia, Santiago 2007, pág. 159.

54 Cabe señalar que el artículo 31 fue modificado en la parte transcrita por la Ley n° 20.191 publicada en el Diario Oficial el 2 de junio de 2007. Hasta antes de esa modificación la norma sólo contenía la regla que establecía que la declaración del adolescente sólo podía producirse ante el fiscal y en presencia de un defensor. Dicha modificación se produjo en el contexto de una reconfiguración de la norma respecto a la extensión temporal máxima de la detención en sede policial. Con más detalle sobre esta modificación véase también *Historia de la Ley n° 20.191* en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

incriminarse o a renunciar al mismo de manera informada y válida.<sup>55</sup> Como ya señalé, la particularidad de los sistemas de responsabilidad juvenil es que debido a la especial situación en que se encuentra los jóvenes no se considera que el mecanismo tradicional para asegurar el derecho a no autoincriminarse, como lo es la información previa de derechos, sea suficiente. Es por ello que he señalado que en el derecho internacional y comparado se exige algo más, la presencia del defensor o de un adulto que esté en condiciones de representar adecuadamente sus intereses. En esta dirección, la norma en estudio pretende constituir la respuesta nacional a las exigencias establecidas en la materia por el sistema internacional de protección de derechos humanos. De no existir esta disposición, los jóvenes carecerían de toda protección especial en comparación con los adultos, lo que los dejaría en una clara situación de desventaja y, peor aún, de serio riesgo para la vigencia de un derecho fundamental.

En este esquema, el defensor del imputado constituye el mecanismo concreto a través del cual el sistema se asegura que el derecho a no autoincriminarse no sea puesto en riesgo. Esto, como veré un poco más adelante, genera un error en buena parte de la escasa jurisprudencia nacional sobre esta norma en donde se identifica como derecho protegido por la misma el derecho de defensa. En mi opinión, pensar que lo que asegura la norma en estudio es el derecho a defensa confunde el mecanismo regulado en la ley con el derecho protegido. La exigencia de un defensor para darle validez a las declaraciones del joven no tiene que ver centralmente con permitir el derecho a la defensa letrada, sino que el joven pueda tomar decisiones informadas respecto al ejercicio su derecho a no autoincriminarse o a su renuncia. En este mismo sentido, la exigencia de la presencia de un fiscal para tomar la declaración constituye otro mecanismo para el mismo fin previsto en el mismo artículo, sin que nadie sostenga que esto cumple una función de aseguramiento del derecho a la defensa. Lo mismo ocurre en otros países cuando además se exige la presencia de los padres o tutores de los jóvenes imputados. Se trata en consecuencia de mecanismos de aseguramiento destinados a permitir el adecuado ejercicio del derecho a no autoincriminarse en personas que por su madurez y estado de desarrollo necesitan de una asesoría adecuada para tomar decisiones que tienen consecuencias normalmente decisivas en el curso de los procesos en su contra. Otra cosa, y esto es lo que eventualmente genera confusión, es que el mecanismo principal establecido en nuestro país (la presencia del defensor) también se traduzca en beneficios para el ejercicio del derecho de defensa.

---

55 La historia de la ley da cuenta de ello. En su redacción base el artículo 31 surgió como consecuencia del Segundo Trámite Constitucional en el Senado "...con el fin de garantizar la voluntariedad e inteligencia de la renuncia al derecho a guardar silencio..." es decir el derecho a no autoincriminarse del joven imputado. Véase Historia de la ley n° 20.084, pág. 721. Sobre la evolución de esta disposición en su etapa legislativa véase también Gonzalo Berríos, Derecho de los Adolescentes y Actividad Persecutoria Previa al Control Judicial de la Detención, en Revista de Estudios de la Justicia n° 7, Santiago 2006, págs. 141-143.



Para comprender lo anterior, debe tenerse presente también que a diferencia de buena parte de las otras garantías específicas que integran al debido proceso, el derecho de defensa presenta diversas dimensiones. Por una parte, claramente tiene el carácter de derecho fundamental de las personas que son objeto de persecución penal, lo que podría ser considerado su dimensión más obvia. Pero además de ello, la doctrina procesal ha entendido que el derecho de defensa cumple la función instrumental, es decir, de ser una garantía o un mecanismo para hacer efectiva al resto de las garantías.<sup>56</sup> Particularmente se ha entendido que la defensa letrada, uno de los componentes del derecho de defensa, constituye uno de los mecanismos que de mejor manera aseguran la posibilidad del imputado de velar por el cumplimiento de otros derechos como los es el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a no autoincriminarse, que es el foco de este informe.

Esclarecido lo anterior, vuelvo a la regulación del inciso primero del artículo 31 de la LRPA. Sostengo que esta norma establece mecanismos de protección especiales que cubren los aspectos centrales que involucra el derecho del joven imputado a no autoincriminarse, pero además amplía el margen de protección a situaciones que el legislador ha considerado análogas o que producirían efectos similares a los que se buscan evitar con estas protecciones.

En su aspecto más nuclear el derecho a no autoincriminarse se refiere a la posibilidad que tiene el imputado de no declarar en contar de sí mismo o guardar silencio.<sup>57</sup>

Respecto a esta dimensión básica, la LRPA reconoce la posibilidad del joven imputado de prestar declaración desde etapas tempranas en el procedimiento seguido en su contra, pero establece a la vez un conjunto de exigencias que marcan una diferencia importante con el tratamiento de adultos en la materia. En su base, la LRPA permite la declaración del joven, pero condiciona su validez a la presencia de un abogado defensor que cumpla con la función de asesoraría, mecanismo que ofrece garantías que la renuncia que se haga al derecho sea efectivamente voluntaria.

La doctrina nacional concuerda que por esta vía se produce un elevamiento importante de los estándares de la LRPA en relación a nuestra legislación de adultos en donde no existe

---

56 Véase Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 151; y, Cristián Riego, *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos: Volumen I Aspectos Jurídicos*, Cuaderno de Análisis Jurídico serie de publicaciones especiales n° 4, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1994, pág. 52.

57 En nuestro CPP dicho aspecto se consagra, entre otros, en el artículo 93 letra g) que señala todo imputado tiene derecho a "Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento".

una exigencia equivalente.<sup>58</sup> Además, específicamente se hace cargo que la presencia del defensor no se exige simplemente para que cumpla una función de observador neutral que entregue validez a la declaración, sino para que cumpla una función específica de "...aconsejar legalmente a su cliente y asegurar así su derecho a defensa."<sup>59</sup> En consecuencia, esto supone que antes de decidir prestar su declaración el joven tiene que haber tenido la oportunidad de conversar con su abogado sobre la materia. El abogado no sólo debiera asegurarse que el joven conoce su derecho a no prestar declaración (el que debiera haber sido informado por la policía de acuerdo a las reglas generales en la materia previstas en el CPP), sino que también que comprende las consecuencias que podrían producirse a partir de decidir declarar o no. La función del abogado es asegurarse que el joven esté en condiciones de ejercer adecuadamente sus derechos, en este caso la posibilidad de guardar silencio o prestar declaración ante las autoridades de persecución penal.

Junto con la presencia del abogado, el artículo 31 de la LRPA establece una que la declaración del joven debe ser prestada ante el fiscal. Con esto se agrega una exigencia adicional destinada a asegurar la voluntariedad de la decisión a no guardar silencio, lo que "...resta toda validez inculpativa a declaraciones prestadas ante la policía."<sup>60</sup> La idea detrás de esta exigencia tiene que ver con el mayor riesgo que existiría al entregar en forma autónoma a la policía la posibilidad de obtener declaraciones autoinculpatorias del joven, aún con abogado presente.

Como se puede observar, en este aspecto del derecho a no autoincriminarse, nuestro legislador ha establecido garantías fuertes a favor del joven imputado. Ello me parece no sólo se explica como consecuencia de los mandatos internacionales, sino que también por el reconocimiento de que ésta ha sido un área en donde tradicionalmente existió abusos importantes en nuestro país, especialmente en el sistema inquisitivo previo a la reforma.<sup>61</sup>

Pero además de esto, como señalé el legislador amplía el ámbito de protección de la norma en estudio a casos análogos en donde el sistema obtiene información a partir de la colaboración del imputado. Se trata de situaciones en que más allá de la declaración formal del imputado se le pide su colaboración o que presten su conformidad para que los órganos de persecución penal puedan acceder prueba en contra suya.<sup>62</sup> Por ejemplo, cuando el imputado autoriza la

58 Véase Francisco Estrada, ob. cit., pág. 191; Gonzalo Berríos, ob. cit., págs. 150-151; y, Mónica Cerda y Rodrigo Cerda, ob. cit., pág. 173.

59 Véase Gonzalo Berríos, ob. cit., pág. 152.

60 Idem, pág. 150.

61 En esta dirección me parece también apuntan los textos de Francisco Estrada y Gonzalo Berríos ya citados.

62 Se trata de una extensión que no es desconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho

revisión de su domicilio sin que las autoridades tengan una orden judicial previa.<sup>63</sup>

Para estos casos, el inciso primero del artículo 31 de la LRPA en estudio también contempla un mecanismo especializado de protección. Este pasa por establecer que la participación del abogado defensor es necesaria en cualquier actuación que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Como se puede apreciar, se trata de una norma que regula como condición de validez de diligencias en donde se requiera contar con la cooperación del adolescente imputado la presencia de su defensor. Por lo tanto, apunta a una cuestión distinta al derecho a guardar silencio. En efecto, lo que busca esta norma es evitar que se obtenga la cooperación del imputado (por ejemplo en permitir un registro de su domicilio) sin previamente contar con la asesoría de su abogado defensor en los términos que hemos explicado respecto al derecho a guardar silencio. El imputado podría contribuir, sin necesidad de estar obligado, con información perjudicial sin tomar una decisión voluntaria permitiendo, por ejemplo, que la policía ingrese a su domicilio e incaute material que luego pueda ser ocupado como prueba en su contra en el caso. En muchas ocasiones el poder incriminatorio de estas actividades incluso puede ser superior al de una confesión y es por eso que el legislador ha extendido el ámbito de las protecciones no sólo a la declaración del joven imputado.

Se trata de un aspecto de la norma en estudio que no ha sido abordado sistemáticamente por parte de la doctrina nacional.<sup>64</sup> Con todo, es posible afirmar que la LRPA establece una protección bastante amplia ya que la presencia del defensor se exige para la realización de “cualquier diligencia investigativa” que vaya más allá de la simple identificación. El legislador ha intentado trazar una línea divisoria clara. En la medida en que la actividad investigativa ponga en riesgo al imputado se debe necesariamente contar con un defensor. En esta misma dirección se puede citar a modo ejemplar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique.<sup>65</sup> Se trata de un caso en que el Ministerio Público apela de un auto de apertura de

---

comparado en donde se ha establecido que el derecho a no autoincriminarse también cubre situaciones tales como la producción de documentos que dispone el imputado. En el sistema internacional véase Stefan Trechsel, ob. cit., pág. 353 y 354 y en el caso de los Estados Unidos véase Joshua Dressler y Alan C. Michaels, ob. cit., págs. 276 a 280.

63 Este tipo de situaciones tienen múltiples manifestaciones en el CPP, por ejemplo en el artículo 197 inciso segundo que establece la posibilidad al imputado de negarse a la realización de exámenes corporales, el artículo 203 referido a la posibilidad de negarse a escribir palabras o frases para la realización de pruebas caligráficas o el artículo 205 inciso final que permite negar la entrada y registro en lugares cerrados.

64 El único texto que se refiere con alguna extensión sobre el tema es el de Gonzalo Berríos que ha sido citado previamente. Desafortunadamente se refiere a la versión previa a la reforma del artículo 31 de la LRPA por lo que sus argumentos no se aplican directamente al actual estándar normativo.

65 Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique en causa rol rol n° 110-2007 de 11 de diciembre de 2007.

juicio oral en el cual el juez de garantía excluyó como prueba para el juicio oral dos fotografías de la planta de la zapatilla del adolescente imputado al momento en que se encontraba detenido en situación de flagrancia sin la presencia de su abogado. La fiscalía justifica la legalidad de la prueba argumentando que se trata de una actividad amparada por la facultad de la policía de registrar a los detenidos y que, en todo caso, se trataría de una diligencia realizada de buena fe. La Corte rechaza la apelación ya que considera que se trata de una diligencia que va más allá de la simple identificación del imputado, por lo cual al haberse practicado sin la presencia del defensor se han vulnerado garantías y resulta una prueba obtenida en forma espuria. La Corte aplica bien la norma en estudio, pero la garantía que se identifica vulnerada es el derecho de defensa y a una investigación racional y justa.

Como ya señalaba, me parece que la norma en estudio se vincula estrechamente con la función de proteger el derecho a no autoincriminarse y las decisiones que puede tomar el imputado de colaborar en casos en que podría resultar perjudicado.<sup>66</sup> Por lo mismo, cuando dicha garantía fundamental no está en juego o cuando no hay presente una contribución voluntaria del imputado que pueda estar viciada por la falta de asesoría del abogado no se trata de una regla aplicable. En este contexto, existe un fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó<sup>67</sup> que especifica el tipo de actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público o la policía se exige la presencia del defensor. El caso se origina por un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del adolescente en contra de la sentencia condenatoria basado en diversas infracciones de la causal del artículo 373 b) del CPP, es decir, por errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En la infracción relevante para este punto, la defensa alega infracción al artículo 31 de la LRPA por haberse admitido a juicio la introducción de las prendas de vestir incautadas al joven al momento de su detención sin la presencia de su defensor que contenían ciertas manchas y que dieron origen a otra prueba derivada de la misma (fotografías y pruebas de ADN). La Corte no admite el argumento señalando que:

"...ciertamente se está refiriendo a diligencias de investigación que, sin autorización judicial, pueden ser practicadas previo consentimiento del imputado, como, por ejemplo, declaraciones voluntarias, práctica de exámenes corporales, pruebas caligráficas, entrada y registro de lugares cerrados, pues sólo en la medida que se asegura al menor imputado una correcta

---

66 En estos casos no se trata de la única garantía fundamental en juego ya que la obtención de un consentimiento sin asesoría del defensor para la realización de medidas intrusivas podría afectar diversos derechos fundamentales como por ejemplo la inviolabilidad del hogar, la privacidad y el derecho de propiedad.

67 Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó en causa rol n° 307-2008 de 16 de marzo de 2009.

información de sus derechos y las consecuencias de su autorización, lo que, evidentemente se logra con la presencia de un abogado defensor, puede estimarse que su consentimiento resulta válido.

Por el contrario, tratándose de diligencias de investigación que la policía puede practicar sin mediar consentimiento del afectado, orden del fiscal o autorización judicial, como resulta ser precisamente la incautación de objetos conforme al artículo 187 del Código Procesal Penal, la presencia del abogado carece de sentido, como quiera que siempre la diligencia pueda efectuarse.

De aceptarse el predicamento del señor defensor, en orden a que siempre y para toda diligencia de investigación se requiere la presencia del defensor se llegaría a diversos absurdos lógicos y jurídicos como, por ejemplo, que aún mediando autorización judicial no podrían practicarse o dejar al arbitrio del abogado defensor la práctica de diligencias de investigación que, al mismo tiempo, son cuestiones de seguridad mínimas, como, por ejemplo y siempre dentro de lo dispuesto en el artículo 187 del Código Procesal Penal, la incautación de armas que menores detenidos en situación de flagrancia, portaren.”<sup>68</sup> (subrayado es mío).

Me parece que la Corte de Apelaciones de Copiapó cualifica adecuadamente los alcances de la regla del artículo 31 de la LRPA en análisis. En estos casos no existe una situación de ventaja del sistema obtenida producto de un consentimiento del adolescente, por lo mismo, la protección especial establecida en el artículo 31 de la LRPA no debiera regir. Dicho de otra forma, tal como he sostenido que la regla en estudio representa una decisión del legislador por proteger un derecho fundamental por medio de establecer exigencias altas al comportamiento de los órganos de persecución penal, no se puede vaciar de contenido a la misma y establecerla como una exigencia formal en casos en donde el derecho de fondo que se protege no se encuentre comprometido.

En conclusión, se puede apreciar que la norma en estudio cumple una función central en el reforzamiento de una de las garantías del debido proceso más relevantes tratándose de los jóvenes: su derecho a no autoincriminarse. Como se señaló al inicio de este informe, el desarrollo y madurez de los jóvenes hace que estos sean especialmente vulnerables en el ejercicio de este derecho. Es por eso que nuestro legislador ha establecido una protección fuerte al mismo extendiendo sus alcances a situaciones investigativas amplias, con lo cual ha seguido de cerca tanto las recomendaciones que provienen del derecho internacional de los derechos

68 Véase considerando 7°.

humanos como lo que ha sido desarrollado en países como Costa Rica, España y varios estados de los Estados Unidos de Norteamérica.

### **3. Los alcances del inciso primero del artículo 31 de la LRPA ¿Sólo para delitos flagrantes o una norma de aplicación amplia?**

Establecido los aspectos anteriores, cabe preguntarse si la norma en análisis sólo cubre las situaciones en que el joven imputado se encuentra detenido en flagrancia o debiera ampliarse a todo tipo de situaciones en donde están en riesgo sus derechos fundamentales.

Me parece que la respuesta a esta interrogante no puede hacerse en base a consideraciones de carácter puramente formales sino que centralmente atendiendo el objetivo y finalidad de la norma en estudio y, especialmente, a la luz de las exigencias establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto, me parece la respuesta es clara. La norma en estudio debe estar destinada a cubrir toda hipótesis en la que exista un riesgo que el derecho a no autoincriminarse de un joven imputado esté en juego. Esto se puede producir tanto como consecuencia que el joven se encuentre detenido por la policía por un delito flagrante como cuando la policía pide colaboración a un joven que tiene la calidad de imputado fuera de esta hipótesis. Recordemos que sobre este punto el sistema internacional de protección de derechos humanos no hace distinciones. Según ya he revisado, la exigencia internacional de protección del derecho a no autoincriminarse debe extenderse a todos los casos en donde dicho derecho está en riesgo. La situación de flagrancia es irrelevante para efectos de la necesidad de la protección especial en la materia. Así, un joven puede prestar una confesión tanto en el momento inicial de la detención por flagrancia, como cuando es detenido por orden judicial o incluso cuando no se encuentra detenido. En todo estos casos la protección al derecho a no autoincriminarse establece la necesidad de establecer resguardos adicionales que los que tienen los adultos.

El hecho que esta norma aparezca regulada en un artículo que en términos generales se refiera a las detenciones por flagrancia no altera esta conclusión. Sólo una lectura formal y desapegada de la lógica del sistema podría llevar a una conclusión contraria.

Me parece que la ubicación de la norma en estudio se explica debido a que nuestro legislador comprendió que es en las situaciones de privación de libertad en donde existe el mayor estado de vulnerabilidad de un joven imputado y, consecuentemente, se produce el mayor riesgo para el adecuado ejercicio de sus derechos. Es por esto que la LRPA ha puesto especial énfasis

en regular dicho contexto. Además, es obviamente en los casos de flagrancia en donde la falta de una norma clara y explícita podría hacer más fácil obviar la presencia del defensor debido a las dificultades operativas e institucionales que existen para asegurar la designación y presencia del abogado en un lapso bastante breve de tiempo en los cuarteles policiales. Es por esta razón que hace sentido el que esta norma sea regulada en este contexto, de manera de establecer una exigencia muy alta que de otra forma no se cumpliría en los casos de flagrancia. Pero de ninguna forma ello significa que esto limite su aplicación sólo a dicho ámbito.

Por el contrario, fuera de los casos de flagrancia se dan habitualmente situaciones equivalentes de vulnerabilidad de los jóvenes imputados y en donde las dificultades operativas e institucionales para designar un defensor y asegurar su presencia son mucho menores. En ese escenario no podría explicarse el porqué ese joven no contaría con los mecanismos que aseguren el adecuado ejercicio de sus derechos fundamentales cuando el riesgo es el mismo y la posibilidad de evitarlo está más a la mano para el sistema. No parece razonable que frente a riesgos igualmente serios al derecho a no autoincriminarse el sistema ofrezca mecanismos de protección menos eficaces o no ofrezca alguno del todo. Es lo que podría ocurrir, por ejemplo, en casos en donde se solicite a jóvenes que se encuentran en internación provisoria prestar declaraciones sin contar con asistencia de sus defensores. El nivel de vulnerabilidad de ese joven es equivalente al del detenido en flagrancia y, por lo mismo, no habría ninguna razón de fondo para no ofrecerle el mismo grado de protección. Incluso más, se podría pensar que en un caso concreto ese joven se encuentra en una situación de mayor riesgo debido al "ablandamiento" que podría producir una privación de libertad más extendida en el tiempo.

Junto con lo anterior, una interpretación restrictiva de la norma en análisis podría generar prácticas muy negativas para el sistema en su conjunto. Así, entender que la presencia del abogado sólo es necesaria en contextos de flagrancia constituiría un incentivo perverso a los agentes de la policía para realizar todo tipo de diligencias investigativas en la persona del joven antes de detenerlo formalmente, por ejemplo, tratándose de un joven de 14 años a quien la policía mediante engaño lo convence a que preste declaración o que consienta en la realización de medidas intrusivas de distinta naturaleza sobre sus bienes. El riesgo para los derechos de los jóvenes es evidente y serio.

Me parece que razones en esta misma lógica han llevado a que en diversas cortes de apelaciones de nuestro país se imponga la interpretación amplia de la norma en estudio. En esta dirección se pronuncia una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena recaída en una apelación de un auto de apertura de juicio oral presentada por el Ministerio Público frente a una

exclusión de prueba por motivos de infracción de garantías fundamentales.<sup>69</sup> La Corte sostiene que la presencia del defensor exigida por el artículo 31 de la LRPA no es sólo para las detenciones en flagrancia, sino que se extiende a cualquier otra actuación en la que se requiere al adolescente tal cual lo señala su tenor literal. Desafortunadamente, la sentencia no contiene más información que permita ver el contexto concreto en el que se presentó el problema que dio origen a la apelación del Ministerio Público en el caso específico. Esto dificulta un análisis mayor de esta sentencia.

Otro caso corresponde a una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.<sup>70</sup> Se trata también de un caso en que el Ministerio Público interpone un recurso de apelación en contra de un auto de apertura de juicio oral en el que se excluyó del juicio, por vulneración de garantías fundamentales, un peritaje huellográfico practicado respecto del adolescente imputado que se encontraba en privación de libertad sin la presencia de su defensor. El Ministerio Público argumenta que la exclusión fue errónea ya que no se trataba de una situación de flagrancia y, por tanto, no se podía extender la regla prevista en el artículo 31 de la LRPA. La Corte confirma la decisión del juez de garantía señalando que la apelación no procede "... toda vez que el artículo 31 de la Ley 20.084 rige en toda circunstancia en que no se requiera al menor adolescente y no sólo en el ámbito de detención por flagrancia."<sup>71</sup> Al identificar la garantía afectada la Corte indica que en este caso se afectó el derecho a defensa técnica. Se trata también de un fallo escueto, pero en el que existe un intento de dar razones de fondo y no solo formales. Así, la Corte señala que para tomar esta decisión se debe tener presente la necesidad que los jóvenes de tener resguardos adicionales respecto a los adultos.<sup>72</sup>

Un caso más reciente ha sido resuelto por la Corte de Apelaciones de Arica que se pronuncia en el mismo sentido que los anteriores.<sup>73</sup> También se trata de una apelación interpuesta por el Ministerio Público a un auto de apertura de juicio oral en donde se excluyó una pericia planimétrica por inobservancia de garantías producto de la no presencia del abogado defensor en la realización de la misma. Al decidir, la Corte señala que:

"...es necesario tener presente que la justicia aplicada a los menores de edad, debe contener resguardos adicionales, al tratarse de individuos en formación y deberían comparecer a los Tribunales de Justicia al menos en igualdad de condiciones que un adulto y tener la posibilidad incluso de obtener circunstancias más ventajosas."<sup>74</sup>

---

69 Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena en causa rol n° 7-2008 de 25 de enero de 2008.

70 Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa rol n° 282-2008 de 9 de diciembre de 2008.

71 Véase considerando 5°.

72 Véase considerando 7°.

73 Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica en causa rol n° 211-2009 de 28 de septiembre de 2009.

74 Véase considerando 6°.



Esto lleva a la Corte a rechazar la apelación y hacer aplicable el artículo 31 de la LRPA a "... cualquier otra actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad."<sup>75</sup>

A pesar que ninguna de estas sentencias identifica en mi opinión en forma adecuada la garantía en juego, como tampoco profundizan en los fundamentos del artículo 31 de la LRPA, ellas parecen consolidar correctamente que la exigencia de defensor no solo abarca situaciones en las que el adolescente se encuentra detenido en una situación de flagrancia sino que se extiende a toda diligencia que se realice durante la investigación. Interpretar la norma en estudio de otra forma llevaría en mi opinión a la desprotección de los jóvenes en situaciones en donde existe una seria posibilidad que sus garantías fundamentales se vean afectadas y donde existe un compromiso internacional por establecer sistemas de protección más intensos que tratándose de los adultos.

#### **4. La Sanción al Incumplimiento del Inciso Primero del Artículo 31 de la LRPA:**

Corresponde ahora responder la segunda pregunta formulada para este informe. ¿Cuál es la sanción procesal aplicable en caso de vulneración de la norma en estudio?

Antes de avanzar en el fondo me parece necesario precisar que la respuesta a la pregunta es independiente de la postura que se sostenga respecto a la primera interrogante. La sanción que debiera aplicarse al incumplimiento de la norma en análisis debe ser la misma con prescindencia de los alcances de protección que se le otorgue a aquella.

Me parece nuevamente que la respuesta es bastante clara. Nuestro ordenamiento jurídico procesal penal ha establecido un mecanismo específico para lidiar con la información (prueba) obtenida con vulneración a las garantías fundamentales. En efecto, el artículo 276 inciso tercero del CPP establece con claridad que corresponde al juez de garantía, en la audiencia de preparación de juicio oral, excluir del juicio oral las pruebas que hubieren sido obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales.<sup>76</sup>

Los casos de vulneración de la norma en análisis contenida en el artículo 31 de la LRPA caen paradigmáticamente dentro de esta regla. Cuando se obtiene una declaración del joven sin presencia del defensor y del fiscal se adquiere evidencia con infracción del derecho que tiene el joven a no autoincriminarse. Además, cuando se genera acceso a información gracias a su

<sup>75</sup> Véase considerando 7°.

<sup>76</sup> Análisis más detallado de esta norma pueden verse en Héctor Hernández, La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas n° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2002 y, María Francisca Zapara, La Prueba Ilícita, LexisNexis, Santiago 2004.

colaboración sin que ésta haya sido prestada previa asesoría del defensor, el mismo derecho fundamental se pone en juego además de otras garantías específicas dependiendo del tipo de diligencia investigativa llevada a efecto (por ejemplo intimidad, inviolabilidad del hogar, propiedad, etc.). Nuestro legislador ha señalado que la única forma de realizar actividades como la descrita es sobre la base del cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 31 de la LRPA. Si ellas no se respetan, el sistema debe sancionar el comportamiento de las agencias de persecución penal con fuerza. Esa sanción es precisamente la exclusión de la evidencia así obtenida del juicio oral.

Cabe apuntar que los dos propósitos que tradicionalmente se asignan a la regla de exclusión quedarían satisfechos en este escenario.<sup>77</sup> Por un lado, se sancionaría infracciones graves a derechos fundamentales (finalidad ética) y, por el otro, se establecería un entorno de incentivos claros a las agencias de persecución penal para mejorar su comportamiento en las investigaciones penales (finalidad utilitaria).

La escasa doctrina que se ha preocupado de pronunciarse sobre los efectos que debiera tener la infracción de esta regla está de acuerdo con esta solución. Así, se ha sostenido que las violaciones al artículo 31 de la LRPA debieran dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias al interrogatorio por infracción de garantías fundamentales<sup>78</sup> y otros han sostenido otra consecuencia es que debiera ser excluido de un proceso en contra de un adolescente imputado cualquier testimonio de oídas en el que se haga referencia a una supuesta declaración del mismo en sede policial sin cumplimiento de las condiciones analizadas previamente.<sup>79</sup>

Un análisis de la jurisprudencia de diversas cortes de apelaciones del país en la materia también ratifica que se trata de una solución compartida. En general, las sentencias de las cortes validan la decisión de los jueces de garantía de establecer como sanción al incumplimiento de la presencia del defensor la exclusión de la prueba obtenida por considerar que ha sido producida con vulneración de garantías del imputado.

Así, por ejemplo, ya he citado los casos de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de 11 de

---

77 Se trata de un objetivo ético basado en la idea que el Estado no puede legitimar una sanción que se obtiene como consecuencia de un comportamiento ilícito y otro de carácter utilitario destinado a establecer incentivos para mejorar el comportamiento policial. Muy resumidamente sobre estos objetivos, véase Patricio Zapata, *Nuevo Proceso Penal y Constitución Política*, en *Informes en Derecho* n° 1, Defensoría Penal Pública, Santiago 2003, págs. 89 a 91.

78 Véase Francisco Estrada, *ob. cit.*, pág. 193.

79 Véase Gonzalo Berríos, *ob. cit.*, pág. 155.

diciembre de 2007 en causa rol n° 110-2007, de la Corte de Apelaciones Copiapó de 16 de marzo de 2009 en causa rol n° 307-2008, de la Corte de Apelaciones de La Serena de 25 de enero de 2008 en causa rol n° 7-2008 , de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 9 de diciembre de 2008 en causa rol n° 282-2008 y de la Corte de Apelaciones de Arica de 28 de septiembre de 2009 rol n° 211-2009. A ellas se agregan las sentencias de la Corte de Apelaciones de Copiapó de 8 de mayo de 2009 en causa rol n° 77-2009 y del 12 de marzo de 2010 en causa rol n° 52-2010, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 29 de febrero de 2008 en causa rol n° 28-2008 y de la Corte de Apelaciones de La Serena 25 de enero de 2008 en causa rol n° 7-2008. Se trata de fallos de cinco cortes de apelaciones que reiteradamente han rechazado recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público en contra de autos de apertura del juicio oral en donde los jueces de garantía han utilizado el inciso tercero del artículo 276 del CPP para excluir prueba obtenida con infracción del artículo 31 de la LRPA.

Incluso también existe jurisprudencia desarrollada por tribunales orales en la misma dirección en casos en que la prueba no pudo ser excluida oportunamente.<sup>80</sup>

Establecido que la sanción que corresponde en estos casos es la exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales, me parece importante recalcar que al hacer aplicable esta norma también se hacen utilizables en estos casos las excepciones que han sido admitidas como legítimas a la exclusión. En consecuencia, si hay una infracción al artículo 31 de la LRPA en principio lo que corresponde es la exclusión de la evidencia obtenida debido a que se está en una situación de infracción de garantías, a menos que se demuestre por quien se opone a la exclusión que se está en una hipótesis de excepción que es o ha sido validamente admitida en nuestro sistema legal.<sup>81</sup>

Un caso de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que ya he citado permite graficar el punto en análisis.<sup>82</sup> La Corte conoce de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público

<sup>80</sup> Véase como ejemplo sentencia en causa rit 67-2009 de 29 de marzo de 2009 dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso.

<sup>81</sup> No es el propósito de este informe adentrarse en cuáles son estos casos de excepción. Con todo, me interesa destacar que este es un tema que tendrá que ser resuelto en definitiva por la jurisprudencia en nuestro país ya que nuestra legislación procesal penal no regula reglas específicas sobre la materia. La Corte Suprema ya ha comenzado ese trabajo admitiendo una de las excepciones más comunes el derecho comparado como lo es la de la "doctrina de la fuente independiente". Véase Sentencias de la Corte Suprema de 11 de diciembre de 2007 en causa rol n° 5435-2007 y de 28 de julio de 2008 en causa rol n° 2521-2008 Acerca de las excepciones desarrolladas en el derecho comparado pueden verse los textos de Zapata y Hernández ya citados.

<sup>82</sup> Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 29 de febrero de 2008 en causa rol n° 28-2008.

en contra de un auto de apertura de juicio oral por el cual se excluyó por vulneración de garantías la declaración parcial de un Carabinero que incluía información de una supuesta declaración voluntaria que el joven imputado habría prestado al momento de practicar su detención y registro. El Ministerio Público argumenta que no se trata de una diligencia de investigación policial realizada sin la presencia del defensor, sino lo que podría identificarse como un “descubrimiento casual”, lo que constituiría una suerte de excepción a la exclusión por inobservancia de garantías. La Defensa argumenta, por su parte, la infracción al artículo 31 de la LRPA, lo que justificaría la decisión del auto de apertura de juicio oral impugnado por el Ministerio Público. La Corte rechaza la apelación invocando el artículo 31 de la LRPA señalando:

“...que efectivamente la declaración de un adolescente incorporada al procedimiento penal, a través de la declaración de un funcionario policial, adolece de nulidad, como fuera declarado por el juez de la instancia, ya que vulnera su derecho a la defensa técnica, tanto o más imprescindible tratándose de un adolescente de quince años...”<sup>83</sup>

Me parece correcta la decisión de la Corte ya que en el caso concreto no parecieran ser claros los antecedentes invocados que justificaban el “descubrimiento casual” más allá de las propias afirmaciones de la policía. En ese escenario dar pie a una excepción poco clara hubiera sido un error. Con todo, se echa de menos que la Corte se haga cargo en forma más sistemática del argumento de la fiscalía en relación a la posible excepción que representaría un caso de este tipo. La Corte, en cambio, parece sostener un criterio absoluto de exclusión a todo evento de la declaración del imputado frente a la policía sin entrar a las peculiaridades del caso concreto. Esto, como he sostenido, me parece equivocado.



---

83 Véase considerando 6°.

## 7. SUSTITUCIÓN Y REMISIÓN DE SANCIONES PENALES DE ADOLESCENTES. CRITERIOS Y LÍMITES PARA LAS DECISIONES EN SEDE DE CONTROL JUDICIAL DE LAS SANCIONES

Por Jaime Couso Salas\*

Este documento se propone identificar los principales problemas interpretativos surgidos en la aplicación que los tribunales de justicia han hecho de las normas de la Ley N° 20.084, de Responsabilidad Penal de Adolescentes (LRPA), referidas al control de la ejecución de las sanciones, particularmente las relativas a la sustitución de sanciones, pero también haciendo referencia a algunas cuestiones relativas a la remisión del resto de la condena, y resolverlos a partir de los principios y reglas de la LRPA, teniendo en cuenta el tratamiento de la materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho comparado<sup>1</sup>.

---

\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal, Universidad Diego Portales, Chile. El autor agradece la colaboración de la alumna del curso Seminario, de la Facultad de Derecho de la UDP, Javiera Cabello Oppermann, en la identificación, clasificación y síntesis de varias de las decisiones judiciales consideradas en este documento, así como los valiosos comentarios de Alejandro Gómez, de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública, a una primera versión de este trabajo.

<sup>1</sup> Particularmente, el desarrollo de la dogmática del Derecho penal de adolescentes alemán, así como también del Derecho penal de menores de España y de Costa Rica. Las leyes penales juveniles de estos dos últimos países fueron empleadas como modelo por el Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de adolescentes presentado por el Ejecutivo chileno al Congreso, tal como se explica en la propia Exposición de Motivos del Mensaje (cfr. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "Historia de la Ley N° 20.084", disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>, p. 9), mientras que la de Alemania fue considerada en la tramitación de dicho proyecto (ibid., p. 51 y ss., 583 y ss.) y es un modelo considerado a su vez por las legislaciones de España y de Costa Rica.

## **1. Problemas interpretativos surgidos en la práctica**

La LRPA entrega competencia al juez de control de la ejecución sobre estas materias expresando sólo de forma fragmentaria los criterios que este debe seguir al tomar sus decisiones. La disposición que establece la competencia del tribunal en estas materias, no fija criterios generales, ni se pronuncia sobre los fines y límites generales que debe tener en cuenta en la ejecución de las sanciones de adolescentes, disponiendo simplemente lo siguiente:

Artículo 50.- Competencia en el control de la ejecución. Los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución de alguna de las sanciones que contempla la presente ley serán resueltos por el juez de garantía del lugar donde ésta deba cumplirse.

En virtud de ello y previa audiencia, el juez de garantía adoptará las medidas tendientes al respeto y cumplimiento de la legalidad de la ejecución y resolverá, en su caso, lo que corresponda en caso de quebrantamiento.

Por su parte, como se verá, las disposiciones que regulan específicamente la sustitución y la remisión, establecen reglas que no resuelven todas las cuestiones que se plantean en el tratamiento de estos casos.

Esa insuficiencia explica, en parte, el surgimiento de tesis contradictorias en las decisiones de los tribunales, respecto de algunas de estas materias, y la falta de doctrinas jurisprudenciales claras, en general, en todas ellas, respecto de los criterios, finalidades y límites que los tribunales deben considerar. La resolución de esas contradicciones y la definición de tales doctrinas jurisprudenciales, apela a la cuestión de cuáles son los fines y límites a tener en cuenta en la ejecución de las sanciones, y a qué relación tienen ellos con los fines generales de la LRPA, sobre todo, con los fines que los tribunales deben tener en cuenta al momento de imponer la sanción que, más tarde, será ejecutada.

En particular, las contradicciones e indefiniciones identificadas en la jurisprudencia, respecto de cada una de las dos materias tratadas por este Informe, son las siguientes:

### **1.1. Sustitución de sanciones**

La sustitución de sanciones es regulada por los artículos 53 y 54 de la LRPA:

Artículo 53.- Sustitución de condena. El tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento.

Para estos efectos, el juez, en presencia del condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción, examinará los antecedentes, oír a los presentes y resolverá. A esta audiencia podrán asistir los padres del adolescente o las personas que legalmente hubieren ejercido la tuición antes de su privación de libertad, y la víctima o su representante. La inasistencia de estos últimos no será nunca obstáculo para el desarrollo de la audiencia.

La resolución que se pronuncie sobre una solicitud de sustitución será apelable para ante la Corte de Apelaciones respectiva.

En caso alguno la internación en un régimen cerrado podrá sustituirse por una de las sanciones previstas en las letras e) o f) del artículo 6°.

Artículo 54.- Sustitución condicional de las medidas privativas de libertad. La sustitución de una sanción privativa de libertad podrá disponerse de manera condicionada. De esta forma, si se incumpliere la sanción sustitutiva, podrá revocarse su cumplimiento ordenándose la continuación de la sanción originalmente impuesta por el tiempo que faltare.

En la interpretación del Art. 53 de la LRPA, particularmente en relación a la sustitución de sanciones privativas de libertad, las contradicciones identificadas entre las diversas decisiones judiciales consultadas se refieren fundamentalmente a dos cuestiones:

a. Al decidir si conceder o no una sustitución ¿debe atenderse únicamente a las necesidades para la prevención especial positiva (integración o inserción social del adolescente)?, ¿o también corresponde tener en cuenta otros intereses, particularmente los que dependen más directamente de la gravedad del delito cometido (prevención general negativa y positiva, o incluso, retribución)? En particular, ¿corresponde tener en cuenta los criterios que el tribunal que impuso la sanción original tuvo en cuenta al determinar su naturaleza y extensión?, y ¿hay que tener en cuenta la porción de tiempo de ejecución cumplido en relación con la extensión temporal impuesta por dicho tribunal?

b. La consideración de si acaso la sustitución "pare[ce] más favorable para la integración social del infractor" (Art. 53 LRPA) ¿implica condicionar la sustitución al previo logro efectivo de avances preventivo-especiales por parte del adolescente, evaluado en forma

retrospectiva, o sólo supone un pronóstico de que el cambio seguramente favorecerá tales avances, de acuerdo con una estimación prospectiva?; ¿tiene algún rol que desempeñar la buena o mala conducta del adolescente dentro del establecimiento?; por su parte, y el peligro de que el condenado siga delinquiriendo una vez puesto en libertad, ¿es un obstáculo para conceder la sustitución?

## **1.2. Remisión del saldo de condena**

La remisión de condena se regula en la siguiente disposición:

Artículo 55.- Remisión de condena. El tribunal podrá remitir el cumplimiento del saldo de condena cuando, en base a antecedentes calificados, considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición. Para ello será aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 53.

Para los efectos de resolver acerca de la remisión, el tribunal deberá contar con un informe favorable del Servicio Nacional de Menores.

Tratándose de una sanción privativa de libertad, la facultad de remisión sólo podrá ser ejercida si se ha cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta.

En esta materia, falta definir criterios orientadores fundamentalmente respecto de la siguiente cuestión:

Los “objetivos pretendidos con su imposición” (Art. 54 LRPA) – cuyo cumplimiento el tribunal de control de la ejecución debe evaluar – se refieren únicamente (o principalmente) a los objetivos de prevención especial positiva, o si acaso también se refieren a los que dependen más directamente de la gravedad del delito (prevención general positiva y negativa, retribución, en su caso).

La cuestión se plantea, como se verá, en diversos términos según se trate de sanciones privativas de libertad (respecto de las cuales la propia ley ya ha establecido un límite preventivo-general al empleo de esta facultad judicial) y las no privativas de libertad.



## 2. La fines de las sanciones, y la especificidad del momento ejecutivo, como punto de partida para la resolución de las cuestiones interpretativas surgidas<sup>2</sup>

Como se ha sugerido, la respuesta a esas cuestiones interpretativas no se desprende directamente de una simple lectura de las reglas específicas establecidas por la LRPA en materia de sustitución y remisión de sanciones. Por ello, e incluso ya para intentar una lectura sistemática de la ley en la que se insertan tales reglas, es necesario tener en cuenta, en general, los fines de las sanciones penales de adolescentes y, en especial, los fines de la ejecución de las sanciones penales de adolescentes, examinando si estos últimos tienen alguna especificidad derivada del momento (ejecución, y no imposición) en que se toma la decisión. La discusión sobre estos fines, y sobre la especificidad de los que deben buscarse con las decisiones que afectan la ejecución de las sanciones penales de adolescentes, de acuerdo con las normas de la LRPA y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en Chile, se ve enriquecida al tener en cuenta también el tratamiento dado a la materia por el derecho comparado que más ha influido a nuestra legislación.

### 2.1. Fines de las sanciones penales de adolescentes

#### *Vigencia de los fines de la pena del Derecho penal general*

No es éste el lugar para hacer una revisión en profundidad de la teoría de los fines de la pena y de su aplicación al campo del Derecho penal de adolescentes. En otros lugares, hemos tenido oportunidad de adentrarnos en esta cuestión (Couso, 1999; Couso, 2006: 468-473; Couso, 2007: 225 y ss.; Couso, 2009b: 11-14)<sup>3</sup>, destacando que a nivel nacional y comparado, los fines de prevención general y de prevención especial (positiva<sup>4</sup>) predicados del Derecho penal, en general, también tienen vigencia en el campo en el Derecho penal de adolescentes, sobre

2 El examen del derecho comparado e internacional realizado en esta sección y en la siguiente, aprovecha en buena medida el trabajo recogido en Couso, Jaime (2010), *Facultades judiciales de modificación de sanciones penales de adolescentes. Perspectiva del derecho internacional y comparado*, inédito.

3 En el derecho comparado, especialmente sobre la influencia de la prevención general – junto a la prevención especial positiva – en la determinación de las sanciones penales de adolescentes, cfr., por ejemplo, Strobel, *passim* (para el caso alemán) y Cruz Márquez, 34 y ss. y 142 y ss. (para el caso español).

4 Como se sabe, la clasificación de los fines de la pena que es común en el Derecho penal hispano-germano, distingue entre prevención especial "positiva" (aludiendo a la rehabilitación, inserción social, integración social, etc.) y la prevención especial negativa (inocuidación o intimidación individual). En adelante, cuando aluda a la "prevención especial", a secas, sin hablar expresamente de la "prevención especial negativa", me estaré haciendo referencia a la prevención especial positiva, que es la más relevante en el sistema de fines de la pena en el Derecho penal, en general, y especialmente, en el Derecho penal de adolescentes.

todo tratándose de sanciones privativas de libertad, campo en el cual ambos fines entran en tensión. Ello se ha examinado especialmente desde el punto de vista de los principios y reglas de la LRPA que rigen la determinación judicial de las sanciones penales de adolescentes.

Además, también en el Derecho penal de adolescentes, como en el Derecho penal aplicable a los mayores de edad, algunos autores, e incluso algunas decisiones judiciales, sostienen la vigencia del principio retributivo, conforme al cual la pena debe ser proporcional a la gravedad del injusto penal culpable, exigencia que también entra en tensión con el fin de prevención especial positiva. En la práctica, el principio retributivo y la finalidad preventivo-general desempeñan una función similar, como fundamento para exigir una sanción más severa que la que sería más indicada para la prevención especial<sup>5</sup>. Fundamentalmente por ello<sup>6</sup>, en este documento me referiré simplemente a la prevención general como el gran fin opuesto a la prevención especial, y que tiende a exigir una sanción relativamente más severa, proporcional a la gravedad del injusto culpable cometido por el adolescente.

Por último, tanto en el Derecho penal aplicable a adolescentes como en el que rige para mayores de edad, ocasionalmente se hace alusión a fines de prevención especial negativa (inocuidación del delincuente peligroso<sup>7</sup>). Esta finalidad de la sanción no tiene cabida, como un criterio autónomo, entre los criterios de determinación de la pena de la LRPA chilena, que ponderan únicamente las exigencias de una pena proporcional a la gravedad del injusto penal con las de una sanción idónea para la prevención especial positiva (Couso, 2009b: 14, n. 17); en el Derecho penal aplicable a mayores de edad, por su parte, la prevención especial negativa

---

5 Es cierto que la prevención general, sin embargo, podría hacer necesaria una pena más alta que la pena retributiva ajustada a la culpabilidad del autor; pero si el principio de culpabilidad se postula como un límite que debe ser respetado por la pena orientada a la prevención general, el resultado es similar al que se llega bajo la vigencia del principio retributivo. Sólo será distinto en los casos (poco comunes) en que la necesidad preventivo-general decae (por ejemplo, en el caso de la *poena naturalis*, o en el de una medida de reparación satisfactoria para la víctima), haciendo innecesaria una pena que el principio retributivo sí demanda.

6 Pero también por la diferencia, recién apuntada en la nota anterior, que en ciertos casos habrá, entre la necesidad persistente de una pena retributiva y la falta de necesidad de una pena orientada a la prevención general.

7 En este lugar no me referiré al efecto preventivo-especial negativo de la "intimidación individual", que podría argumentarse, es intrínseco a prácticamente toda pena, tanto de adolescentes como de mayores de edad. Por ello, en adelante, cuando aluda a la "prevención especial negativa", a secas, me refiero realmente al efecto de inocuidación o de "incapacitación individual".

tampoco parece ser un criterio de determinación autónomo de la penas privativas de libertad<sup>8,9</sup>. Por su parte, en el Derecho penal juvenil alemán es discutible si acaso la prevención especial negativa puede emplearse como criterio de determinación de la pena juvenil (privativa de libertad), si bien parecen más convincentes las razones en contra de esa posibilidad (Couso, *ibíd.*, y p. 17, n. 22, citando a Strobel)<sup>10</sup>, pero en esa misma legislación, a lo menos según una parte de la doctrina, sí parecen tener un papel las consideraciones preventivo-especiales negativas en sede de control judicial de la ejecución de la pena juvenil, como un límite a tener en

8 Podría decirse que esta finalidad sólo influye indirectamente, y en realidad, más bien bajo la forma de un límite (no de una finalidad) en la decisión de no conceder una medida de cumplimiento de la pena en el medio libre (de la Ley N° 18.216), a causa de la peligrosidad delictual del condenado; pero directamente, la naturaleza y cuantía de la pena impuesta por el tribunal, no han debido tener en cuenta esa finalidad. Si bien algo parecido podría decirse de la prevención especial positiva (en general, no es un fin autónomo de determinación de la pena aplicable a los mayores de edad en Chile), en realidad, la situación es distinta, precisamente en relación con las medida de la Ley N° 18.216, pues esta Ley faculta al tribunal para conceder las medidas de cumplimiento (y reinserción) en el medio libre, paradigmáticamente en el caso de la libertad vigilada, cuando ello es conveniente (un tratamiento en el medio libre "aparece eficaz y necesario" – Art. 15, letra c,–) para la prevención especial positiva, es decir con la finalidad de favorecer la prevención especial positiva; en cambio, esa Ley no faculta al tribunal para adoptar alguna medida que altere la pena impuesta (por ejemplo, añadiéndole una medida de seguridad posterior a la condena) por necesidades para la prevención especial negativa. En el caso de la remisión condicional de la pena, la prevención especial negativa parece, con todo (si bien de esa forma inversa – como un límite, esto es, una razón para no adoptar una medida de reinserción en el medio libre, y no como una razón para adoptar una medida de seguridad –), desempeñar un papel más relevante, pues su concesión explícitamente depende de un pronóstico de que el condenado "no volverá a delinquir" (Art. 4°, letra a).

9 En cambio, sí pueden tener una finalidad de prevención especial negativa (de inocuización) otras penas diversas de las privativas de libertad, como las penas privativas de otros derechos.

10 Es necesario aclarar, en todo caso, que, si bien la prevención especial negativa de la inocuización no parece tener lugar como criterio de determinación de la pena juvenil en Alemania, sí es el fundamento de la custodia de seguridad posterior a la ejecución (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), introducida a la JGG alemana a través de una modificación de su § 7, que entró en vigencia el 12 de julio de 2008. y que permite, una vez cumplida una pena juvenil de más de 7 años de duración, impuesta por graves delitos en contra de la vida, la integridad corporal o la autodeterminación sexual, o por robos agravados, confinar al autor en un establecimiento de custodia de seguridad por tiempo indeterminado, cuando se den circunstancias de hecho que fundamenten una alta peligrosidad del condenado para la colectividad, de la que se desprenda a su vez una elevada probabilidad de que reitere delitos de esa naturaleza; la mantención de la medida en el tiempo debe ser revisada anualmente. La reforma despertó, desde su tramitación, una oposición mayoritaria en los expertos en justicia penal juvenil (véase <http://blog.beck.de/2008/06/03/expertenanhorung-sicherungsverwahrung-fur-jugendliche-uberwiegend-abgelehnt>, consultada el 10 de junio de 2010), pero fue finalmente aprobada por el parlamento alemán, y su constitucionalidad fue afirmada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en sentencia del 10 de marzo de 2010, incluso si se trataba de la aplicación retroactiva de la medida a sujetos condenados con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma (véase <http://www.haufe.de/recht/newsDetails?newsID=1268219353.44>). Sin embargo, recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró que la aplicación retroactiva de la custodia de seguridad posterior a la ejecución constituye una violación al Art. 7.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la aplicación retroactiva de una pena más grave que la aplicable al momento de la infracción (véase al respecto: <http://blog.beck.de/tag/sicherungsverwahrung>, visitada el 10 de junio de 2010). La decisión del TEDH ha sido celebrada por los expertos en justicia penal juvenil en Alemania, y está dando lugar a un movimiento por la reforma de la custodia de seguridad, coherente con las "exigencias constitucionales de protección de la dignidad humana, la justicia y la participación de todos los ciudadanos y ciudadanas" (de ese tenor es el llamado formulado públicamente, en mayo de 2010, por 98 especialistas en justicia penal juvenil, disponible en: <http://www.rs.uni-greifswald.de/duenkel/publikationen/internet/greifswalder-appell.html>, visitada el 10 de junio de 2010).

cuenta a la hora de decidir si acaso conceder o no una “medida de relajación” (siguiendo la terminología alemana –LockerungsmaBnahme-) de la ejecución penitenciaria<sup>11</sup>. Si acaso en la LRPA chilena tiene cabida la prevención especial negativa en sede de control de la ejecución, por ejemplo, como un criterio para no conceder la sustitución de la pena, es algo que se examinará al analizar esta institución<sup>12</sup>.

Así, en la práctica, al igual que en el Derecho penal aplicable a los mayores de edad, en el Derecho penal de adolescentes la apelación a los fines de la pena como criterios de decisión judicial de la pena a imponer, se reduce fundamentalmente a la consideración de criterios de prevención especial positiva, de un lado, y a la exigencia de una pena de severidad proporcional a la gravedad del injusto penal culpable cometido, del otro lado. Cuando se trata de decisiones de control de la ejecución, como la concesión de medidas de “relajación” de la ejecución, podría discutirse si acaso se incorpora como una nueva finalidad (más bien, bajo la forma de un límite) la prevención especial negativa, bajo la forma de un efecto de inocuización, es decir, de la anulación temporal del potencial delictivo del condenado, mediante el cumplimiento del mayor tiempo posible de condena, sin una puesta en libertad temprana.

El Derecho internacional aplicable en la materia no emplea en general la nomenclatura propia de la teoría de los fines de la pena propia del Derecho penal continental, pero claramente reconoce que en la determinación judicial de las sanciones penales de adolescentes interesan tanto la reintegración social del adolescente cuanto la imposición de un castigo proporcionado a la gravedad del hecho, para fines que en la teoría penal continental se denominan prevención general negativa y positiva. Incluso, se encuentra alguna referencia más genérica a las “necesidades de la sociedad”, que podrían entenderse (si ello fuese compatible con otros principios del mismo nivel o superiores) también en referencia a fines de prevención especial negativa (conjuntamente con los de prevención general). Así, por ejemplo, las Reglas de Beijing<sup>13</sup> disponen, en la Regla 17.1 a), que:

La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.

<sup>11</sup> Como se verá al tratar sobre la sustitución de la sanción.

<sup>12</sup> En el caso del derecho aplicable a los mayores de edad en Chile, la regulación de la libertad condicional no parece considerar directamente la necesidad preventivo-especial negativa (necesidad de anular el potencial delictivo del condenado, manteniéndolo todo el tiempo posible en privación de libertad), sino otro tipo de consideraciones, más vinculadas al sistema de incentivos para la buena conducta penitenciaria.

<sup>13</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

aclarando, en el Comentario oficial de la misma regla, que las Reglas tienen en cuenta, y no pretenden resolver, los conflictos que en materia de justicia juvenil se plantean entre:

- a) Rehabilitación y justo merecido; b) Asistencia frente a represión y castigo; c) Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general; d) Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual.

De forma similar, reconociendo una dualidad de fines, se expresa la única decisión pronunciada por el Tribunal Constitucional chileno sobre los fines de la sanción en la LRPA (Rol 786-2007, considerando 23°), cuando se refiere al necesario equilibrio que debe existir entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes pero sin examinar si las condiciones de ese equilibrio varían en la fase de ejecución y sin analizar –pues no era la materia del asunto– las normas de la LRPA que, en materia de control de la ejecución, prestan especial atención a criterios preventivo-especiales positivos (como el Art. 53, sobre sustitución de sanciones). Estas particularidades, como se verá, son centrales para responder a las cuestiones que la jurisprudencia ha abierto en materia de normas sobre control de la ejecución de las sanciones penales de adolescentes.

Aunque no es este el lugar para profundizar en ello, cabe destacar que en esta forma de plantear la “dualidad” de fines, se oculta que la prevención especial positiva, más específicamente, la rehabilitación del condenado, también es una forma de proteger a la sociedad frente al delito de los adolescentes (y de ellos, como futuros adultos). No se trata de una objeción semántica, sino de una cuestión de fondo, que volverá a analizarse a propósito de una (relativamente) reciente decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán que hace de este punto una cuestión de principios. En cualquier caso, puede convenirse que, dado que los efectos de la prevención especial positiva, favorables a la sociedad, pueden llegar a producirse en un mediano o largo plazo, otras finalidades, más inmediatamente (de corto plazo) preocupadas de prevenir el delito o de devolver la confianza en el Derecho a la población (como el efecto preventivo-general negativo y positivo; o, en su caso, el efecto de inocuización), aparecerían, en la discusión teórica, precisamente como fines más directamente al servicio de la sociedad, frente a la rehabilitación que, en lo inmediato – si se la intenta a través de sanciones no privativas de libertad –, aparecería más directamente al servicio del adolescente.

### **Especial énfasis en la prevención especial positiva**

Teniendo en cuenta lo expuesto, no es en el repertorio de fines penales –y de tensiones entre los mismos–, donde se diferencia el Derecho penal de adolescentes del Derecho penal aplicable a los mayores de edad. La diferencia radica, en cambio, en el énfasis que el primero hace en el fin de prevención especial positiva, es decir, en la orientación de la intervención penal (y de su no intervención) hacia la entrega, al condenado, de las herramientas necesarias para que éste tenga una vida futura sin delitos, así como –sobre todo– hacia la evitación de que, como consecuencia de la propia intervención penal, el condenado aumente sus posibilidades de continuar con una actividad delictiva en el futuro (Couso, 2007: 228-230). Ese mayor énfasis se convierte en un principio vinculante para Chile por efecto del Art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que reconoce

el derecho de todo niño... al que se declare culpable de haber infringido esas leyes [las leyes penales] a ser tratado de una manera... en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Con mayor claridad, esta idea del mayor énfasis –un mayor peso relativo, a efectos de ponderación (Couso, 2009b)–, se explica en el ya mencionado comentario oficial de la Regla 17 de las Reglas de Beijing:

...los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven.

### **2.2. Énfasis particular en la prevención especial positiva en la fase de ejecución de sanciones penales de adolescentes. Necesidad de una “ponderación diferenciada”**

Ya incluso en el Derecho penal general la prevención especial positiva adquiere un énfasis especial en la fase de ejecución penal, que hace disminuir en alguna medida la importancia que en esa fase tienen los fines preventivo-generales (o los retributivos, si se entiende que ése es el fundamento de la atención a la gravedad del injusto culpable). Así lo explica Roxin (§3 nm 41): El significado de la prevención general y especial se acentúa también de forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia

hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales... Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial, como también lo pone de manifiesto el § 2 StVollzG, que sólo menciona la (re) socialización como “fin de la ejecución”. Ahora bien, esto no puede interpretarse en el sentido de que los fines de la pena sobre los diferentes estadios de la aplicación del Derecho penal permitan dividirse con una nítida separación. No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada.

Dejando a salvo que, por las razones expuestas, al Derecho penal de adolescentes no puede importarse sin más la afirmación de que en la imposición de la pena las necesidades preventivas especiales y generales deben considerarse “en la misma medida”, pues las primeras tienen un mayor peso (de hecho, para el propio Roxin, incluso respecto de los mayores de edad podría decirse eso, dado que la resocialización es en Alemania un imperativo constitucional –cfr. Roxin: §3 nm 40-), lo demás sí debe entenderse del mismo modo en el campo de la ejecución penal de adolescentes: la prevención especial positiva adquiere, durante la ejecución, aún mayor importancia relativa frente a la prevención general, a la hora de realizar una ponderación entre ambos tipos de fines.

Como se verá al analizar los criterios de decisión de la sustitución de sanciones, los instrumentos internacionales sobre los derechos del niño confirman la importancia reforzada que en la fase de ejecución de las sanciones penales de adolescentes adquiere la prevención especial positiva. Desde ya puede tenerse en cuenta la Regla 28.1 de las Reglas de Beijing, conforme a la cual:

La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible

lo que debe entenderse como una especificación, en sede de control de ejecución de sanciones, de la afirmación contenida en el comentario oficial a la Regla 17 de las Reglas de Beijing, de que “en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven”.

### **2.3. El papel limitador que corresponde a los intereses preventivo-generales (y a la “seguridad colectiva”), también en la fase de ejecución**

Ya se ha destacado que incluso en el Derecho penal general se acepta que durante la fase de ejecución de la pena, la prevención especial positiva pasa a un primer plano, desplazando a la prevención general a un segundo plano. Pero de ello no parece posible desprender que la

prevención general deje de tener toda relevancia en esta fase de aplicación del Derecho penal. A este respecto, el propio Roxin, tras afirmar que en esta identificación diferenciada de los fines penales preponderantes en las diversas fases –que pone en primer plano a la prevención especial positiva en la de ejecución- "...no se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada", continúa advirtiéndolo (Roxin: §3 nm 41):

Pues si la conminación penal debe conservar su función motivadora, la ejecución tampoco puede perder totalmente el efecto preventivo general...; no debe pretender conseguirlo aquí expresamente, pero debe estar garantizado mediante los condicionamientos en su marco...

Esos "condicionamientos" garantizados mediante el "marco" penal adecuado a la prevención general se apreciarán, típicamente, a través de las restricciones que la ley establezca para la adopción de medidas de sustitución o término anticipado de las sanciones privativas de libertad, destinadas a mejorar las posibilidades de reintegración social del condenado. Un caso obvio es la exigencia, en la ley penal chilena aplicable a mayores de edad, de un cierto transcurso de tiempo de ejecución penitenciaria efectiva (por regla general, la mitad o los dos tercios de su extensión temporal, según la gravedad del delito), antes de que sea posible conceder la libertad condicional. A través de esos condicionamientos en el marco penal, el legislador intenta justamente que la conminación penal (la amenaza de pena establecida para los respectivos delitos) "conservar su función motivadora", en palabras de Roxin. El supuesto implícito es que una medida de "relajación" del cumplimiento efectivo de la pena, que reduzca demasiado el tiempo que los condenados efectivamente permanecen encerrados, produce el riesgo de hacer fracasar la función motivadora (intimidación) de la conminación penal. Así, entonces, en la fase de ejecución, la prioridad *prima facie* a favor de la reintegración social del condenado –que se ve, casi sin excepciones, mejor servida cuando se le concede un beneficio como el de la libertad condicional<sup>14</sup>- encuentra un límite en las necesidades preventivo-generales de preservar, en alguna medida, la función motivadora de la amenaza de pena. Digo "en alguna medida", porque ciertamente en el propio programa del legislador (que de forma anticipada anuncia la posibilidad de "acortar" las penas efectivas por medio de estos beneficios) se contempla una cierta renuncia, un cierto sacrificio, de los intereses preventivo-generales, que se verían mejor servidos con un cumplimiento íntegro de la pena impuesta por la sentencia, dentro del marco fijado por el legislador.

Esa es una expresión del "mínimo preventivo general" que debe preservarse cuando, en cumplimiento del mandato constitucional de la resocialización, se hace (*prima facie*) ceder a aquella necesidad en aras de este interés (Roxin: §3 nm 40).

14 "[A]penas si puede imaginarse un caso en que una privación de libertad de más larga duración podría favorecer el desarrollo de un joven", concluye Albrecht (267) al examinar los fines de la pena que presiden la decisión de conceder o no una suspensión de la pena juvenil a prueba.



Sin embargo, no puede completarse este análisis de esta conocida e influyente concepción sobre las relaciones entre prevención general y especial en los diversos momentos o fases de aplicación de la ley penal sin hacer alusión a la afirmación de Roxin de que la ejecución penal “no debe pretender conseguirlo aquí expresamente, pero debe estar garantizado mediante los condicionamientos en su marco”. Literalmente, ello puede leerse como que es tarea del legislador, no del juez, asegurar el “mínimo preventivo general” a través de la introducción de restricciones (legales) a la posibilidad de reducir demasiado los tiempos de cumplimiento efectivo en aras de la reintegración social.

Esa conclusión es compatible con el diseño de la Ley Judicial Juvenil (Jugendgerichtsgesetz) alemana, que contempla explícitamente ese tipo de restricciones. Así, en el § 88 exige, como condición para que el juez de ejecución pueda suspender a prueba el resto de la pena juvenil (privativa de libertad), que se haya cumplido un tiempo mínimo de ejecución, equivalente por regla general a un tercio de la extensión impuesta por la sentencia (regla aplicable a todas las penas de más de un año de duración), no pudiendo ser inferior a seis meses (salvo en casos excepcionales). La doctrina destaca que este mínimo de ejecución es inferior al que rige para los mayores de edad (2/3 de la pena, según el § 57 del Código Penal alemán –StGB–), diferencia que se basaría en que “la fase de desarrollo de la adolescencia está sujeta a un especial principio de protección, de modo que precisamente exige un tratamiento desigual a favor del adolescente” (Albrecht: 269), o en que en el derecho penal de adolescentes, los intereses defendidos por el principio retributivo (que inspirarían la regla de los 2/3, del StGB) “deben ponderarse con las exigencias educativas que siempre deben tenerse en cuenta de forma prioritaria” (Eisenberg: § 88, 9 b, quien además descarta que deba atenderse a consideraciones preventivo-generales).

Pero ¿qué pasa si el legislador no ha establecido restricciones formales (un “marco”, es decir, tiempos mínimos de ejecución efectiva) a la facultad del juez de ejecución de decretar medidas de excarcelación temprana?

Hay dos formas de responder a esta pregunta. La primera, entender que en tales casos queda claro que el legislador no está preocupado de la prevención general, sino que renuncia de antemano casi a cualquier efecto preventivo-general (salvo el efecto más bien simbólico que produce la intervención del aparato estatal a través de las diversas formas de supervisión post-penitenciaria), pues está (casi) puramente interesado en la reintegración social. La segunda forma de responder a aquella pregunta, es sostener que en tales casos el legislador delega al juez, al que le ha entregado la facultad (no la obligación) de poner en libertad anticipadamen-

te al condenado, la tarea de “ponderar” el interés en la reintegración social con el interés en preservar un mínimo preventivo-general.

Ambas respuestas pueden ser correctas, dependiendo de cómo está configurado en el sistema jurídico respectivo el complejo de fines de la pena a tener en cuenta al momento de (la conminación penal y de) la imposición judicial de la pena. Si en un sistema jurídico determinado, es posible imponer una pena privativa de libertad únicamente en atención a fines preventivo-especial positivos, sin que el legislador haya contemplado restricciones formales (un tiempo mínimo de cumplimiento efectivo) para la concesión de “beneficios” en sede de ejecución penal, entonces es perfectamente consistente con tal sistema entender que la facultad del tribunal de modificar la pena o de terminarla anticipadamente queda entregada a puras consideraciones de prevención especial positiva. Si, en cambio, en otro sistema jurídico la imposición de una pena privativa de libertad necesariamente responde a intereses de prevención general, que el tribunal que impuso tal pena debió considerar –indirectamente, bajo la forma de una atención a la “gravedad del hecho”<sup>15</sup> – junto con el interés en la reintegración social del adolescente, entonces la facultad del juez de ejecución de terminar anticipadamente el cumplimiento efectivo de esa pena, en los casos en que la ley no puso salvaguardas para asegurar el “mínimo preventivo-general”, no podría razonablemente ejercerse desentendiéndose por completo del interés en conservar – de nuevo, bajo la forma de una atención a la gravedad del hecho y al tiempo de ejecución que resta por cumplir – siquiera mínimamente el efecto de prevención general negativa que la sentencia buscó, como un modo de “conservar la función motivadora” de la conminación penal. Dicho de manera más simple: si algún efecto preventivo-general pretende tener la “advertencia” (“función motivadora”) que el legislador hace a los adolescentes de que un homicidio calificado puede castigarse con una sanción de entre 5 y 10 años de internación en régimen cerrado, entonces, en el caso hipotético de una

---

15 Con ello quiero hacerme cargo de que, como lo he sostenido en otro lugar (Couso, 2006: 388 ss., 394-396), no me parece que la evaluación directa de las necesidades preventivo-generales de pena presentes en cada caso particular sea una tarea que la Administración de Justicia penal pueda racionalmente realizar (cfr. sobre ello, también; García Arán, citada por Cruz Márquez: 147-148). Por ello, sólo indirectamente, a través de una consideración de la gravedad del injusto penal (y teniendo como límite la medida de la culpabilidad del autor por ese hecho), los jueces pueden hacerse cargo de los intereses preventivo-generales en juego, debiendo prescindir, por tanto, de cualquier consideración específica y directa sobre el grado de alarma social o de incitación a la imitación que podrían surgir del delito enjuiciado, y que aconsejarían tal o cual severidad de la pena. Cuando, sin hacer esta aclaración, me refiero a la consideración judicial de las necesidades preventivo-generales o del mínimo efecto preventivo-general, entiéndase que pretendo destacar cuál es el interés mediatamente servido por la atención a la gravedad del hecho (y, en su caso, al tiempo de ejecución que resta por cumplir), pero en ningún caso supongo que sea una tarea de los jueces especular (pues no sería más que eso) sobre las necesidades sociales de castigo presentes en el caso particular, para reforzar el efecto inhibitorio de las prohibiciones penales o restablecer la confianza en el derecho.

condena que impone 7 años de internación en régimen cerrado por dicho delito (extensión que, en parte, debió atender a la necesidad de preservar la función motivadora de la amenaza penal), la decisión de si acaso puede sustituirse la sanción a los 18 meses de cumplimiento, no podría ignorar la cuestión de si ese tiempo de cumplimiento es suficiente para mantener en una medida mínimamente satisfactoria la “función motivadora” de aquella conminación y de esta condena.

Por razones que he expuesto en otra ocasión, entiendo que el sistema de la LRPA chilena es del segundo tipo, de modo que, a falta de resguardos legislativos para conservar el “mínimo preventivo-general” (mínima capacidad motivadora de la conminación penal) el juez está delegado por el legislador para considerarlos por sí mismo.

Tan importante como afirmar ello resulta, en mi opinión, destacar que el “mínimo preventivo-general” es, en sede de ejecución, menor que el mínimo a preservar en sede de imposición judicial de la pena, pues ya en el plano de la eficacia preventivo-general negativa de la pena, la severidad que la pena debe necesariamente tener en el momento de la condena para ser “tomada en serio”, no tiene porque ser la misma que la severidad de la pena “efectivamente cumplida”; de hecho, empíricamente habría más indicios de que las medidas de disminución moderada de las penas en sede de ejecución de penas no afectan a la eficacia disuasiva de las conminaciones (y de las condenas) que indicios a favor de la tesis contraria (Silva Sánchez: 244 –n. 276-, 266 –nn. 366 y 367-). Pero más aún, incluso descontada esa diferencia, si alguna consecuencia tiene el hecho de que en sede de ejecución la prevención especial positiva –en palabras de Roxin- “pasa totalmente a primer plano”, traduciéndose en “una ponderación diferenciada”, es justamente que el “mínimo preventivo-general”, a favor del cual se justificaría el relativo sacrificio de los intereses de reintegración social, es de menor entidad e importancia que las que se le debe reconocer a dicho “mínimo” en sede de imposición de la condena.

Pero como se verá a continuación, también es fundamental advertir en este lugar, que no se puede “importar” la tesis del “mínimo preventivo-general” del Derecho penal general y aplicarla sin más al Derecho penal de adolescentes. En particular, no se le puede aplicar sin reconocer que – como se ha señalado – hay un principio primordial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a los menores de edad (reconocido también en prácticamente toda ley penal de adolescentes) que, en todas las fases del sistema penal, asigna una importancia reforzada a la prevención especial positiva, mayor que la importancia que el Derecho penal general asigna a esta finalidad. Así, el “mínimo preventivo-general” no deriva de un simple cálculo de sicología social sobre cuánto debe durar el cumplimiento efectivo para que

se siga tomando en serio las conminaciones penales ("cálculo" que, por lo demás, no ofrece resultados ciertos y determinados), sino que es el resultado nuevamente, de una ponderación entre la importancia de mantener un mínimo efecto preventivo-general y la necesidad de correr mayores riesgos con los adolescentes a favor de su integración social en el medio libre, "tan pronto como sea posible" (Regla 28.1 de las Reglas de Beijing).

Por último, vale la pena aclarar que cuando en el Derecho penal juvenil alemán se alude a los límites que, en sede de control de la ejecución, deben oponerse al objetivo de la reinserción o integración social del adolescente condenado, no sólo se trata de consideraciones relativas al "mínimo preventivo-general", sino en ocasiones, de consideraciones más bien relacionadas con la prevención especial negativa, es decir, la necesidad de mantener al adolescente durante más tiempo encerrado (evitando su puesta en libertad temprana), cuando hay riesgos ciertos de que inmediatamente volverá a delinquir. Otra cosa es, nuevamente, si acaso estas consideraciones (al igual que las referidas al "mínimo preventivo-general") pueden tener el mismo peso que las razones a favor de intentar la inserción del adolescente en el medio libre lo antes posible. Como se verá a continuación, hay fuertes argumentos para sostener que tienen menor peso que éstas.

#### **2.4. Necesarios sacrificios a los intereses de carácter preventivo-general (y de seguridad de la colectividad), fundados en el mayor peso relativo de la prevención especial positiva durante la ejecución**

Para explicar de forma más precisa las consecuencias de aquella "ponderación diferenciada" que según Roxin corresponde realizar en la fase de ejecución, en la que mayor peso aún hay que dar a la prevención especial positiva del ya mayor peso que este fin (y límite) de la pena tiene en el Derecho penal de adolescentes, es especialmente ilustrativo el tratamiento que del problema hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) en una decisión de fecha 31 de mayo de 2006, referida específicamente a la cuestión del fundamento legal y los fines de la ejecución de penas (privativas de libertad) de adolescentes, así como los criterios para las decisiones legislativas, judiciales y administrativas sobre ejecución de sanciones penales de adolescentes (véase Dünkel/Geng, Goerdeler/Pollähne, Sonnen y Ostendorf).

En esa decisión, el BVerfG se pronuncia sobre el peso que en las decisiones sobre ejecución de penas (privativas de libertad) de adolescentes corresponde dar a la (re)integración social frente a los intereses de protección social, de una forma que es aplicable a la situación normativa vigente en Chile.

Esta decisión también permite abordar la cuestión de si acaso la ejecución de la sanción privativa de libertad tiene una finalidad de prevención especial negativa, de tipo custodial, consistente en brindar seguridad a la sociedad de que el adolescente no cometerá delitos durante la ejecución como consecuencia de su aislamiento de la sociedad.

La doctrina alemana ha llamado la atención sobre la tesis jurisprudencial del BVerfG, en el sentido de que el único fin de la ejecución penitenciaria de adolescentes es la "integración social" (*Integrationsziel*), y que el deber de protección de la seguridad de los ciudadanos no es un fin equivalente, que entre en colisión con el primero de modo tal que deba ponderarse con él, sino una tarea más que se alcanzaría y, que sólo es lícito alcanzar, precisamente a través de la búsqueda consistente de la integración social para el adolescente condenado – único fin de la ejecución –, y no, en cambio "poniendo supuestamente al servicio de la seguridad colectiva conceptos de confinamiento orientados de forma cortoplacista y perjudiciales para la resocialización"; por ello el fin de la "resocialización" (*Resozialisierung*) se derivaría tanto de los principios constitucionales que atienden al interés del adolescente condenado (deber de respetar su dignidad humana y principio de proporcionalidad) cuanto del propio deber estatal de proteger la seguridad de todos los ciudadanos.

Ello tendría consecuencias inmediatas para las decisiones concretas de los tribunales en las que las medidas de "relajación" (*Lockerungen*) de la privación de libertad (salidas esporádicas y periódicas), necesarias para la resocialización, deben ser ponderadas con el riesgo de abusos (Goerdeler/Pollähne: 60), ponderación en la que debería tener precedencia, en principio, el interés en la resocialización, si bien la ejecución penitenciaria, en este tipo de decisiones, "también debe considerar los legítimos intereses de la colectividad", pero con el rango de una "tarea" a la que atender (la protección de la seguridad) subordinada al "fin" de la ejecución (la integración social) (Goerdeler/Pollähne: 61).

En cambio, varios de los proyectos de ley de ejecución penal de adolescentes preparados por los *Länder* (estados federados alemanes)<sup>16</sup>, situaron la protección de la seguridad de la colectividad como un segundo fin, en su caso, al mismo nivel que el de la resocialización, tal como lo destaca críticamente Ostendorf (109), haciendo notar el contraste de esta visión con la concepción del BVerfG, para el cual hay un sólo fin de la ejecución, la resocialización, que también interesa para la seguridad de la colectividad. Con todo, esta afirmación parece un contra-

<sup>16</sup> En cumplimiento de la exigencia que la sentencia del BVerfG impuso a los *Länder* (competentes, desde la reforma al federalismo del mismo año 2006, para legislar sobre la ejecución penal de adultos y adolescentes), de promulgar leyes de ejecución penal de adolescentes autónomas, que debían estar vigentes a más tardar el 1° de enero de 2008, obligación con la que efectivamente cumplieron.

sentido, a menos que se repare en que el BVerfG orienta su definición del fin de la ejecución hacia el futuro, en el que se busca que el condenado alcance “una vida futura sin delitos, en libertad” (Ostendorf: 110); por ello, debe distinguirse entre la perspectiva futura, del momento posterior al egreso del adolescente internado, en la que efectivamente coinciden el fin de la resocialización del adolescente y la tarea de proteger a la colectividad, pues la resocialización es la única manera de dar protección a las víctimas (potenciales), de la perspectiva actual, del momento en que la pena se está ejecutando, respecto de la cual el BVerfG nada dice; sólo en este momento, mientras la pena se está ejecutando, la protección de la colectividad “alcanza una significación autónoma” (como finalidad de la ejecución), que “se construye por medio de muros y de medidas de vigilancia” (Ostendorf: 110).

En todo caso, vale la pena poner de relieve que en esta aclaración ofrecida por Ostendorf se desliza una concepción de la seguridad de la colectividad asociada no primariamente a la prevención general, sino más precisamente a la prevención especial negativa: el fin de inocuización del condenado a través de su reclusión. En otro lugar (Couso, 2009b: 14, n. 17, con referencias a la opinión similar de Strobel, en Alemania) he explicado por qué este fin de prevención especial negativa, que se apoya en un pronóstico de peligrosidad del autor, no tiene asidero en la LRPA como criterio para preferir una sanción privativa de libertad a una no privativa de libertad, en sede de imposición de sanciones. Al tratar sobre los criterios para decidir la sustitución de la sanción me referiré, en particular, al rol que la “peligrosidad delictual”, indirectamente (en tanto que predictor de fracaso de un tratamiento en libertad), podría tener en la adopción de esa decisión, destacando que eso no implica un reconocimiento de la prevención especial negativa como fin de la ejecución. En todo caso, cualquiera que sea el papel que se asigne al interés en evitar que el adolescente liberado en forma anticipada por medio de una medida de “relajación” cometa nuevos delitos, lo relevante aquí es destacar que, en opinión de Ostendorf – para quien la protección de ese interés es una tarea del Estado en la ejecución –, se trata de un interés subordinado a la misión de la ejecución penal de adolescentes: la integración social del mismo en libertad.

En efecto, en las decisiones relativas a esas medidas de relajación de la privación de libertad, así como de concesión de “vacaciones” (en libertad) y de puesta en libertad condicional, la consideración de los posibles peligros (para la seguridad colectiva) deben tomarse en cuenta, pero no llegan al punto de ponderarse con la función resocializadora como fines de igual rango, pues si aquellas decisiones son reconocidamente elementos importantes para la resocialización, entonces estas medidas se corresponden con el fin de la ejecución penal, que incluye dentro de sí la toma de riesgos responsables y defendibles (riesgos para la seguridad colectiva) (Ostendorf: 110); por ello, la formulación de un fin autónomo de protección de la

seguridad de la colectividad oculta al verdadero fin de la resocialización.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a la justicia penal juvenil, sin llegar a distinguirse en detalle entre los diversos intereses en juego, se reitera este principio que exige tomar riesgos tempranos a favor de la inserción social en libertad. Así, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”), de 1985, disponen, en su Regla 28:

“[L]a autoridad pertinente recurrirá en **la mayor medida posible** a la libertad condicional y la concederá **tan pronto como sea posible**”.<sup>17</sup>

A su vez, en el caso de la regulación de la LRPA chilena, la facultad de conceder la sustitución de la sanción privativa de libertad por una sanción en libertad pone un énfasis tan claro en el interés en la integración social del adolescente, que es legítima la pregunta (a la cual sin embargo, yo respondo en forma negativa) de si acaso teniendo en cuenta el tenor literal de la disposición que lo regula (el Art. 53) no debe desprenderse que ese es el único criterio de decisión, sin que quepa atender al interés en la prevención general (o en la seguridad de la colectividad, en su caso).

### 2.5 Reintegración social y legitimación del Estado para una educación coactiva

Una última cuestión teórica relevante sobre los fines de las sanciones penales de adolescentes en sede de ejecución se refiere a si acaso el Estado está legitimado para imponer el cumplimiento forzado de los programas orientados a la resocialización o integración social, o si ello choca con la autonomía moral del condenado (adolescente, que en el intertanto, en la mayoría de los casos ya se hizo adulto). Relacionada con ella está la cuestión de acaso el condenado está obligado a cooperar con su resocialización, y si puede sancionársele por no hacerlo, lo que es relevante para decidir si puede pedirse en el adolescente (por ejemplo para darle acceso a medidas como la puesta en libertad condicional) una aceptación interna del castigo y del tratamiento en general, reflejada en una “buena actitud” hacia el mismo, o si sólo pueden obligársele al cumplimiento exterior (aunque sea por razones tácticas) de deberes específicos, sin exigencia de una “adhesión” al plan de intervención individual.

A este respecto conviene recordar que una de las objeciones esgrimidas en el Derecho penal general en contra de las sanciones (re)socializadoras alude a un déficit de legitimidad. Para Kant, la pena preventiva, en general, que utilizaba al condenado como un medio para fines

<sup>17</sup> La negrilla es mía.

ajenos a sí mismo, representaba una lesión de la dignidad humana. Esta objeción se ha planteado especialmente para la pena preventivo-especial, que además, en cierta forma se dirige a modificar la personalidad del individuo por medio de la fuerza. La jurisprudencia constitucional alemana, recogiendo esta objeción, niega que el Estado tenga la misión de “mejorar a los ciudadanos” (Roxin: §3, nm 17 y 38). Es cierto que un punto de vista tradicional admite que con los menores de edad sí serían legítimos los tratamientos no consentidos en el campo del derecho penal para los adultos<sup>18</sup>, pero también es cierto que ese punto de vista es anterior al desarrollo de la doctrina de los derechos del niño, como un sujeto de derecho al que debe reconocerse la misma dignidad y autonomía moral que los adultos. La réplica que acude al mandato del Estado de educar a los menores es débil, pues intenta poner en el mismo lugar al concepto de educación, en el sentido de la pedagogía, y a la “educación a través de pena” que impera en el Derecho penal de adolescentes, siendo que ambas nociones, desde el punto de vista filosófico, están en las antípodas (Albrecht: 72). Si se admite entonces que en la cuestión de la pena preventivo-especial el problema constitucional que afecta a los menores de edad no tiene nada que ver con el derecho a la educación sino con el derecho a la autonomía moral, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, la cuestión del consentimiento del adolescente en el tratamiento (re)educador o (re)socializador se vuelve una exigencia fundamental, tal como lo es para el condenado adulto (Roxin: §3, nm 38).

Por lo demás, esta es la concepción que más recientemente – también con la citada sentencia del BVerfG de 31 de mayo de 2006 – se ha venido imponiendo en materia de ejecución penal respecto de los adolescentes sometidos a la Ley Judicial Juvenil alemana, cuya misión ya no sería alcanzar compulsivamente una educación del adolescente para una “vida recta y con conciencia de su responsabilidad”, sino apenas ofrecerle apoyo para mejorar sus posibilidades de llevar en el futuro una vida sin delitos (Ostendorf: 100, 110-111).

## **2.6. Fines de la ejecución y rol de la judicatura de control de la ejecución de las sanciones penales de adolescentes**

Para concluir con este examen de los fines de la pena en las decisiones sobre control judicial de la ejecución de las sanciones penales de adolescentes, quiero ofrecer muy brevemente una interpretación del Art. 50, inc. 2°, de la LRPA, coherente con la importancia que, creo, debe asignarse a esos fines en toda decisión judicial adoptada en esta sede.

---

<sup>18</sup> Es significativo el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal alemán, a propósito de la pena preventivo-especial, expresamente prohibió la educación compulsiva “en la medida que afecte el núcleo intangible de la personalidad de un adulto” (en Roxin: §3, nm 17). Pero, como se verá, la propia jurisprudencia del BVerfG y la doctrina alemana han restringido severamente los alcances de la intervención preventivo-especial del Estado sobre los adolescentes (Ostendorf: 100, 110-111).



Esa disposición asigna al juez de ejecución la tarea de velar por “el respeto y cumplimiento de la legalidad de la ejecución”. A partir de lo expuesto creo posible concluir que, si la tarea que el Estado debe garantizar con las medidas de la LRPA es fundamentalmente, la integración social de los adolescentes, la tarea del juez de ejecución no se agota en velar por el respeto y cumplimiento de la legalidad “formal” – por ejemplo, el cumplimiento efectivo de la sanción, en un centro o programa de las características definidas por la ley, por el tiempo o la extensión definida en la sentencia, y respetando los derechos y garantías que rigen la ejecución (aunque estas garantías ciertamente no se agotan en el respeto de la legalidad formal) – sino también, y muy especialmente, el cumplimiento de los objetivos preventivo-especiales positivos de la sentencia (respetando siempre, por cierto, la autonomía moral del condenado), definidos en general en el Art. 20 de la LRPA, pero también implícitamente por el criterio de la “idoneidad” de la sanción para la integración social, contemplado en el Art. 24, letra f). Más allá de todo ello, el velar por “el respeto y cumplimiento de la legalidad de la ejecución”, exige justamente resguardar las condiciones que permitan alcanzar aquellos objetivos, para cuyo logro la LRPA entrega al juez de ejecución facultades tan importantes como la de sustituir las sanciones y la de remitir su saldo. En términos de la distinción del BVerfG, importa velar sobre todo por la misión o fin de la ejecución, y no sólo ni principalmente por otras tareas que estén, ya sea al servicio, ya subordinadas, a aquella misión.

### **3. Resolución de los problemas interpretativos relativos a la sustitución de las sanciones penales de adolescentes**

#### **3.1. Relevancia de la prevención general (o la retribución) en las decisiones de sustitución de sanciones**

Como se indicó más arriba, respecto de la sustitución de sanciones surgen, en primer lugar, preguntas relacionadas con los criterios (y fines de la pena) a tener en cuenta por el tribunal que decide si concederla o no.

El tenor literal del Art. 53 sugiere que la única consideración debe ser que la sustitución “parezca más favorable para la integración social del infractor”, mientras que la exigencia de que ya “se hubiere iniciado su cumplimiento” se convierte prácticamente en una formalidad (con el simple ingreso del adolescente al programa o centro, ya se puede tener por iniciado el cumplimiento).

Pero esa interpretación, particularmente en el caso de las sanciones privativas de libertad en régimen cerrado, plantea problemas de fondo al sistema de administración de justicia penal de adolescentes, que podrían resumirse en que no garantiza el mínimo efecto preventivo-general que la propia ejecución penal debería tener, y sin el cual, según advierte Roxin, tampoco la conminación penal lograría conservar su función motivadora (Roxin: §3 nm 41). Pero frente a

esa objeción podría retrucarse, ¿no será, entonces, que esta norma precisamente se propone impedir “importar” al Derecho penal de adolescentes, en sede de control de la ejecución, la exigencia de resguardar el “mínimo preventivogeneral”?

Antes de responder a esta cuestión, vale la pena examinar en qué términos se plantea la discrepancia acerca de los fines y criterios a tener en cuenta al decidir una sustitución, en las decisiones de los tribunales chilenos (y en las alegaciones de los litigantes).

#### a) Tratamiento jurisprudencial del problema en Chile

**Primera tesis:** el tribunal de control de la ejecución sólo debe considerar lo que más conviene a la integración social del adolescente, único criterio expresado por el Art. 53 de la LRPA, sin tener en cuenta los criterios empleados por el tribunal que determinó la naturaleza y extensión de la sanción; así, en particular, no tendrá en cuenta los criterios referidos a la gravedad del hecho.

Esta tesis la sostiene la **Corte de Apelaciones de Valdivia**, en su decisión de fecha 1° de abril de 2009, Rol N° 123-2009, que rechaza la apelación interpuesta por el Ministerio Público en contra de la resolución dictada por el Juez de Garantía de Valdivia, que al año y 4 meses de ejecución había sustituido la pena mixta de 2 años y 1 día de internación en régimen cerrado y 3 años de internación en régimen semicerrado, impuesta originalmente en contra de P.E.R.A., por la sanción de libertad asistida especial. En efecto, tras referirse a las alegaciones del fiscal, conforme a las cuales hay que tener en cuenta las características (también la gravedad) del delito cometido, la Corte sostiene que

...los criterios de determinación de la pena ya citados fueron en su oportunidad tenidos en consideración al imponer al condenado las penas de dos años y un día de régimen cerrado más tres años en régimen semicerrado como autor de dos delitos de robo con violencia...

[La] misma **Ley N° 20.084** en su artículo 53 faculta al tribunal de garantía para sustituir la sanción impuesta por una menos gravosa, y **solo exige como requisito** que ello parezca *más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento...*

...la propia ley haciendo aplicación del referido principio ha posibilitado que el mismo Juez encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en la ley o a petición del adolescente o de su defensor pueda decretar la sustitución de pena impuesta, imponiéndole una menos gravosa como una manera de permitir la efectiva reintegración de aquél a la sociedad **cuando existen antecedentes favorables para ello, sin que sea dable atender a los factores que esgrime en esta oportunidad el Ministerio Público en su recurso de apelación, ya que éstos fueron ponderados, analizados y tenidos en consideración al imponer la sanción primitiva.**<sup>19</sup>

<sup>19</sup> La cursiva es del original; la negrilla es mía.

Aunque esta decisión no lo dice expresamente, una consecuencia necesaria de la tesis que defiende es que no importa la porción de tiempo de ejecución transcurrida (basta que “haya principiado”, lo que ocurre desde el día 1º), el único criterio a considerar es lo que más convenga a la integración del adolescente condenado. En efecto, si la gravedad del delito (y la extensión del mal causado con él, etc.) no interesa, y lo único relevante es lo que conviene a la integración social, entonces, perfectamente es posible que la sustitución sea jurídicamente indicada, por conveniente para el fin de la integración social (fin que, por principio, es mucho más fácil de alcanzar en el medio libre), prácticamente desde el inicio de la ejecución. Si acaso la Corte de Valdivia estaba dispuesta a aplicar radicalmente esta consecuencia, no es algo que se pueda apreciar en el caso analizado, en el que al momento de la decisión ya habían transcurrido 2/3 del tiempo de ejecución de la sanción de encierro en régimen cerrado (si bien la porción es menor, si se considera la sanción mixta completa, lo realmente sensible es en qué proporción se acortó la estadía en la cárcel, propiamente tal).

**Segunda tesis:** junto con lo más conveniente para la integración social del adolescente, también debe tenerse en cuenta la gravedad del hecho y los demás criterios que el tribunal que impuso la sanción tuvo en consideración al determinar su naturaleza y cuantía.

Una variante de esta tesis, sostenida por algunos fallos, hace explícita la necesidad (sólo implícita en aquella) de tener en consideración el tiempo de ejecución transcurrido al momento de solicitarse la sustitución.

La segunda tesis es seguida por la **Corte de Apelaciones de Copiapó**, en su decisión de fecha 13 de abril del año 2009, Rol N° 71-2009, por la que revoca la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de Copiapó, de 24 de marzo del mismo año, que a los 2 años y 4 meses de ejecución había sustituido condicionalmente la sanción de 7 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, a la que estaba sometido A.V.M., por la de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

En efecto, la Corte sostuvo, en el considerando segundo de esta decisión, que:

cuando el artículo 53 de la Ley N° 20.084, permite la sustitución de la condena por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor, **no permite soslayar, como lo pretende el señor abogado defensor, los objetivos, principios y criterios que justificaron la imposición de la pena**, para remitirnos exclusivamente a la integración social del condenado pues, pudiendo disponerse la sustitución de la condena desde el primer día de cumplimiento de la misma, de seguirse la opinión del señor abogado, llevaría a la conclusión que el juez de ejecución podría alterar

el sistema sancionatorio de la ley, y con ello su finalidad, exclusivamente pretextando el fin antes señalado, lo que constituye un absurdo sistémico, lógico y jurídico.

Por el contrario, la sustitución de pena que consagra la ley, no puede, sino, **efectuarse considerando un análisis global e integrado de la necesidad de reinserción social, con la totalidad de principios, fines y criterios que, en el caso concreto, justificaron la imposición de la pena** y, en atención a que constituye una alteración de lo resuelto mediante sentencia definitiva, dictada, ciertamente, con todos los elementos del caso, sólo en la medida que ello se encuentre plenamente justificado, necesariamente por medio de antecedentes posteriores que lo acrediten, particularmente de un cambio efectivo de los patrones de conducta del condenado.<sup>20</sup>

Un criterio similar parece seguir el fallo dictado por la **Corte de Apelaciones de San Miguel**, de fecha 23 de junio del año 2009, Rol 760-2009, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución de fecha 2 de junio del año 2009, por la cual el Juzgado de Garantía de Puente Alto dispuso, a los 3 años y 2 meses de ejecución, la sustitución de la sanción de 10 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, impuesta a J.L.B.C., por la de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

El Ministerio Público sostiene, en la fundamentación de su recurso, que no procede la sustitución de la pena inicialmente impuesta, pues para determinar su naturaleza el Séptimo Juzgado Oral de Santiago, tuvo en cuenta los factores señalados en el artículo 24 de la ley 20.084, los cuales, a su juicio, también deben ser considerados al momento de sustituir la pena, por cuanto los fines preventivo-generales de la pena se logran no sólo con la imposición de ella, sino que con su cumplimiento.<sup>21</sup>

La Corte, haciéndose eco de esa tesis, sostiene, en el considerando cuarto de su decisión: Que a fin de proceder a la sustitución de la pena debe atenderse a la reinserción social del infractor, cuya finalidad socioeducativa amplia está encaminada a la plena integración social, cuyo es el objeto de las sanciones previstas en la Ley N° 20.084, **sin perder de vista los criterios que tuvieron los jueces de la instancia al aplicar la sanción** y por lo tanto, alterar lo resuelto por ellos, sólo es posible en cuanto aparezca claramente justificado, por nuevos antecedentes, que ha existido un cambio de conducta positiva por parte del sentenciado.<sup>22 23</sup>

20 La negrilla es mía.

21 La negrilla es mía.

22 La negrilla es mía.

23 Como se verá, sin embargo, al examinar otros de los argumentos en que la Corte apoya la decisión de revocar la sustitución decretada por el Juzgado de Garantía, también es posible entender que lo decisivo para ella son consideraciones de prevención especial negativa de la inocuización.

Por su parte, una decisión del **Juzgado de Garantía de Nueva Imperial**, de fecha 14 de diciembre del año 2007, RIT 1488-2007, que rechaza la sustitución de la sanción de internación en régimen cerrado, ejecutada en contra de J.M.P., defiende una variante de la “segunda tesis”, haciendo explícita una consecuencia lógica de la consideración de los objetivos preventivo-generales (o retributivos) tenidos en cuenta en la sentencia: ellos son tanto más relevantes como obstáculo relativo a la concesión de la sustitución, cuanto menos tiempo de ejecución haya transcurrido al momento de la solicitud. Así, el tribunal rechaza la solicitud de sustitución:

[t]eniendo en especial consideración los **critérios de determinación de la pena establecidos en el artículo 24 de la ley 20.084**, especialmente los contenidos en las letras A, C, D, y F. Teniendo también en consideración la fecha de la dictación de la sentencia, esto es el 1° de octubre del año 2007. Estimando, este tribunal que **el tiempo que el adolescente ha estado privado de libertad fue un factor a considerar al momento de dictar la sentencia.**<sup>24</sup>

La misma consecuencia es tenida en cuenta por una decisión del Juzgado de Garantía de Iquique, de fecha 21 de enero del año 2008, RIT 1825-2005, que concede la sustitución solicitada por la defensa del condenado C.A.F., en aras de los objetivos de prevención especial positiva, pero – si bien con otras palabras – teniendo en cuenta además que el “mínimo preventivo-general” ya se ha satisfecho:

...el espíritu de la Ley dice relación con fortalecer la integración social del infractor, habiéndose ya iniciado la condena, **habiendo transcurrido un tiempo importante**, teniendo el propósito de la pena resocializar...<sup>25</sup>

#### b) Determinación del sentido y alcance de la disposición

El argumento más fuerte a favor de la primera tesis, mantenida por la citada decisión de la Corte de Apelaciones de Valdivia, es el tenor literal del Art. 53 de la LRPA. Dicho tenor parece claro: debe concederse la sustitución cuando ello “parezca más favorable para la integración social” del adolescente, sin exigirse un tiempo de ejecución determinado (como sí se exige para la remisión, tratándose de las sanciones privativas de libertad), sino tan sólo que “se hubiere iniciado su cumplimiento”. Con todo, debe recordarse que la vinculación del intérprete al tenor literal rige, bajo el argumento gramatical recogido por el Código Civil chileno (que, es cierto, no habría razón para dejar de aplicar en este caso), no realmente para las disposiciones cuyo tenor literal es claro, sino para aquellos casos en que “el sentido de la ley” es claro.

<sup>24</sup> La negrilla es mía.

<sup>25</sup> La negrilla es mía.

Y hay una razón para sostener que el sentido de la ley, en el caso del Art. 53 – qué criterios deben guiar la decisión de sustituir tempranamente la sanción –, no es del todo claro. Esa razón es la autocontradicción en que incurriría la LRPA, si se entiende que sus sanciones de internación en régimen cerrado deben escogerse sólo en los casos de delitos más graves, como consecuencia de las serias necesidades de prevención general que surgen de este tipo de delitos, y luego se permite, sin embargo, que se deje de ejecutar severas penas impuestas en tales casos, masivamente, y desde muy temprano, bajo el argumento de la (innegable) menor idoneidad de estas penas (comparadas con la libertad asistida) para la integración social del adolescente, criterio que pasaría a convertirse en la única consideración válida al momento de revisar la ejecución. La autocontradicción es clara si se tiene en cuenta lo señalado más arriba, cuando se hizo alusión al “mínimo preventivo general” necesario, en sede de ejecución de sanciones, para mantener en alguna medida siquiera la función “motivadora” de las conminaciones y de las condenas penales. En ese sentido podría entenderse el argumento de la Corte de Apelaciones de Copiapó, en el caso de la revisión de la condena de A.V., cuando sostiene que permitir al juez de ejecución “alterar el sistema sancionatorio de la ley, y con ello su finalidad”, sustituyendo desde el primer día penas de gran cuantía, que han sido impuestas en atención a la extrema gravedad del injusto culpable, “exclusivamente pretextando el fin antes señalado” (la integración social), “constituye un absurdo sistémico, lógico y jurídico”.

Ciertamente, la situación sería distinta si se entiende que las sanciones de internación en régimen cerrado de la LRPA no están reservadas para los casos en que graves delitos generan serias necesidades de prevención general, sino para los casos en que adolescentes no integrados en la sociedad necesitan de la oferta que esas penas estarían destinadas a entregarles para favorecer su integración social. En tal caso, la LRPA partiría de la base de que aquellas penas son especialmente idóneas para ese fin, respecto de un grupo importante de adolescentes, y por tanto, deben seguir ejecutándose (sin sustituirse en virtud del Art. 53) mientras sea necesario entregar tal oferta a los adolescentes internos. En tal caso, no habría autocontradicción de la LRPA: las penas de internación en régimen cerrado no se impondrían en función de necesidades preventivo-generales, sino en función de la necesidad preventivo-especial que presentan ciertos adolescentes, respecto de los cuales esa sanción es en principio la más idónea; si en el camino, mientras la sanción se está ejecutando, ella deja de ser lo “más favorable para la integración social” del condenado, entonces (y sólo entonces) correspondería sustituirla. Pero esa forma de ver la LRPA, muy distinta a la que supone una fundamentación preventivo-general del uso de la cárcel (o de una retributiva), tiene implicancias que no deben pasarse por alto, y que la acercarán mucho a un derecho penal de medidas preventivo-

especiales, como el derecho tutelar de menores que la LRPA se propuso sustituir: la gravedad del delito no sería un presupuesto necesario (ni suficiente) para el uso de la cárcel, pues esta medida se justificaría simplemente por la necesidad de una intervención que promueva la integración social (necesidad que bien podría llamarse “peligrosidad” delictual); la duración de esa sanción debería responder a la medida del “tratamiento” (o intervención) necesaria para modificar los factores de la “no-integración social” del adolescente, y no a un criterio de proporcionalidad con el injusto penal culpable; la falta de necesidad (sobreviniente, durante la ejecución) de intervención para integrar socialmente al adolescente debería conducir, no a la sustitución, sino a la remisión de la misma, sin que tenga sentido la exigencia de ningún plazo mínimo de ejecución (como la mitad, que actualmente contempla el Art. 55); las sanciones no privativas de libertad, que durante su ejecución se muestren menos idóneas para la integración social del adolescente, bien podrían ser sustituidas por sanciones de internación (si es necesario, en régimen cerrado), si estas “aparecen más favorables” para dicha integración. En ese contexto, entonces, la aplicación del Art. 53 de la LRPA, conforme a su tenor literal, no llevaría a esta Ley a una autocontradicción, salvo por la exigencia de que la sanción siempre se sustituya por una sanción “menos gravosa”.

En otro lugar (Couso, 2009b), he intentado justificar con mayor detalle la tesis de que el empleo de las sanciones privativas de libertad (especialmente – pero no sólo – las de régimen cerrado) de la LRPA, sólo se justifica cuando la elevada necesidad preventivo-general de pena, que surge de los delitos más graves, adquiere mayor peso relativo que las razones – preventivo-especiales y garantistas – que aconsejan no recurrir a tales sanciones, y siempre que dicho empleo no sea desproporcionado en “sentido estricto”.

Si se acepta la idea (aún con otra fundamentación) de que, en la LRPA, la elección de una pena de encierro, y la determinación de una elevada cuantía de la misma, debe responder fundamentalmente a la gravedad del injusto penal culpable cometido por el autor, y no a la medida de sus necesidades de apoyo para la integración social, entonces la lectura “literalista” del Art. 53 de esta Ley produce la autocontradicción a la que me he venido refiriendo.

Siendo ese mi punto de vista, corresponde aclarar el sentido de esa disposición (su “espíritu”, si se quiere), interpretándola – para decirlo con los términos empleados por el Código Civil al tratar sobre la interpretación de la Ley – fundamentalmente a partir de su “intención”, teniendo en cuenta para ello, en primer lugar, el “contexto” en que se sitúa el Art. 53 en el sistema de esta LRPA, contexto en el que se presenta como una facultad de modificar sanciones que han sido impuestas con determinados fines, fines que no pueden perderse completamente de

vista al momento de ejercer tal facultad, sin hacer a la Ley incurrir en una autocontradicción. Precisamente con ese propósito en este documento se tomó como punto de partida, para interpretar ésta y las demás disposiciones analizadas en él (Arts. 54 y 55), la discusión sobre los fines (y límites) de las sanciones penales de adolescentes, examinando la relación lógica y teleológica entre las finalidades buscadas con la imposición de las sanciones penales de adolescentes (sobre todo, la de internación en régimen cerrado) y las finalidades que deben buscarse con las decisiones judiciales adoptadas durante la ejecución de las mismas. Sin perjuicio de ello, también tiene sentido, para pesquisar la "intención" del legislador, hacer una breve revisión de la historia fidedigna del establecimiento del Art. 53 de la LRPA.

### ***Historia fidedigna del establecimiento de la norma***

La historia de la ley aclara en parte algunas de las dudas que han surgido en su interpretación.

El Proyecto enviado por el Ejecutivo establecía en el Art. 75 esta facultad de sustituir anticipadamente las sanciones penales de adolescentes, en los siguientes términos:

Artículo 75.- Revisión de condena. En cualquier momento de su ejecución el Tribunal que ordenó la aplicación de cualquiera de las sanciones previstas en esta ley, ya sea de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá revocarla o sustituirla si considera que ya produjo sus efectos, es innecesaria o afecta gravemente el desarrollo, la dignidad o la integración social del adolescente.

En ejercicio de estas facultades no se podrá sustituir una sanción por otra que signifique una mayor restricción de los derechos del adolescente, con la sola excepción de lo dispuesto en los artículos siguientes.

La resolución que niegue lugar a la revocación o sustitución solicitada por el adolescente o su defensa será apelable para ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Esta disposición, que regulaba conjuntamente dos instituciones que la LRPA finalmente trata en disposiciones separadas – la sustitución y la remisión de sanciones, respectivamente –, encontró resistencia principalmente en algunos parlamentarios de la oposición (el Proyecto fue presentado por el Ejecutivo), en la Cámara de Diputados, al punto de que algunos miembros de la Comisión de Constitución (como los Diputados Araya, Monckeberg y Forni) abogaban derechamente por su supresión, tanto porque las sanciones de adolescentes ya eran bastante menores que las de los adultos, de modo que no se justificaría permitir morigerarlas aún más una vez impuesta la condena, como porque esta facultad se entregaba a un juez completamente ajeno al que dictó la sentencia, que desconocía los antecedentes relativos a la gravedad del hecho cometido (Historia de la Ley: 170 y ss.).



Otros parlamentarios, sin objetar la existencia de esta facultad, coincidieron en que no correspondía entregarla al juez de control de la ejecución, sino que debía quedar en manos del tribunal que impuso la sanción, pues sólo él podía ponderar todos los antecedentes tenidos en cuenta en el proceso seguido contra el adolescente, en el que se decidió la sanción que le correspondía:

El Diputado señor Ceroni objetó, en primer lugar, la ubicación del artículo, por cuanto el párrafo 3 se refiere al control de ejecución de las sanciones, materia que dice relación con el juez de control, en cambio este artículo y los que siguen, dicen relación con las funciones o competencias del juez que dictó la sentencia y aplicó la pena.

Por otra parte, si se tratare del juez de control de ejecución, significaría que éste tendría que pronunciarse sobre la revocación o sustitución de una sentencia que no dictó, lo que lo obligaría a ponderar todos los antecedentes del proceso para resolver. Creía que en este último caso, la solución era aún peor, por lo que, a su parecer, debiera dejarse este asunto en manos del juez que impuso la sanción pero estableciéndose ello en un párrafo aparte.

El Diputado señor Burgos coincidió con la opinión expuesta, agregando que lo lógico sería que la resolución respectiva correspondiera al juez que impuso la sanción por cuanto el juez de control no habrá visto nada del proceso y, por consiguiente, no se entiende cómo podría evaluar la situación.

(Historia de la Ley: 171)

Ante esas prevenciones, los representantes del Ejecutivo insistieron en la importancia de mantener esta facultad judicial que, en cumplimiento del criterio de especialidad en el trato penal debido a los adolescentes, exigido por la Convención sobre los Derechos del Niño, aplicaba en condiciones más favorables para los adolescentes una institución que de hecho también se contempla en la legislación penal para los mayores de edad – la libertad condicional –, y también insistieron en la necesidad de dejar dicha facultad en manos del juez de control de la ejecución, pues “el conflicto que se plantea al efectuar la revisión de la condena es distinto a aquél que la motivó” (Historia de la Ley: 172), si bien admitieron que

uno de los antecedentes que puede usar el Ministerio Público para oponerse a la alteración de la sentencia es la gravedad de los hechos que la originaron, [aunque] ello no evita la configuración de una situación diferente [de la que se debió resolver el tribunal que impuso la condena].

(ibíd.)

Acto seguido, el Diputado Juan Bustos defendió la mantención de la disposición, cuyo rechazo “redundaría en la existencia de una legislación más dura para los menores”, si bien sugirió que

se estableciera un tiempo mínimo de cumplimiento para los delitos más graves:

Podría establecerse un determinado plazo para la revisión de las medidas sancionatorias, exigiéndose, en el caso de las infracciones graves, que para que ello proceda, debería haberse cumplido la mitad de la condena. (ibíd, p. 173)<sup>26</sup>

El Ejecutivo, a partir de este debate, propuso una nueva redacción al artículo, que separaba la facultad de sustituir la sanción – que podía ejercerse transcurrido un tercio de su duración – de la facultad de remitir el resto de la condena – que podría ejercerse transcurrida la mitad de su duración –, regulando la primera (por lo que respecta a sus presupuestos materiales) de la siguiente forma:

El tribunal encargado del control de la ejecución de alguna de las sanciones previstas en esta ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ella parezca más favorable para la integración del infractor y se hubiere dado cumplimiento al menos a un tercio de su duración o cuantía.

(Historia de la Ley: 173)

Y si bien la propuesta seguía manteniendo la facultad en un tribunal distinto del de fallo, pues la lógica que aquí se aplicaba era distinta a la que llevaba a la dictación de la sentencia, por cuanto en este caso no se buscaba indagar acerca del delito que cometió el adolescente sino verificar el nivel de satisfacción de los objetivos buscados con la aplicación de la medida, en lo relativo a la resocialización alcanzada (ibíd., p. 174)

los representantes del Ejecutivo recordaron que “correspond[e] al Ministerio Público hacer valer los antecedentes necesarios para oponerse a la revisión o revocación de la condena” (ibídem), implícitamente aludiendo, como ya lo habían expresado, a la gravedad del delito y las demás circunstancias que tuvo en cuenta el tribunal de fallo.

El nuevo texto propuesto por el Ejecutivo fue acogido por la Comisión (como Art. 77 del Proyecto) y aprobado en definitiva por la Cámara con cambios mínimos (“integración social” en lugar de “integración” y “sustitución” en lugar de “substitución”).

---

26 Debe tenerse presente que la sugerencia de establecer, como tiempo mínimo de ejecución, la mitad de la condena, se formula respecto de una disposición que regulaba conjuntamente la sustitución y la remisión (“revocación”) de las sanciones. Esa extensión mínima de cumplimiento, de hecho, finalmente fue acogida para la remisión del resto de condena (actual Art. 55 de la LRPA), una vez que se separó su tratamiento del de la sustitución de sanciones (en los Arts. 53 y 54 actuales).

A partir de lo expuesto se puede concluir que, en el Proyecto aprobado la Cámara de Diputados, la “intención” de la disposición revela las siguientes características de la institución examinada:

1. La sustitución está indicada cuando ello es más conveniente para la integración social del adolescente, tratándose en esta decisión de un “conflicto” distinto del que se resolvió al determinar la sanción a imponer, en el momento de la condena, siendo esa la razón principal para la designación de un tribunal diverso del que fue competente para esta última decisión.
2. En esta decisión, sin embargo, los criterios tenidos en cuenta por el tribunal que impuso la condena, y que fundamentaron la determinación de la sanción, incluyendo especialmente la gravedad del delito, pueden ser invocados por la acusación, y son relevantes para adoptar la decisión de si acaso sustituir o no la sanción, de modo que la satisfacción de los fines asociados más directamente a la gravedad del delito (la prevención general – o la retribución, para quien lo entienda así –) es uno de los intereses en “conflicto”, frente al interés (que *prima facie* tiene mayor peso) en promover la integración social del infractor.
3. El tiempo de ejecución transcurrido es relevante, sobre todo en los delitos graves, al punto de que este Proyecto se decide por exigir una proporción mínima (un tercio), pues de él depende que se haya satisfecho el “mínimo preventivo general”, punto a partir del cual rige sin problemas la prioridad *prima facie* del interés en favor de la integración social, que da su razón de ser a la institución de la sustitución.

Como se verá más abajo, la exigencia de un tiempo mínimo de cumplimiento, antes de que se pueda adoptar decisiones de sustitución, es común en el derecho comparado. De hecho, la exigencia de un tercio de cumplimiento, establecida por el Proyecto de la Cámara, coincide con la impuesta por la JGG alemana para que se pueda decretar judicialmente la suspensión del resto de la pena juvenil a prueba, una institución con el mismo fundamento que la sustitución de la LRPA. En la JGG, así como en la legislación española, que también establece exigencias de plazos o porciones mínimas de cumplimiento, ello también refleja una exigencia de asegurar un mínimo efecto preventivo-general, como presupuesto para poder decidir una “relajación” de la ejecución, orientada indudablemente hacia un objetivo de prevención especial positiva (o de “prevención especial de la no desocialización”; cfr. Couso, 2007 y Couso, 1999).

4. Las distintas proporciones de pena cumplida exigidas por la regulación de la Cámara para la sustitución y la remisión de sanciones refleja que, para el legislador, el “mínimo preventivo general” necesario para dar libertad en forma anticipada al adolescente no es el mismo cuando el adolescente seguirá sometido a una sanción – en caso de sustitución –, que cuando no quedará sometido a sanción alguna – en caso de remisión –.

Ello demuestra que lo que ocurre con la satisfacción del “mínimo preventivo general” no es que la necesidad preventivo-general de pena desaparezca, sino – como el nombre de “mínimo” por lo demás lo sugiere – que el interés en seguir reforzando el efecto intimidatorio o de confirmación de la vigencia de la norma a través de una sanción de encierro decae al punto de que debe honrarse la prioridad *prima facie* a favor de la prevención especial positiva, sustituyendo la sanción por una más idónea para este fin o dejando simplemente al adolescente en libertad para comenzar una vida en condiciones de normalidad (en caso de la remisión). La diferente proporción de cumplimiento exigido refleja precisamente que ese interés decae antes cuando la puesta en libertad del adolescente va acompañada de una sanción sustituta que cuando no va acompañada de ella.

Sin embargo, una dificultad para deducir la “intención” de la Ley a partir de estas deliberaciones de la Cámara de Diputados, deriva de la modificación que esta disposición sufrió en el Senado (modificación que el texto finalmente aprobado por el Congreso conservó), consistente en la eliminación del tiempo mínimo de cumplimiento necesario para la sustitución. La razón de este cambio no consta, señalándose en las actas de las sesiones de la Comisión de Constitución del Senado únicamente que:

La Comisión acordó efectuar ciertas precisiones a esta disposición. En primer lugar, en su inciso primero, se puntualizó que la sustitución de la pena procederá cuando se hubiere iniciado su cumplimiento y no cuando se hubiere dado cumplimiento, al menos, a un tercio de su duración o cuantía, como se proponía.

(Historia de la Ley: 778)

Como consecuencia de ese acuerdo, el Senado dio una nueva redacción a la regulación de la sustitución de sanciones, que es exactamente la que más tarde se convertiría en la redacción actual del Art. 53 de la LRPA.

En lo que atañe a la cuestión analizada, esta decisión del Senado se puede entender de dos maneras.

La primera interpretación posible sería que el Senado (y el Congreso, en definitiva) prefirió que las decisiones judiciales sobre la sustitución de sanciones atendiesen únicamente a lo nece-

sario para la integración social del adolescente, de modo que en sede de control de ejecución no se trata de un conflicto entre fines preventivo-generales (o retributivos) y fines preventivo-especial positivos, sino sólo de una cuestión técnica relativa a si acaso para estos últimos fines (los únicos que importan) conviene seguir ejecutando la sanción original o sustituirla por una distinta (menos gravosa).

La segunda interpretación posible sería que, tratándose aquí meramente de una "precisión" de la disposición aprobada por la Cámara, y no de una redefinición de la institución ni de una nueva manera de entender el conflicto que debe resolver el juez de control de la ejecución (nada de ello consta en actas), no se pretendió ignorar el carácter "conflictivo" de esta decisión, ni la relevancia de la gravedad del delito y de los fines preventivo-generales que el Ministerio Público traiga a colación para oponerse a la sustitución, sino únicamente "puntualizar" que la consideración de estos fines, como argumento en contra de una sustitución indicada desde el punto de vista de la prevención especial positiva, no queda sujeta a una medida mínima determinada de cumplimiento (un tercio), sino a una decisión prudencial del juez que realice la ponderación.

La segunda interpretación es la única coherente con el "contexto" de la LRPA, si se la entiende como una Ley que reserva las sanciones de encierro para los casos de graves delitos que generan importantes necesidades preventivo-generales (o retributivas), y no para los casos de autores que, por determinadas características personales, familiares o sociales, están necesitados de tratamiento o intervención en régimen de encierro, como el modo más idóneo de promover su integración.

En cualquier caso, la modificación incorporada en el Senado, y mantenida por el Congreso en el texto finalmente aprobado, si no altera las primeras dos conclusiones señaladas para el texto aprobado por la Cámara, respecto de las características de la institución de la sustitución de sanciones (tiene un claro propósito preventivo-especial, pero reconoce como límite las necesidades preventivo-generales asociadas a la gravedad del delito), tiene el claro efecto de alterar la tercera de ellas en un punto relevante: si bien no deja de tener relevancia el tiempo de ejecución transcurrido (lo que es consecuencia lógica de la consideración de que un mínimo efecto de prevención general opera como límite), ahora se da la señal clara de que el tribunal no está constreñido por la proporción que anteriormente consideraba el Proyecto (un tercio).

Pero no se trata simplemente, entonces, de que el tribunal prudencialmente deba determinar cuándo está satisfecho ese mínimo, sino que implícitamente, atendiendo a la evolución sufrida

por la sustitución de sanciones en su tramitación parlamentaria, se está afirmando que es perfectamente posible – y razonable – que el tribunal considere satisfecho ese mínimo antes de transcurrido un tercio del cumplimiento. Pues si lo que al Senado preocupaba es que un tercio es muy poco tiempo, no tenía sentido eliminar el mínimo fijado por la Cámara, sino que debió haberlo aumentado; la eliminación del mínimo supone, entonces, que para el legislador, la decisión de sustituir la sanción cuando los antecedentes del caso lo hagan aconsejable para la “integración social” del condenado, perfectamente puede adoptarse, por ejemplo, una vez transcurrido una cuarta parte del tiempo de cumplimiento, sin que esa proporción necesariamente deba considerarse insuficiente para satisfacer el mínimo preventivo-general.

Esa conclusión viene reforzada por el principio de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el sentido de que la privación de libertad se utilizará, no sólo “como último recurso” – lo que es decisivo para la cuestión de los criterios de imposición de condenas a privación de libertad –, sino también “por el período más breve que proceda”, prescripción que afecta tanto a las decisiones de imposición de sanciones privativas de libertad cuanto a las que consistan en ponerle término anticipado – como las decisiones de sustitución de sanciones de la LRPA –, tal como lo dispone, específicamente para este tipo de decisiones, la Regla 28.1 de Beijing, conforme a la cual

la autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.

La proporción precisa de ejecución exigida para dar por satisfecho dicho mínimo – si acaso más cerca de un cuarto de la condena o más cerca del tercio – puede variar por diversos factores relevantes para la prevención general.

Uno de ellos, que será tratado con más detalle al analizar el “mínimo preventivo-general” para los efectos de la remisión, es la magnitud de la renuncia que el tribunal de fallo hizo a los intereses preventivo-generales, en aras de los preventivo-especiales, al fijar la cuantía de la sanción de internación en régimen cerrado impuesta.

Otro factor, que interesa más tratar aquí, es la naturaleza de la sanción sustituta y su mayor o menor capacidad para seguir (todavía) satisfaciendo necesidades preventivo-generales. En efecto, así como el “mínimo preventivo-general”, que es necesario asegurar antes de poner en libertad anticipada al adolescente, es menor en la sustitución (acompañada de una sanción sustituta) que en la remisión (no acompañada por ella), también debe concluirse que dicho mínimo efecto preventivo-general necesario es menor cuando la sanción sustituta es más “se-

vera” que cuando no lo es tanto. La sustitución de una sanción en régimen cerrado por una en régimen semicerrado no exige tanto tiempo de ejecución (puede bastar un cuarto o aún una proporción inferior) como la sustitución por una libertad asistida (puede ser necesaria una proporción cercana a un tercio). Lo propio puede decirse de la diferencia entre una sustitución condicional (Art. 54 de la LRPA), que no implica una renuncia definitiva a la sanción de encierro original, de modo que conserva un cierto efecto preventivo-general potencial, que se hará efectivo cuando el adolescente que incumpla la nueva sanción vuelva a ser encerrado, a diferencia de la sustitución simple (Art. 53 de la LRPA), que no conserva potencialmente aquél efecto; esta diferencia también puede expresarse en la magnitud de cumplimiento efectivo que se tiene por necesaria para alcanzar el mínimo efecto preventivo-general, antes de proceder a la puesta en libertad del adolescente, por una u otra de esas vías. Una combinación entre las alternativas que más conservan un efecto preventivo-general – como una sustitución condicional, por régimen semicerrado – podría ocurrir mucho antes de haberse cumplido un cuarto del tiempo de ejecución.

***Prevención especial positiva, prevención general y retribución en las decisiones sobre sustitución. Perspectiva ofrecida por el derecho comparado***

La forma de entender las decisiones sobre sustitución de sanciones que he venido proponiendo como el correcto sentido y alcance del Art. 53 de la LRPA es también la que predomina en el derecho comparado que ha servido de modelo a nuestra Ley. En efecto, las decisiones de sustitución de sanciones de encierro o de “relajación” de la forma de ejecución, adoptadas en sede de control de la ejecución, persiguen un objetivo de prevención especial positiva (o de reducción de los efectos desocializadores), pero reconocen como límite la necesidad de asegurar un mínimo de “retribución”, o un mínimo efecto preventivo-general, generalmente a través del establecimiento, ya por el propio legislador, de la exigencia de un determinado tiempo o porción de cumplimiento, antes de que se pueda recurrir a aquellas medidas.

Un breve examen del derecho comparado puede aportar luces para resolver de forma más precisa la manera en que en sede de sustitución de sanciones debe definirse el conflicto entre intereses preventivo-generales (o retributivos) y preventivo-especiales.

En **Alemania**, el § 88 de la Ley de Tribunales Juveniles (JGG) alemana, como se indicó más arriba, permite, cumplidos ciertos presupuestos, la suspensión del resto de la pena a prueba, que podría asimilarse a la sustitución de una sanción de internación en régimen cerrado por una libertad asistida (que, al igual que aquella, somete al condenado a ciertas condiciones y

al control de un delegado). Uno de esos presupuestos es precisamente que se haya cumplido con un tiempo (seis meses) y una fracción (un tercio) de la pena impuesta por la condena. Si en esa condición – que para Roxin sería expresión de la exigencia de un “mínimo preventivo-vogeneral” – puede verse una exigencia de un “mínimo de retribución” (como parece hacerlo Eisenberg, § 88, nm 9 b), en cualquier caso, es una exigencia proporcionalmente inferior a la que rige para la suspensión del resto de la pena a prueba aplicable a los mayores de edad (dos tercios, calculados sobre penas que además ya son más extensas que las de adolescentes), lo que da cuenta de que los intereses defendidos por el principio retributivo “deben ponderarse con las exigencias educativas que siempre deben tenerse en cuenta de forma prioritaria” (ibídem), o de que “la fase de desarrollo de la adolescencia está sujeta a un especial principio de protección, de modo que precisamente exige un tratamiento desigual *a favor del adolescente*”<sup>27</sup> (Albrecht: 269).

Cumplidos estos límites mínimos de ejecución la suspensión del resto de la pena a prueba se aplica, de acuerdo con el § 88 de la JGG, cuando esta medida “puede ser justificada en atención al desarrollo del adolescente, teniendo en cuenta también los intereses de seguridad de la colectividad”. La doctrina alemana entiende mayoritariamente que este último criterio de decisión implica una valoración del peligro de que el condenado, una vez puesto el condenado en libertad, siga cometiendo delitos, lo que alude a un cierto fin de prevención especial negativa, de la ejecución penitenciaria. En otro lugar me referiré al papel que en la sustitución de sanciones de la LRPA chilena podría desempeñar (y al que no podría desempeñar) el pronóstico de reincidencia que exista respecto del condenado. Pero, sin perjuicio de esa interpretación mayoritaria, esta apelación a los “intereses de seguridad de la colectividad” ha sido entendida también, por algún autor, como una justificación para que el juez alemán rechace, en ciertos casos, la suspensión del resto de la pena a prueba, aún cuando ya se haya cumplido el plazo (y la fracción) mínimo de ejecución, “a partir del principio de compensación de la culpabilidad, en el caso de penas que fueron impuestas a causa de la gravedad de la culpabilidad” (Brunner/Dölling, citados por Albrecht: 268). Una expresión extrema de esta tesis está representada por cierta tendencia de los tribunales a exigir 2/3 de cumplimiento (supuestamente por razones retributivas), tratando en la práctica a los adolescentes como a los adultos, lo que precisamente ha sido criticado por la doctrina que destaca cómo la menor culpabilidad del adolescente,

---

<sup>27</sup> En este documento traduzco *Jugendliche* como “adolescente” considerando que, desde el punto de vista normativo, el sujeto designado por ambos términos es el mismo, respectivamente, en la JGG alemana y en la LRPA chilena (el mayor de 14 y menor de 18 años, al que se aplica un derecho penal especial). En cambio, a la JGG no la denomino “Ley de Tribunales de Adolescentes”, pues su identificación como “Ley de Tribunales Juveniles” ya es algo conocida entre nosotros (si bien, en España también se le designa como “Ley de Tribunales de Menores”, lo que es coherente con la nomenclatura empleada en ese país). Lo propio justifica que se conserve la denominación de “pena juvenil” (y no se hable de “pena de adolescentes”) para la *Jugendstrafe*.



o la necesidad de extremar los resguardos preventivo-especiales en su favor, justifican que la suspensión del resto de la pena de la JGG se conceda, en principio, cumplido sólo 1/3 de la pena (Albrecht: 269; Eisenberg: § 88, nm 9 b). Más allá de este límite, “sólo en casos extremos” se podría rechazar, por razones retributivas, una solicitud de suspensión que viene indicada por los logros educativos alcanzados<sup>28</sup>, pues “en el Derecho penal juvenil, al principio educativo se le asigna un especial peso” (Schaffstein/Beulke: 166).

El hecho de que sean la retribución o la prevención general, los criterios que legalmente impiden (antes de alcanzados los mínimos de cumplimiento) o que judicialmente se invocan<sup>29</sup> (una vez cumplidos aquellos mínimos), para oponerse a la suspensión del resto de pena a prueba, y, en cambio, la prevención especial positiva aparezca (casi) siempre en el lugar de las razones invocadas a favor de conceder dicha medida (y no en contra de ella), permite descartar una tesis, teóricamente imaginable, pero que no tiene base en la realidad de la ejecución penitenciaria: la pretensión de que la prevención especial positiva (el propósito de promover la integración social del adolescente a través de la intervención del Estado sobre él, por medio del tratamiento penitenciario) puede ser una razón, no sólo para conceder esta medida – cuando el adolescente necesita insertarse en el medio libre –, sino otras veces, también, para rechazarla – cuando el adolescente supuestamente necesita un tiempo más de tratamiento o intervención en el centro privativo de libertad en régimen cerrado para poder integrarse a la sociedad –. Teniendo en cuenta que el efecto del encierro en centros carcelarios es claramente desocializador, y no precisamente resocializador (Couso, 2007; Couso, 2009b), “apenas si puede imaginarse un caso en que una privación de libertad de más larga duración podría favorecer el desarrollo de un joven” (Albrecht: 267).

En resumen, del tratamiento dado en Alemania a la suspensión del resto de pena juvenil a prueba, puede desprenderse que:

- a) el legislador ha preferido asegurar directamente el “mínimo preventivo general” (o el “mínimo de retribución”), a través de los plazos y fracciones mínimas de cumplimiento, que son proporcionalmente inferiores a los del Derecho penal de adultos (aún cuando las penas de adolescentes ya son menos extensas que las de adultos) en atención a la menor culpabilidad del adolescente y a la necesidad de proteger su fase de desarrollo;
- b) sin perjuicio de ello, la decisión judicial de conceder o no esa medida se entiende como la resolución de un conflicto entre razones preventivo-especial positivas (“educativas”) a favor y

<sup>28</sup> Ello podría ocurrir, por ejemplo, en caso de una solicitud de suspensión de una pena de 10 años, formulada a los 3 ½ años, y que viene indicada por los logros educativos alcanzados, “cuando en atención a la gravedad del hecho y a la conmoción que ella causó en la opinión pública, un cumplimiento de pena de sólo 3 ½ años no aparezca como una suficiente expiación” (Schaffstein/Beulke: 166).

<sup>29</sup> En este caso, junto con la prevención especial negativa.

razones (preventivo-especial negativas y) preventivo-generales o retributivas, en contra, conflicto en que, *prima facie*, pesan claramente más las primeras razones, no en última instancia porque la señal dada por el legislador es que, cumplidos esos mínimos, el interés preventivo-general (o retributivo) pierde claramente su importancia, de modo que, sólo en casos extremos se justificaría darles precedencia por encima del interés en favor de la prevención especial positiva.

En **España**, el Art. 13 de la LO 5/2000 entrega al Juez competente para la ejecución la facultad de dejar sin efecto, reducir la duración o sustituir la medida impuesta, cuando ello “redunde en el interés del menor”, criterio que bien podría leerse en términos de conveniencia preventivo-especial positiva, lo que es un fundamento de toda la ley. Esta facultad, con todo, está sujeta a ciertas limitaciones en el caso de delitos graves cometidos por menores que tuviesen dieciséis o diecisiete años: si la medida es de internamiento y “el hecho reviste extrema gravedad”, debe a lo menos haber cumplido un año; si la medida de internamiento se impuso por uno de los supuestos que el legislador considera más graves, es necesario que el menor haya cumplido al menos la mitad de la medida de internamiento impuesto (Ornosa Fernández: 251-252). La doctrina no analiza mayormente el fundamento de estos límites, pero no hay mucha dificultad para ver en ellos el propósito del legislador de asegurar directamente un “mínimo efecto preventivo-general”.

Sin perjuicio de esos mínimos, procedentes respecto de los casos señalados, la modificación de la medida impuesta al menor procede “siempre que [...] se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta”. Si bien se ha entendido que con ello “parece hacerse referencia a la necesidad de que el Juez realice, en todo caso, una especie de amonestación al menor” (Ornosa Fernández: 253), es perfectamente posible ver en esa expresión la exigencia de un mínimo efecto “retributivo” o preventivo-general, aplicable sobre todo para las sanciones que no están sometidas a aquellos límites mínimos de cumplimiento.

En Costa Rica, el Art. 136 de la Ley de Justicia Penal Juvenil permite al juez de ejecución modificar las sanciones o “sustituirlas por otras menos gravosas, cuando no cumplan con los objetivos para los que fueron impuestas o por ser contrarias al proceso de reinserción social del menor de edad”.

En el caso de esta legislación, a diferencia del caso alemán y español, no se establece como exigencia el previo cumplimiento de un tiempo o fracción de pena mínimos, para asegurar un cierto efecto preventivo-general (o retributivo). Tampoco se cuenta con referencias doctrinarias sobre la necesidad de tener en cuenta tales mínimos a nivel de las decisiones judiciales. Pero

la doctrina más calificada en ese país admite que en la fase de ejecución – como en la fase de fijación de sanciones – hay una “relación conflictiva de intereses”, que adquiere “una relevancia también de primer orden” (Tiffer/Llobet/Dünkel: 629). Estos intereses en conflicto son precisamente la prevención especial positiva (que es el interés fundamental, como se desprende de la primacía del principio educativo) y – con “carácter secundario” – “otros criterios preventivos” (ibíd., p. 639), especialmente la prevención general<sup>30</sup>. Y este conflicto de intereses, como ocurre también en la fase de “fijación” de las sanciones, exige ponderarlos de la mano del principio de proporcionalidad (ibíd., p. 629). En esa ponderación, el interés fundamental será la prevención especial positiva, criterio que, tratándose de la sanción de internamiento en centro especializado, regularmente será una razón a favor de la sustitución (Tiffer: 224), mientras que la prevención general sería un interés que jugaría en contra de la modificación o sustitución.

Ahora bien, ¿qué significa, en una decisión de sustitución de una sanción de internamiento en centro especializado, de larga duración, adoptada conforme al principio de proporcionalidad, considerar como “interés fundamental” a la prevención especial positiva, pero al mismo tiempo, tener en cuenta en la ponderación, “con carácter secundario”, a la prevención general? En la práctica, algo no muy distinto de la idea del “mínimo preventivo-general” modulado especialmente (de modo más restrictivo que en el Derecho penal de adultos) a partir de la necesidad de proteger especialmente la fase vital de la minoría de edad: sólo cabe negar lugar a la puesta en libertad anticipada si la necesidad preventivo-general es todavía muy alta (por el escaso tiempo de ejecución cumplido) y el cumplimiento de una porción (razonable) de tiempo adicional no perjudicará de forma excesiva al interés en la prevención especial positiva o, en general, al desarrollo del adolescente.<sup>31</sup>

30 Vid. las referencias a la prevención general en la doctrina de Costa Rica, en Couso, 2009b: 11.

31 Un entendimiento alternativo de los criterios que en Costa Rica deben presidir las decisiones de modificación o sustitución de sanciones parece tener el Ministerio Público de Costa Rica. Aparentemente, la presencia de una fuerte retórica en Costa Rica a favor del peso (virtualmente) exclusivo de la prevención especial positiva en la fase de ejecución, ha llevado al Ministerio Público a buscar argumentos de este tipo (preventivo-especiales) para oponerse a las decisiones judiciales de modificación o sustitución de sanciones:

“De acuerdo con el artículo 5 inciso 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 51 del Código Penal, así como la Ley de Justicia Penal Juvenil, artículos, 7, 44, 123 el fin fundamental de la pena lo constituye la resocialización, es decir, la prevención especial. De ahí que el Estado no puede renunciar a ese poder-deber aduciendo la imposibilidad del “incumplimiento de dicho fin” para eximir la ejecución de una pena determinada. Por ello, se establece como directriz de acatamiento obligatorio que los fiscales no soliciten ni apoyen ninguna cesación anticipada de pena, aun cuando la persona sentenciada tenga penas juveniles pendientes, o a la inversa, si está descontando pena juvenil y tiene pendiente otras sanciones como adulto.

“En razón de lo anterior, debe tenerse en cuenta que todas las penas, sean privativas de libertad o no, pese a su carácter aflictivo, tienen un propósito: cumplir con la incorporación del sujeto a la sociedad, por lo que en razón de ello, ante una cesación anticipada por “considerar que la finalidad pedagógica no se va a cumplir” se roza con lo establecido por el bloque de constitucionalidad señalado, por lo que el Ministerio Público debe recurrir ante el Tribunal de Sentencia correspondiente.” (Circular 07/2004 de la Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Poder Judicial, Costa Rica, disponible en [http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares\\_directrices/circulares\\_fiscalia/2004/CIRCULAR%2007-2004.pdf](http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/circulares_fiscalia/2004/CIRCULAR%2007-2004.pdf), pp. 5-6).

En resumidas cuentas, a partir de la asignación de una finalidad preventivo-especial positiva a las sanciones penales juveniles, el Ministerio Público de Costa Rica asume una supuesta idoneidad incuestionable de las penas (también las de

El análisis del derecho comparado tenido en cuenta en la redacción de la LRPA, como se anticipó, confirma y complementa algunas de las conclusiones a las que hasta ahora se ha arribado, acerca del correcto sentido y alcance del Art. 53 de la LRPA:

1° En una legislación penal de adolescentes cuyo sistema de determinación judicial de sanciones, a la hora de decidir la posible aplicación de sanciones privativas de libertad cerradas, exige ponderar (aún cuando no les asigne el mismo peso) fines de prevención general – favorables a su imposición – con fines (o límites) preventivo-especial positivos – contrarios a la misma –, la decisión de poner término anticipado a esas sanciones, sustituyéndolas en su caso por unas sanciones no cerradas, debe también considerar en alguna medida mínima aquellos intereses preventivo-generales, y no sólo éstos.

2° Algunas legislaciones aseguran la atención a esos intereses preventivo-generales fracciones mínimas de cumplimiento. En esos casos, una vez satisfechos esos mínimos legales, las razones preventivo-especiales pesan muy poderosamente a favor de la sustitución; pero aún así, en el derecho comparado (Alemania y España) se contempla la posibilidad de no dar lugar a ella en atención a intereses preventivo-generales o retributivos, posibilidad que debería reservarse para casos extremos.

3° En las legislaciones que no consideran esos mínimos legales, la decisión judicial acerca de la sustitución de sanciones, orientada fundamentalmente hacia objetivos de prevención especial positiva, inevitablemente debe hacerse cargo también de los intereses preventivo-generales (o retributivos) tenidos en cuenta al determinar la sanción, aún cuando los principios que rigen a tales legislaciones den cabida a estos intereses sólo de forma muy secundaria (como en Costa Rica), frente al gran peso asignado a aquella finalidad de prevención especial positiva.

4° En estos casos se podría entender que estamos ante una especie de delegación legislativa al juez de la tarea de resguardar el "mínimo preventivogeneral", siempre que ello no se traduzca en la exigencia de una magnitud o fracción definida rígidamente, por razonable que parezca cierta proporción para la generalidad de casos (no se puede construir judicialmente una regla infranqueable de cumplimiento mínimo de un tercio de la pena, ni de un cuarto), pues a

---

cárcel) para alcanzar esa finalidad, deduciendo de ello una especie de "deber de ejecución íntegra" de la pena, para el logro de la misma finalidad. Como consecuencia de ello, dicho órgano califica a la sustitución de la sanción original, fundada en la inconveniencia preventivo-especial (educativa) de mantenerla, como una "renuncia anticipada" por parte del Estado al cumplimiento del deber de buscar la inserción social por medio de su ejecución íntegra, renuncia que sería ilícita. Así, puede apreciarse, a falta de argumentos preventivo-generales (o retributivos), el Ministerio Público de Costa Rica pretende descalificar a la prevención especial positiva como razón *prima facie* para preferir las sanciones ambulatorias por sobre las privativas de libertad.

falta de límites legislativos el interés en preservar un “mínimo preventivo general” debe siempre someterse caso a caso a las exigencias de proporcionalidad, ponderando con su debido peso los demás intereses en juego, con un papel preponderante. Y no se puede descartar que en ciertos casos, antes de que se cumplan esos mínimos que pueden parecer razonables para la generalidad de ellos, la decisión de seguir ejecutando la sanción parezca desproporcionada o excesiva, por sus serios costos para la prevención especial positiva o, en general, para los derechos o el bienestar del adolescente interno. La posibilidad de decidirlo así, sin necesidad de declarar inconstitucional la aplicación del mínimo legal, es una característica propia de, y una posibilidad innegablemente disponible en, las legislaciones que no fijaron expresamente tiempos de cumplimiento mínimos.

### 3.2. Criterios preventivo-especiales relevantes para las decisiones de sustitución de sanciones

La aplicación del Art. 53 de la LRPA por parte de los tribunales de control de la ejecución y las Cortes de Apelaciones también plantea cuestiones directamente relacionadas con el criterio explícito de aplicación de esa medida, que resultaría procedente cuando “parezca más favorable para la integración social del infractor” (Art. 53 LRPA). Las primeras cuestiones se refieren a si acaso ello implica condicionar la sustitución al previo logro efectivo de avances preventivo-especiales por parte del adolescente, evaluado en forma retrospectiva, o si sólo supone un pronóstico de que el cambio seguramente favorecerá tales avances, de acuerdo con una estimación prospectiva; y, en relación con esa pregunta, si acaso tiene algún rol que desempeñar la buena o mala conducta del adolescente dentro del establecimiento.

En relación con esos problemas, se plantea una pregunta que los tribunales no han abordado explícitamente, pero que está desde luego implícita en cualquier evaluación de los avances preventivo-especial positivos: ¿es un obstáculo para conceder la sustitución el peligro, especialmente diagnosticado, de que el condenado siga delinquiriendo una vez puesto en libertad? Esta última pregunta se vincula con la cuestión más general, a la que más arriba se hizo referencia, de si la prevención especial negativa (de la “inocuidación” o “incapacitación individual”) es una finalidad directa de la ejecución penitenciaria de adolescentes, es decir, si la ejecución tiene por fin mantener a los adolescentes “fuera de circulación” para evitar que sigan delinquiriendo, al punto de que se justifique seguir ejecutando la pena hasta el final, incluso si ello ya no sirva a la integración social del condenado.

A continuación analizaré los términos en que se plantean en la jurisprudencia chilena estas cuestiones vinculadas con la interpretación de qué es lo que cuenta a la hora de determinar si la sustitución es “más favorable para la integración social” del adolescente. Una vez hecho ello, se analizará el correcto sentido y alcance de este criterio de decisión, respondiendo además a la pregunta sobre el papel que tiene (y que no tiene) el pronóstico de reiteración.

a) Tratamiento jurisprudencial del problema en Chile

**Primera tesis:** la sustitución “parece más favorable para la integración social” cuando el adolescente ya ha alcanzado los objetivos preventivo-especial positivos buscados con la imposición de la sanción.

Esta doctrina parece haberse aplicado en las decisiones que se pronunciaron sobre la solicitud de sustitución de la sanción de 7 años de internación en régimen cerrado, impuesta a A.V., pronunciadas tanto por la **Jueza de Garantía de Copiapó** que, con fecha 24 de marzo del año 2009, concedió la sustitución, como por la **Corte de Apelaciones de Copiapó** que, con fecha 13 de abril del mismo año, en causa Rol 71-2009, revocó esa medida.

En efecto, en primer lugar, la decisión de la Jueza de Garantía de Copiapó de conceder la sustitución condicional de la sanción por una de internación en régimen semicerrado, se habría basado (según el resumen que la Corte ofrece de los fundamentos de dicha decisión) en que

**se han cumplido los fines preventivos y resocializadores de la pena** -al haber participado el condenado en actividades socioeducativas, de formación de vida laboral y de desarrollo personal-, al ser egresado de la enseñanza media, justifica la sustitución de la pena en la circunstancia de que no es posible garantizar la continuidad de sus estudios por no existir en esta comuna oferta educativa que se lo permita.

El informe elaborado por el equipo técnico al efecto pone énfasis en el **cumplimiento por parte del condenado en las distintas actividades organizadas, como también que no ha merecido reproches en el aspecto disciplinario.**<sup>32</sup>

Por su parte, la decisión de la Corte de Apelaciones de Copiapó de revocar la sustitución, si bien declara que la decisión sobre sustitución de sanciones debe adoptarse “**considerando... la necesidad de reinserción**”<sup>33</sup> (en conjunto con los demás principios, fines y criterios tenidos en cuenta al imponer la sanción), expresión que parece aludir a un **juicio prospectivo de conveniencia** preventivo-especial positiva – y no a un **juicio retrospectivo de logro** preventivo-especial positivo –, en la práctica, sin embargo, descarta los argumentos de la Jueza de Garantía porque

[...] sostener que la condena de internación en régimen cerrado puede afectar la continuidad de estudios superiores constituye una obviedad, y **en ningún caso un elemento nuevo que dé cuenta de la integración social del menor y de cambios conductuales efectivos.**<sup>34</sup>

---

32 La negrilla es mía.

33 La negrilla es mía.

34 La negrilla es mía.

Como se aprecia, entonces, para la decisión de la Corte lo decisivo no fue si acaso la sanción sustituta dispuesta por la Jueza de Garantía ofrecía o no mejores posibilidades al condenado para alcanzar (en el futuro) la integración social y un cambio conductual efectivo, sino si acaso, en la sanción que se está ejecutando (en el pasado reciente y en el presente), éste ya había alcanzado esa integración y esos cambios.

La discrepancia entre la Jueza de Garantía y la Corte no se refiere, realmente, a si lo que “parece más favorable a la integración social” del adolescente se debe apreciar mediante un pronóstico de eficacia preventivo-especial positiva (futura) de la sanción sustituta (en comparación con la eficacia de la actual), o si se debe apreciar mediante una evaluación de los logros preventivo-especial positivos alcanzados precisamente con la sanción actualmente en ejecución. Ambos tribunales coinciden en la práctica en que esto último es lo que importa. La única discrepancia radica en cuáles son los elementos de juicio que permiten dar por alcanzados estos objetivos. En efecto, mientras para la Jueza de Garantía lo decisivo fue la buena conducta y su cumplimiento de las actividades del plan, para la Corte, en cambio,

[...] la circunstancia de que el condenado haya cumplido con el programa y no presente problemas disciplinarios no constituye un elemento que permita y menos justifique la sustitución de la condena [...] porque bien podría ser una demostración de adaptación a la privación de libertad.<sup>35</sup>

Entonces, el cambio conductual que importa, para la Corte, no es el que se refleja en una buena conducta intracarcelaria, sino el que permite desenvolverse en libertad sin cometer delitos, es decir – en el caso de A.V. –,

**si ha operado en el condenado un cambio objetivo, concreto** y sustentado en antecedentes e informes técnicos **de los patrones de conducta** que lo llevaron a cometer el asesinato por el cual fue condenado.<sup>36</sup>

Y precisamente porque, “ni la resolución impugnada ni el informe en que la misma se sostiene” dan cuenta de “si ha operado en el condenado” dicho cambio, la Corte revoca la sustitución. Es claro, entonces, que la Corte no consideró como decisivo si acaso la sustitución de la sanción favorecería ese cambio (hacia una vida futura sin delitos), sino si acaso el condenado de alguna manera “se había ganado” tal medida a través de un cambio de los patrones de conducta que ya hubiese operado dentro de la cárcel.

<sup>35</sup> Apelando a un argumento esgrimido por el Diputado y penalista Juan Bustos, durante la tramitación del Proyecto de LRPA en la Cámara de Diputados. Sin embargo, para apreciar en su verdadero contexto esta argumentación de Bustos, cfr. infra, en este apartado, el examen de la historia fidedigna del establecimiento del precepto (en la sección “Determinación del sentido y alcance de la disposición”).

<sup>36</sup> La negrilla es mía.

La tesis de que la sustitución exige el logro de los objetivos preventivo-especiales positivos que se propuso la sanción impuesta por la condena, como se verá más abajo, tiende a confundir las exigencias legales de esta medida (la sustitución) con las de la “remisión del resto de condena”, regulado por el Art. 55 de la LRPA. En algún caso, la formulación explícita que el tribunal hace de las condiciones (necesarias) para conceder la sustitución (del Art. 53 de la LRPA), prácticamente coincide con la que la Ley hace para la remisión del resto de pena, en aquella otra disposición (el Art. 55). Así ocurre, por ejemplo, en la resolución del **Juzgado de Garantía de Rancagua**, de fecha 10 de octubre del 2008, RIT 8428 – 2008, que concede la sustitución solicitada pues **“se han cumplido los principales objetivos de la sanción impuesta”**<sup>37</sup>, así como en la decisión del Juzgado de Garantía de Copiapó, de fecha 28 de noviembre del año 2008, RIT 2020-2008, que accede a la sustitución solicitada por la defensa, considerando **“que se dan por cumplidos los fines preventivos y la resocialización que contempla la Ley 20.084**, los cuales se entienden logrados mediante todos los antecedentes proporcionados en esta audiencia...”<sup>38,39</sup>

**Segunda tesis:** la sustitución “parece más favorable para la integración social” cuando la sanción sustituta propuesta ofrece condiciones más favorables para el logro del objetivo preventivo-especial positivo de la “integración social” del adolescente, que la sanción actualmente en ejecución.

Esta doctrina la aplica la **Jueza de Garantía de San Bernardo**, en su decisión de fecha 6 de enero de 2010, RIT 1281-2009, que concede a J.M.L.D. la sustitución condicional de una sanción de internación en régimen cerrado de dos años, por la sanción de internación en régimen semicerrado. Tras destacar que, según el informe del Sename, el condenado “ha cumplido con los objetivos cuantitativos delimitados en el plan de intervención”, y frente a la objeción formulada por el Ministerio Público acerca de “la debilidad que se observa en el desarrollo de la capacidad empática del joven, en relación al daño que provoca y actuar en el mundo exterior dando cuenta que no se ha logrado el objetivo de responsabilización”, el tribunal razona en el siguiente sentido:

---

37 La negrilla es mía.

38 La negrilla es mía.

39 En cambio, no es tan claro si sigue esta primera doctrina la decisión de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 1 de abril del año 2009, Rol N° 123-2009, que confirma la sustitución decretada por el Juzgado de Garantía de Valdivia considerando que las “circunstancias relativas al comportamiento del condenado y su evolución [...] se encuadran en lo que al respecto señala el artículo 53 que posibilita la sustitución de la sanción aplicada al condenado, ya que se puede advertir que ha habido una favorable evolución en el comportamiento de éste, lo que posibilita una efectiva resocialización e integración en el seno de la sociedad como un elemento útil a la misma”. En efecto, si bien la referida “favorable evolución”, que posibilita la integración social, podría entenderse como una fase terminal de los logros buscados, también puede verse por el tribunal como una condición parcial, que “posibilita” la integración precisamente gracias a la ejecución de la sanción sustituta (libertad asistida especial, en reemplazo de internación en régimen cerrado).



[...] Efectivamente, es un área en que el tribunal podría estar de acuerdo en que existe cierta debilidad. Sin embargo, no es cierto que sea la privación de libertad el contexto necesario **para que ese cambio se produzca**; cuando se autoriza una sustitución no se autoriza para el sólo efecto de ponerlo en libertad. Lo que se pretende es sustituir por una sanción menos gravosa porque resulta más favorable para la integración social del infractor. Según se ha establecido en el informe, la privación o **el contexto de privación de libertad ya no es útil para el cumplimiento de los objetivos previstos** en la propia Ley 20.084. **Una pena distinta** como es el cumplimiento del resto de saldo mediante la medida de internación en régimen semi cerrado, **igualmente puede abordar el área de responsabilización** y ciertamente otras medidas distintas a la de régimen cerrado, como la internación en régimen semi cerrado o libertad asistida buscan y pretenden en sus planes de intervención hacerse cargo del proceso de responsabilización del joven. Por lo tanto, **esta debilidad** que pareciera existir en el proceso de reinserción del joven L.D., **puede ser efectivamente abordada por otra sanción** como lo es la sanción de privación de libertad en un régimen semi cerrado, y además, la privación de libertad es siempre una medida de última ratio en la Ley 20.084 que, en la especie, no resulta un contexto favorable para el proceso de rehabilitación.<sup>40</sup>

El razonamiento del tribunal, si bien considera como antecedente a favor de la sustitución los avances alcanzados en el cumplimiento del plan de intervención, claramente entiende que la sustitución no presupone el previo logro de todos los objetivos preventivo-especial positivos buscados con la sanción impuesta originalmente, sino que precisamente se orienta a busca un contexto más favorable para alcanzarlos, considerando las desventajas que la sanción de encierro, en concreto, puede presentar, frente a la sanción sustituta, para ese fin.

También puede apreciarse la aplicación de la misma doctrina, aunque sin abundar en explicaciones al respecto, en la decisión del Juzgado de Garantía de Iquique, de fecha 21 de enero del año 2008, RIT 1825-2005, que, si bien destacando los avances y la buena conducta demostrada por el condenado

[que] de acuerdo a los conceptos vertidos en esta audiencia, de los cuales el 90 y si es que no más porcentaje son favorables [...] [y] la conducta que ha denotado el representante del Centro en el cual actualmente se encuentra cumpliendo la condena [...] [además de la] prueba de confianza constituida por la salida esporádica a la cual el imputado dio muestras de que es un sujeto responsable, capaz de hacerse cargo de un compromiso y dar cumplimiento a ello

<sup>40</sup> La negrilla es mía.

resuelve sustituir la sanción de internación en régimen cerrado por una de libertad asistida especial porque

[...] todo ello a concepto de esta Magistratura denota que **la proyección de una pena en el medio libre es bastante favorable**, tanto para los intereses de la sociedad a través de una pena, como principalmente para los del menor.<sup>41</sup>

Una forma *sui generis* de aplicar la tesis de que lo decisivo para conceder o no la sustitución es el pronóstico de si acaso la sanción sustituta favorecerá la integración social, se aprecia en la decisión del **Juzgado de Garantía de Nueva Imperial**, de fecha 14 de diciembre del año 2007, RIT 1488-2007, que niega lugar a la sustitución de la sanción de internación en régimen cerrado porque

al sentenciado le afecta un consumo problemático de drogas, circunstancia que fue abordada con posterioridad a la dictación del fallo, es decir en el mes de octubre de este año, estimando que es de público conocimiento que los tratamientos para este problema son prolongados, es decir exceden los dos o tres meses de tratamiento [...] [por lo que] **no se advierte más favorable para la integración social del infractor** sustituirle la pena de régimen cerrado por una menos gravosa.

Esta decisión parece razonar en el sentido de que, siendo más favorable para la integración social del adolescente concluir su tratamiento contra el consumo problemático de drogas, entonces se justifica mantener la internación por razones preventivo-especial positivas (!), lo que implica asumir un supuesto difícil de respaldar técnicamente (mediante diagnósticos y pronósticos psicosociales), y que en cualquier caso no se abordó por el tribunal: que un tratamiento en situación de encierro ofrece mejores perspectivas de éxito que uno en libertad<sup>42</sup> y que, esas supuestas mejores perspectivas compensan los demás riesgos preventivo-especiales generalmente asociados a la continuación de la sanción de encierro (profundización de los efectos criminógenos de la ejecución penitenciaria)<sup>43</sup>.

41 La negrilla es mía.

42 Por cierto, un tratamiento de drogas en libertad puede desarrollarse en régimen residencial, como ocurre bajo el modelo de las comunidades terapéuticas, lo que no es equivalente a una situación de privación de libertad (como el tratamiento administrado en la cárcel), pues el adolescente técnicamente puede irse del lugar si quiere, por más que eso podría tener consecuencias negativas (bajo una eventual sanción por quebrantamiento), que en todo caso no son seguras (el tribunal podría considerar que no se trata de un grave incumplimiento); de hecho, es muy discutible que el fracaso terapéutico pueda dar lugar a una sanción por quebrantamiento; cfr., al respecto, Gómez (2006:208-211).

43 En el texto principal el análisis de esta decisión se ha concentrado en la forma como esta decisión evalúa los objetivos preventivo-especiales de la sanción (prospectiva, si bien de esa manera *sui generis* que se ha destacado), y se ha preferido pasar por alto en ese lugar un defecto que conviene, sin embargo, hacer notar aquí: según parece desprenderse de la propia decisión del tribunal de control de la ejecución, la circunstancia decisiva para negar la sustitución – el consumo problemático de drogas – no habría sido considerada por el tribunal de fallo en su condena, sino que habría sido detectada “con posterioridad a la dictación del fallo”, de modo que la inclusión de un tratamiento específico para hacer frente a esa circunstancia, como parte del contenido de la pena, claramente excedería el marco de la pena impuesta por el tribunal

Por último, como se señaló más arriba, algunas decisiones plantean una cuestión algo distinta de, pero vinculada con, la pregunta por el criterio preventivo-especial que debe seguirse al decidir sobre la sustitución de la sanción. Se trata de si acaso el temor fundado de que el adolescente volverá a delinquir una vez puesto en libertad es o no un obstáculo que impide la sustitución. Este temor, aún cuando no se lo exprese así, puede estar en el fondo de la negativa de algunos tribunales a sustituir la sanción, especialmente cuando la apelación al hecho de “no haberse cumplido con los objetivos” de la sanción o de que el adolescente “no ha demostrado un cambio de conducta”, no refleja en realidad la convicción del tribunal de que mantener la internación será “más favorable para la integración” del adolescente, sino más bien una preocupación por la posible continuación de su actividad delictiva, seguramente unida a una falta de fe – inconfesada – en la eficacia de un tratamiento en libertad.

Así parece ocurrir en casos de adolescentes que, no obstante contar con informes técnicos favorables a la sustitución, tienen un historial delictual que hace temer una posible reiteración. Tal podría ser el caso de la decisión de la **Corte de Apelaciones de San Miguel**, de fecha 23 de junio del año 2009, Rol 760-2009, que revoca la sustitución de la sanción de internación en régimen cerrado aplicada a J.L.B.C., por la de internación en régimen semicerrado, que había sido dispuesta por el Juzgado de Garantía de Puente Alto. En efecto, tras argumentar que la sustitución sería prematura porque aún no ha transcurrido suficiente tiempo de tratamiento<sup>44</sup>, la Corte rechaza esa medida alegando que

no aparece fundada ni prudente, especialmente si se considera que el condenado lo ha sido por cuatro delitos de robo con intimidación, su conducta posterior y que los informes técnicos que se han hecho valer, no acreditan que hubiese tenido un cambio objetivo y real en su conducta, la que en definitiva lo llevó a cometer los delitos por los cuales fue condenado.

---

competente para su individualización, convirtiéndose en un contenido ilegal, que mal puede ser tenido en cuenta, entonces, para decidir si acaso la sanción actual o la solicitada por la vía de la sustitución son más favorables para la integración social. Cosa muy distinta es la posibilidad (y el deber de la autoridad penitenciaria) de ofrecer al adolescente dependiente de las drogas ayuda y tratamiento al interior del penal (o fuera de él), sobre la base de una adhesión plenamente voluntaria por parte del afectado; pero, entonces, claramente no puede convertirse esa oferta (a la que el adolescente tiene derecho, como contenido de su derecho a la salud) en una carga para el propio adolescente, de cuyo cumplimiento se hará luego depender la concesión de una sustitución de sanción.

<sup>44</sup> Es cierto que, teniendo en cuenta otras consideraciones del tribunal, la cuestión del poco tiempo de ejecución transcurrido puede apelar más bien a un insuficiente efecto preventivo-general; de hecho, más arriba, esta decisión se cita como una de aquellas que parece seguir la tesis de que un cierto tiempo de ejecución es necesario para alcanzar el “mínimo preventivogeneral”. Sin embargo, en otro lugar de su resolución, para la Corte el problema no parece ser tanto que el tiempo de cumplimiento es muy breve para efectos del “mínimo preventivogeneral”, sino que el tiempo de tratamiento desarrollado en la cárcel de Puente Alto – tras un traslado dispuesto por problemas conductuales – es aún insuficiente. Textualmente la Corte señala aquí que “[e]n efecto la decisión del Tribunal de Garantía se ha basado únicamente en los informes técnicos presentados por el CDP Puente Alto y del Semicerrado y no ha considerado los efectos rehabilitadores que el castigo ha podido producir en el sentenciado, cosa que aparece difícil que se hubiere logrado con el tiempo que ha estado sometido a este régimen de internación, teniendo en especial consideración que luego de estar en el CDP de San Bernardo en el mes de abril de 2008, según lo manifestado por el Ministerio Público y no contradicho por la Defensa, hubo que ser trasladado a la Sección Juvenil de Gendarmería de Chile, atendido las faltas que cometió.”

Es cierto que eso puede leerse simplemente como una confirmación de la primera tesis sobre la forma en que deben apreciarse los criterios preventivo-especial positivos aludidos por el Art. 53 de la LRPA – la sustitución procedería cuando ya se cumplieron –, pero también (y más exactamente) puede leerse como una confirmación de que algunos tribunales, con independencia de lo que es más favorable para la integración social del adolescente, ante el temor de la reiteración asignan a la internación en régimen cerrado un rol meramente custodial, de prevención especial negativa de la inocuidad (“sacando de circulación” al adolescente, para que a lo menos no delinca mientras está encarcelado). En el caso analizado, en efecto, la ausencia de toda base técnica a favor de la expectativa de que el tratamiento será más favorable si se sigue desarrollando en la cárcel, en lugar de en un centro semicerrado (como lo recomienda, en cambio, el informe técnico de los mismos profesionales a cargo del plan de intervención individual desarrollado en la cárcel), hace más plausible la explicación de que la Corte aprecia un serio riesgo de reiteración, que pretende conjurar simplemente manteniendo al adolescente por más tiempo “fuera de circulación”. Es decir, si a la Corte le preocupa la falta de “un cambio objetivo y real” en la conducta del adolescente, la decisión de mantenerlo encarcelado no parece responder realmente a la expectativa de que es más probable que ese cambio se produzca en la cárcel, sino simplemente a que no es “prudente” dejar al adolescente en libertad en esas condiciones, anticipando la fecha en que él posiblemente reiniciará su actividad delictual.

#### b) Determinación del sentido y alcance de la disposición

En el caso de este segundo problema interpretativo planteado por el Art. 53 de la LRPA, nuevamente se trata de determinar el sentido y alcance de la disposición, pero ahora en referencia a las dos cuestiones preventivo-especiales indicadas más arriba: 1ª, si acaso la sustitución procede cuando ya se produjo el cambio esperado por la sanción o si acaso cuando la sanción sustituta ofrece mejores chances de que se produzca; 2ª, si acaso tiene cabida, como criterio para decidir no conceder la sustitución, el temor fundado de que el adolescente volverá a delinquir una vez en libertad.

En relación con la primera cuestión, y a diferencia del primer problema interpretativo planteado por el Art. 53 (relevancia o no de los criterios preventivo-generales), una consideración sistemática no parece plantear problemas a la interpretación conforme al tenor literal de la disposición. En efecto, el tenor literal (que sólo obliga cuando el sentido de la ley es claro) sugiere sin dificultad que la sustitución “es más favorable para la integración social” del condenado cuando la sanción sustituta ofrece mejores chances “para [alcanzar]” ese objetivo, objetivo que, obviamente, no tiene por qué estar alcanzado: el medio (la sanción sustituta) se evalúa

en consideración a un fin u objetivo (la integración social) que aún no está alcanzado; de lo contrario no se necesita aquél medio.

De hecho, sistemáticamente esa conclusión se ve reforzada, al comparar la naturaleza y el criterio de aplicación de la sustitución de sanciones con la naturaleza y el criterio de aplicación de la remisión del saldo de condena: si la primera institución es una decisión instrumental “para [alcanzar] la integración social”, la segunda es una decisión de “economía penal” (evitando un “costo” innecesario para el condenado y la sociedad) fundada en lo superfluo que sería seguir ejecutando una sanción que ya alcanzó los objetivos buscados (entre ellos, ciertamente, los preventivo-especial positivos<sup>45</sup>). El criterio de decisión de la primera medida, por tanto, es prospectivo (la sustitución servirá a la integración social); el criterio de la segunda, retrospectivo (la sanción ya consiguió ese objetivo). Para la LRPA, entonces, las sanciones en ejecución deben sustituirse (y tempranamente si es necesario) por otras más favorables para alcanzar el objetivo preventivo-especial buscado – y aún no alcanzado –, y deben remitirse (no tan tempranamente si son privativas de libertad – se exige que se haya cumplido la mitad del tiempo de cumplimiento –) cuando dicho objetivo ya se ha alcanzado.

Con ello, el sentido de la ley (el Art. 53) parece claro, tanto desde el punto de vista de la literalidad de la disposición cuanto desde el punto de vista de su relación sistemática con otras instituciones afines, y con la generalidad del sistema de ejecución dispuesto por la LRPA.

### ***Derecho internacional***

Sobre la cuestión relativa a la valoración prospectiva o retrospectiva de las necesidades/logros preventivo-especial positivos, a tener en cuenta al decidir sobre una sustitución de sanciones, el derecho internacional también contempla la necesidad de medidas de libertad anticipada del menor de edad, adoptadas en función de promover (y no de “premiar”) su inserción social. Ya se ha hecho mención a la Regla 28.1 de las Reglas de Beijing, que especifica el principio (del Art. 37, b, de la CDN) de que la privación de libertad se utilizará sólo “por el período más breve que proceda”, con la prescripción de que se recurrirá a la “libertad condicional” (equivalente, para estos efectos, a la sustitución) “tan pronto sea posible”, sin condicionar esta medida al previo logro de los fines de la sanción. Más claramente, la Regla 79 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad dispone que

[t]odos los menores deberán beneficiarse de **medidas concebidas para ayudarles a**

45 Más abajo se analiza si acaso la remisión del resto de condena debe basarse en una evaluación únicamente de los logros preventivo-especial positivos, o si acaso también de los preventivo-generales.

**reintegrarse en la sociedad** [...] A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada.<sup>46</sup>

La salida anticipada es, así, una medida para reintegrar socialmente al adolescente y – considerando la finalidad de las Reglas<sup>47</sup> – una protección contra los efectos perjudiciales del encierro, y no, en cambio, una medida de economía penal destinada a ahorrarse una sanción que ya no es necesaria por haber cumplido con sus fines.

Y si bien los avances alcanzados en aras de la rehabilitación son considerados como un criterio a tener en cuenta a la hora de conceder la libertad condicional:

Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional  
(Comentario oficial a la Regla 28, Reglas de Beijing)

es claro que no se espera que esos progresos sean terminales, pues esta medida debe ir acompañada de un tratamiento en libertad, equivalente a la “libertad asistida” de la LRPA, para continuar (o iniciar) el proceso de inserción social:

Cuando se conceda la libertad condicional a un delincuente se deberá designar a un agente de libertad vigilada o a otro funcionario para que supervise su comportamiento y le preste asistencia (en particular si aún no se ha implantado el régimen de libertad vigilada), y estimular el apoyo de la comunidad.  
(Comentario oficial a la Regla 28, Reglas de Beijing)

Por último, el Comentario oficial a la regla 28 de las Reglas de Beijing también hace referencia, en el contexto de la decisión de conceder una “libertad condicional”, a la “buena conducta” del interno

Al igual que la libertad vigilada, la libertad condicional podrá supeditarse al cumplimiento satisfactorio de los requisitos especificados por las autoridades pertinentes durante un período de tiempo estipulado en la orden, por ejemplo, el relativo al “buen comportamiento” del delincuente, la participación en programas comunitarios, su residencia en establecimientos de transición, etc.

Con todo, es necesario hacer dos consideraciones relevantes para precisar el sentido y alcance de esta referencia en el contexto de la LRPA chilena. En primer lugar, la “buena conducta” es tan sólo uno de los criterios de decisión, sugeridos a modo de ejemplo, dentro de un listado

---

<sup>46</sup> La negrilla es mía.

<sup>47</sup> “El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas [...] con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad” (Regla 3).

no taxativo, y que se ubica en el contexto de una medida orientada a promover la reinserción social del condenado, contexto en el cual el criterio fundamental será la necesidad de anticipar la libertad para alcanzar ese objetivo. En segundo lugar, lo fundamental para esta regla es que la libertad condicional puede quedar supeditada a ciertos requisitos, que las “autoridades pertinentes” deben definir, pudiendo echar mano de los criterios señalados en aquel listado no taxativo, o de otros criterios diferentes. Y el asunto es que la LRPA no considera explícitamente como un requisito para conceder la sustitución la buena conducta, y tampoco puede desprenderse tal exigencia del contexto del Art. 53 de la LRPA. Más aún, en el sistema de ejecución de sanciones en régimen cerrado de la LRPA, la buena conducta, como se verá, es un requisito de otro tipo de medidas: los beneficios del Reglamento de la LRPA que, junto con constituir otro tipo de instrumentos para favorecer la integración social, sí tienen una función de incentivar la convivencia pacífica, mediante premios a la buena conducta. Una mirada a la historia de la Ley N° 20.084 permitirá echar más luz sobre esta cuestión.

#### ***Historia fidedigna del establecimiento de la ley***

Si bien el estudio de la historia fidedigna del establecimiento del Art. 53 en este caso no sería necesario, puesto que dicho recurso sólo es indicado para aclarar alguna “expresión oscura de la ley”, y esta disposición no las tendría, ni en su literalidad, ni en su relación sistemática con el resto de la LRPA, de todos modos, de esa historia también se desprende que el criterio de decisión de la sustitución es prospectivo, y que consiste en evaluar lo más conveniente para alcanzar el objetivo de la integración social. Además, permite confirmar que la buena conducta al interior del penal no interesa sino de forma secundaria.

La disposición contemplada al efecto en el Proyecto presentado por el Ejecutivo trataba conjuntamente la facultad de sustituir sanciones y la de revocarlas. En ambos casos, como lo explicaron los representantes del Ejecutivo, de lo que se trataba era de evitar los perjuicios que la ejecución podía acarrear al objetivo de integración social, imponiendo, en su caso, una nueva sanción que facilitase dicho objetivo

si bien es legítimo que el Estado aplique una sanción, no puede negarse que ello **puede atentar contra lo que se espera de esa persona a futuro**. De ahí que sea correcto analizar si es posible **aminorar esa carga a fin de facilitar la integración del menor**.<sup>48</sup>  
(Historia de la Ley: 173)

Más tarde, al comentar la nueva redacción propuesta para la sustitución de sanciones (que es

<sup>48</sup> La negrilla es mía.

prácticamente la misma que finalmente se aprueba como Art. 53 de la LRPA), una vez que se le separó de la regulación de la remisión, los mismos representantes del Ejecutivo, en términos similares, fundamentan la proposición

en que toda condena implica una restricción de los derechos de un menor, restricción que afecta su proceso de integración social, situación aún más grave si se trata de penas privativas de libertad. Por ello se tiende hoy, en la mayoría de las legislaciones especializadas, a permitir la revisión de todo tipo de restricciones.<sup>49</sup>

(Historia de la Ley: 174)

De acuerdo con esa explicación, mal puede exigirse que el adolescente haya alcanzado los objetivos preventivo-especial positivos buscados con la sanción que se ejecuta, especialmente teniendo en cuenta que, cuando es una sanción privativa de libertad, la ejecución puede ser parte del problema y no de la solución para la integración social. Es decir, la sustitución debe decretarse como remedio contra sanciones que, lejos de permitir el logro de aquellos objetivos, lo dificultan.

Lo decisivo sería, entonces, para los representantes del Ejecutivo, identificar los casos en que la ejecución, en lugar de estar favoreciendo la integración social, la está dificultando.

La nueva redacción dada a la disposición<sup>50</sup> que los representantes del Ejecutivo comentan, con todo, y a diferencia de la anterior redacción, no pone el acento tan unilateralmente en el perjuicio que la sanción a sustituir representa para la integración social ("afecta gravemente el desarrollo, la dignidad o la integración social del adolescente"), sino más bien en las ventajas que la sanción sustituta ofrece para alcanzar ese fin ("parezca más favorable para la integración social"). Es una cuestión de acentos, que no altera el carácter prospectivo del juicio en que se debe basar la decisión ("le irá mejor con la nueva sanción" vs. "se verá liberado de los perjuicios irrogados por la sanción que se está ejecutando").

Sin embargo, y seguramente a causa de este acento que la nueva redacción pone en el pronóstico de que la sanción sustituta será favorable, los representantes del Ejecutivo (para insistir en que en la sustitución no se trata de "indagar acerca del delito que cometió el adolescente") señalan que lo que se busca es

verificar el nivel de satisfacción de los objetivos buscados con la aplicación de la medida, en lo relativo a la resocialización alcanzada

(Historia de la Ley: 174)

no sin aclarar que no se trata de un juicio a la buena o mala conducta del condenado en el centro cerrado, sino de una evaluación más global de su nivel de reinserción social:

49 La negrilla es mía.

50 Conforme a la cual la sustitución procede cuando "parezca más favorable para la integración social"



Ante una consulta del Diputado señor Luksic en cuanto al por qué en estos casos se consideraba el nivel de reinserción social y no la buena conducta como es lo habitual para la concesión de un beneficio, señalaron que este último factor sólo se refería al cumplimiento de un régimen interno disciplinario y no a un análisis más integral, referido a los cambios de comportamiento del menor, opinión a la que se sumó el Diputado señor Bustos señalando que debía atenderse a la finalidad buscada por el sistema cual es la inserción social y que para estos efectos, la observación de buena conducta no constituía un indicador satisfactorio porque bien podía ser una demostración de adaptación a la privación de libertad.

(Historia de la Ley: 174)

Estas últimas consideraciones, aisladamente consideradas, podrían ser leídas como antecedentes a favor de la tesis conforme a la cual la sustitución recién se puede decretar cuando el adolescente ya alcanzó los objetivos de su plan de intervención individual, de modo que ya está (potencialmente<sup>51</sup>) integrado a la sociedad. Sin embargo, y sin perjuicio de que la tesis contraria (según la cual, no se requiere haber alcanzado esos objetivos, sino que justamente por medio de la sustitución se busca un mejor escenario para alcanzarlos) se desprende directamente del tenor literal del Art. 53, y es más coherente sistemáticamente con la figura de la remisión (que sí exige el logro de aquellos objetivos), aquella interpretación ignoraría todos los demás antecedentes de la propia historia de la ley, conforme a los cuales la sustitución es concebida como un remedio para una ejecución que no está ayudando al adolescente a la inserción social (ya sea porque desde un comienzo lo está perjudicando, ya porque dejó de ayudar a tal fin y ahora está comenzando a obstaculizarlo), y que justamente por ello debe ser sustituida por una que sí lo ayude (una “más favorable” para lograrlo).

En todo caso, lo que sí queda claro de esas citas al debate parlamentario que se produjo en torno a la cuestión, es que la buena o mala “conducta” al interior del penal no es un criterio (necesario ni suficiente) para la concesión de la sustitución. En efecto, la buena conducta al interior del penal es, en cambio, un antecedente que sí se tiene en cuenta para la concesión de “beneficios” en el Reglamento de la LRPA, y es comprensible que así sea pues, no obstante estos beneficios también tienen una finalidad preventivo-especial positiva de favorecer la inserción social, sin duda también tienen una función asociada a la necesidad de la Administración Penitenciaria de contar con incentivos positivos (como las sanciones disciplinarias son los negativos) para promover la disciplina, convivencia pacífica y seguridad de los centros. Pero la sustitución de sanciones, como lo confirma la historia de la ley, no sirve a esta tarea de la Administración Penitenciaria – tarea relevante, pero de segundo orden – sino a una finalidad de primer orden en la LRPA: promover la integración social del adolescente.

---

51 Es decir, para el evento de que sea puesto en libertad.

De ese modo, lo único que puede desprenderse de aquellas referencias a la historia de la ley es que:

1. Los logros alcanzados son un antecedente favorable, pero no indispensable, para una sustitución;
2. Estos logros no se miden en términos de “buena conducta” al interior del penal, sino de desarrollos más integrales, si bien parciales, que proyectados en el escenario de una eventual sanción sustituta de naturaleza ambulatoria (o semicerrada), ofrecen mejores perspectivas de ir alcanzando la integración social, mediando la ejecución de la sanción sustituta.

Por el contrario, si los objetivos están plenamente alcanzados, en términos de que el adolescente ya está (potencialmente) integrado a la sociedad, entonces lo indicado es, como se dijo, una remisión del resto de condena, por haberse cumplido los objetivos buscados con ella.

Por todas esas razones, las decisiones judiciales reseñadas más arriba que, para proceder a la sustitución, exigen el previo logro acabado de los objetivos del plan o evidencias de que el adolescente ya está listo para tener una vida integrada a la sociedad, confunden la sustitución con la remisión del resto de condena y desnaturalizan una institución esencial para corregir a tiempo –durante la ejecución de la sanción– el curso que está siguiendo el proceso (no acabado) de integración social del adolescente, a través de la sabia decisión de dejar de lado una sanción que no conduce a ese objetivo, o que sólo lo hace de forma débil, y preferir en su lugar una sanción menos gravosa, que ofrece perspectivas más auspiciosas para alcanzar tal objetivo de forma oportuna.

### ***Pronóstico de reiteración***

En relación con los criterios preventivo-especiales decisivos para la sustitución de sanciones, se plantea además, como se indicó más arriba, una segunda cuestión: si acaso es un obstáculo para la sustitución la existencia de antecedentes que permitan temer fundadamente que el adolescente volverá a delinquir una vez que salga en libertad, es decir, si acaso implícitamente, el criterio de lo “más favorable para la integración social del adolescente” supone un pronóstico de no reiteración. Si se sigue la primera de las dos tesis interpretativas identificadas para la primera cuestión, conforme a la cual la sustitución procede (sólo) cuando ya se lograron los objetivos preventivo-especial positivos buscados, entonces seguramente se concluirá que el peligro fundado de reiteración es un obstáculo para sustituir la sanción, pues aquellos logros suponen justamente que ya no se espera que el adolescente delinquirá de nuevo.

Pero si se sigue la segunda tesis – como me parece indicado –, conforme a la cual la sustitución procede aun sin haberse alcanzado (completamente) los objetivos preventivo-especiales, siempre que la sanción sustituta ofrezca condiciones más favorables para alcanzarlos, entonces obviamente casi cualquier decisión de sustituir la sanción puede ir acompañada de un cierto temor fundado de reiteración, pues en la personalidad o entorno del adolescente aún habría condiciones favorables a la reiteración delictual, sobre las cuales la sanción sustituta justamente tiene que intervenir, para que el adolescente pueda integrarse socialmente llevando una vida sin delitos. Pero aún en este caso, la pregunta seguramente se planteará como una cuestión de grado: si el temor fundado de reiteración se presenta con un alto grado de probabilidad, es decir, como lo que podría denominarse “peligrosidad (post-) delictual”, ¿es ese temor, ese peligro, un obstáculo para sustituir la cárcel por una sanción ambulatoria que, no obstante, es más favorable para ofrecer al adolescente condiciones para una vida futura sin delitos?

Hay buenas razones para responder que la “peligrosidad delictual” no es, por sí sola, un obstáculo para la sustitución, si hay antecedentes a favor de esta medida, como lo más favorable para alcanzar la integración social del infractor. Nuevamente, el propio Art. 53 pone el acento en una perspectiva positiva, conforme a la cual, lo decisivo es que el escenario de una sanción sustituta, alternativa al encierro, ofrezca mejores chances para el éxito de un plan de intervención individual orientado a la integración social. Por el contrario, en la LRPA no hay indicios de que a las sanciones en régimen cerrado se les asigne una finalidad de mera “inocuidación”.

De modo que, si el “mínimo preventivo general” ya está satisfecho (ha transcurrido, por ejemplo, un tercio del tiempo de ejecución), y hay antecedentes que dan a la sanción sustituta solicitada mejores chances de éxito en el cumplimiento de un plan que aparece como necesario para integrar socialmente al adolescente, entonces, el mero temor fundado (por elevado que sea) de reiteración delictiva, por sí solo no basta para negar al adolescente una medida que sirve mejor a la finalidad de integrarlo socialmente.

Esta conclusión se ve reforzada por el principio de la CDN, conforme al cual la privación de libertad se utilizará “por el período más breve que proceda”, principio especificado en la Regla 28.1 de Beijing, conforme a la cual la “libertad condicional” (para estos efectos equiparable a la sustitución y a la remisión de la LRPA) se concederá “tan pronto como sea posible”.

La única hipótesis en que ese temor, indirectamente, puede influir en una decisión orientada a buscar lo más favorable para la integración social, sería aquella en que el temor fundado

de reiteración delictiva se convierte en una probabilidad rayana en la certeza, por ejemplo, por los contactos que el adolescente, durante su encierro, ha mantenido secretamente – y que llegan a conocimiento de las autoridades – con una banda que lo espera para reiniciar su actividad delictiva. En tal caso, sin embargo, no debería ser la prevención especial negativa (en el sentido de mantener al adolescente encerrado con el mero fin de tenerlo “fuera de circulación” para que no delinca), el fundamento directo de la negativa, sino el hecho de que, en esas condiciones, no es creíble que la sustitución será “más favorable para la integración social”, pues el adolescente, casi con certeza, no saldrá a cumplir con un plan de intervención individual destinado a insertarse socialmente llevando una vida sin delitos, sino, lejos de ello, saldrá a reinsertarse en una banda delictual.

Con todo, la afirmación de que la sanción sustituta seguramente no servirá para insertar socialmente al adolescente, porque casi con certeza él saldrá a seguir delinquir, no puede basarse simplemente en su historial delictivo previo a su ingreso al centro penitenciario. Así, en el comentario oficial a la Regla 28.1 de las Reglas de Beijing, se dispone que

Quando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, **incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario.**<sup>52</sup>

Además, como he señalado en otro lugar (Couso, 2009b: 33 ss.) una decisión que haga prevalecer un pronóstico negativo por encima de la preferencia *prima facie* de la LRPA a favor de una intervención preventivo-especial en el medio libre, debe estar sujeta a un estándar especialmente alto de argumentación, que se desprende de la protección reforzada entregada por (la LRPA y) el derecho internacional a la protección de la fase vital de la minoría de edad – expresada en la importancia asignada al “interés superior del adolescente” –, y de la irreducible incertidumbre de los juicios de pronóstico, que valorativamente se resuelve mediante una decisión normativa (del legislador chileno y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) de confiar *prima facie* en la posibilidad (pese a todo) de que el adolescente se puede insertar socialmente a través de una sanción ambulatoria. Es cierto que esa confianza se puede ver defraudada, hasta desaparecer, pero no se trata de una confianza empírica (que cada juez decidiría arbitrariamente si mantiene o no), sino de una confianza normativa, expresada en el principio de que la privación de libertad se utilizará “tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” (Art. 37, b, CDN), de modo que las condiciones de su defraudación son exigentes, y deben basarse en antecedentes concluyen-

---

<sup>52</sup> La negrilla es mía.

tes de que aquella expectativa, es decir, la esperanza de que el adolescente se insertará socialmente mediante una sanción (sustituta) en el medio libre, muy probablemente no ocurrirá.

Por ello, las decisiones judiciales que, aún sin expresarlo, rechazan la sustitución simplemente porque el historial delictivo del adolescente hace temer que volverá a delinquir, no parecen tomar en serio aquella opción político-criminal fundamental adoptada por nuestro país al hacerse parte de la CDN, con la que se obligó, entre otras cosas, a hacer una apuesta por la integración social de los adolescentes que han delinquido, descartando en cambio, como una opción posible, resignarse a que “ya están perdidos”, y sacrificarlos a una ejecución penitenciaria reducida a una función de mantenerlos “fuera de circulación” por el mayor tiempo posible.

### ***Derecho comparado***

En este apartado, una vez más, y para echar luz sobre los aspectos que han planteado problemas interpretativos respecto del Art. 53 de la LRPA, se consulta el derecho comparado que fue más relevante para el diseño de la LRPA.

En **Alemania**, el § 88 de la JGG permite la suspensión del resto de la pena a prueba si esta medida “puede ser justificada en atención al desarrollo del adolescente, teniendo en cuenta también los intereses de seguridad de la colectividad”. La medida puede ir acompañada de las condiciones que la JGG contempla para la suspensión condicional de la ejecución de una pena, lo que permite asimilarla, como se indicó más arriba, a la sustitución de una sanción en régimen cerrado por una de libertad asistida, de la LRPA chilena.

Sobre el derecho alemán, el que mayor desarrollo dogmático tiene en la materia, se examinará a continuación una serie de elementos analizados a propósito del Art. 53 de la LRPA.

### ***Orientación prospectiva y objeto del pronóstico***

La aproximación prospectiva del juicio necesario para decidir si conceder la suspensión del resto de pena a prueba es clara en el derecho alemán, pues si acaso esta medida “puede ser justificada en atención al desarrollo del adolescente”, es algo que se debe basar en un pronóstico. Lo discutible es a qué se refiere exactamente el pronóstico y cuál es su base.

Según Eisenberg, el pronóstico está referido en principio a la capacidad del adolescente de llevar una vida sin delitos (Eisenberg, § 88 nm 8, citando un fallo del tribunal superior del *Land*

de Berlín). La referencia adicional “teniendo en cuenta también los intereses de seguridad de la colectividad” – si se lee también como una preocupación preventivo-especial negativa, y no únicamente como una preventivo-general – parece confirmar la relevancia asignada por la JGG a ese pronóstico. En ese sentido, esta disposición alemana parece poner un mayor acento que el Art. 53 de la LRPA en el pronóstico de que el adolescente no reincidirá, a través de la exigencia de que la adopción de la medida “[en atención al desarrollo del adolescente] *verantwortet werden kann*” (“puede ser justificada”, también en el sentido de que “es responsable adoptarla”).

Ello es más comprensible sistemáticamente en el contexto de la JGG alemana, dado que esta medida viene a cumplir simultáneamente las funciones de la “sustitución” y de la “remisión” chilenas, en una única disposición; en efecto, si bien se puede someter al adolescente a condiciones y al control de un delegado (lo que equivaldría a sustituirla por una “libertad asistida” de la LRPA chilena), ello no es obligatorio, de modo que la pena se puede simplemente “remitir” (suspender el resto de la pena, sin imponer condiciones), cuando las “promesas” que el adolescente haga sobre su futuro comportamiento satisfacen al tribunal (§ 23.2 en relación con § 88.6, ambos de la JGG). A la inversa, la suspensión del resto de la pena a prueba comienza a parecerse más a la sustitución chilena si al tribunal no le bastan esas promesas y, precisamente por ello, somete al adolescente a condiciones y al control de un delegado. En tal caso, como se puede apreciar, el “pronóstico” de que el adolescente no cometerá delitos, no es convincente para el tribunal, y aún así procede la medida, si va acompañada de condiciones y de la labor de un delegado, que permitan al juez “hacerse responsable” de ella.

Sin perjuicio de ello, la regulación alemana, en comparación con la chilena, parece poner un mayor énfasis en un pronóstico acerca de si el adolescente, una vez en libertad, volverá a delinquir (sin desmerecer el pronóstico de qué conviene más a la integración social), lo que contrasta con el Art. 53 de la LRPA, para el cual el pronóstico está centrado en evaluar si el adolescente, a través de la ejecución de la sanción sustituta (que incluso podría ser privativa de libertad, en régimen semicerrado), quedará en mejores condiciones de integrarse socialmente (“parezca más favorable para la integración social”).

No obstante, no se puede descartar los efectos que sobre la interpretación de esta disposición legal tendrá la decisión del BVerfG alemán, comentada más arriba, en la que se define con claridad una jerarquía de intereses, en fase de ejecución, donde el fin de la “reintegración social” tiene *prima facie* preponderancia sobre la tarea de “protección de los intereses de la socie-

dad”, por lo menos en el sentido de que la forma privilegiada de dar protección a estos últimos intereses debe ser precisamente la promoción de la reintegración social del adolescente, entre otras formas, a través de la concesión de medidas de relajación de la privación de libertad.

Fuera de ello, de acuerdo con el propio Eisenberg (§ 88 nm 5), la “atención al desarrollo del adolescente”, si bien en ciertos casos supondrá un examen y valoración de los logros “educativos” del adolescente durante la ejecución (sin perjuicio de su baja capacidad predictiva, como se verá), en otros casos permite atender a los perjuicios que la ejecución irroga al desarrollo del adolescente. En efecto, al explicar cuáles pueden ser las “razones de especial importancia” que justifican conceder la suspensión del resto de la pena a prueba – en casos excepcionales – aun antes de que transcurran los 6 primeros meses de ejecución, junto con mencionar casos de

una oportunidad favorable, que previsiblemente no se repetirá, de poner al condenado en libertad en un entorno especialmente favorable desde el punto de vista educativo [...] [o de] resultados o desempeño educativo sobresalientes durante la ejecución (Eisenberg, *ibíd.*)

también señala situaciones que, de continuarse con la ejecución de la pena, supondrían peligros graves para el desarrollo del adolescente (o para terceros), como por ejemplo,

efectos negativos especialmente evidentes de la ejecución sobre el desarrollo de la personalidad [...] [o] circunstancias especialmente desafortunadas, cuyo impacto en el condenado impida una ejecución adecuadamente educativa o que, en el interés de terceras personas, hagan indicada su puesta en libertad.

(Eisenberg, *ibíd.*)

De ese modo, si la suspensión del resto de pena a prueba está al servicio del desarrollo del adolescente (sin perjuicio de la necesidad de ponderar este interés, como se vio más arriba, con los intereses de seguridad de la colectividad), entonces el pronóstico debe considerar no sólo las condiciones actuales del adolescente y de la ejecución que auguran buenos resultados para el evento de que se le conceda la suspensión, sino también las condiciones del adolescente y de la ejecución que auguran malos resultados para el evento de que se le mantenga privado de libertad, y que podrían mejorar si se le concede aquella medida.

### ***Temor fundado de reiteración***

Ahora bien, en relación con la cuestión – planteada también para el Art. 53 de la LRPA – de si acaso el temor fundado a la reiteración delictiva es o no un obstáculo preventivo-especial

negativo en contra de la posibilidad de conceder la libertad anticipada al adolescente condenado, es ilustrativo examinar el análisis que la doctrina alemana hace del pronóstico de reiteración delictiva, que vendría al caso realizar en el marco del § 88 de la JGG.

Es interesante en este contexto señalar que, para los efectos del pronóstico que debe hacer el tribunal, la doctrina alemana advierte que el conocimiento sobre el adolescente disponible durante la ejecución penitenciaria tiene escasa fuerza predictora para el período posterior a la ejecución, y que esto también es válido para los factores predictores adicionales como la “conducta” o el “desarrollo” alcanzado por el condenado en la fase de ejecución (Albrecht: 268; Eisenberg, § 88 nm 8), por lo que

en este contexto hay que cuidarse de valorar indiscriminadamente como un pronóstico especialmente positivo el “buen comportamiento”, es decir, la conducta de adaptación a la institución.

(Eisenberg, § 88 nm 8)

Siendo que, por el contrario,

la capacidad de autoafirmación fácilmente conduce a conflictos durante la ejecución, mientras que en la vida en libertad es parte de un “desarrollo vital exitoso”[...]

(Eisenberg, *ibíd.*, citando también a Walter).

Ello viene a confirmar que los antecedentes disponibles sobre el comportamiento del adolescente y sus “logros” al interior de la cárcel apenas sirven como antecedentes para hacer una proyección sobre su posible situación futura, en el medio libre, pero que no interesan en sí mismos, al punto de que, al indagar las circunstancias en las que un adolescente ha debido protagonizar conflictos – por ejemplo, por haber resistido una decisión injusta –, resulta que ellos podrían incluso dar cuenta de que él dispone de herramientas para adaptarse a una vida en libertad sin delitos.

Además, dada la importancia del “principio educativo” (primado de la prevención especial positiva como fin) en el derecho penal de adolescentes, según Eisenberg (§ 88 nm 9a) la suspensión del resto de la pena a prueba es indicada

no sólo ante un diagnóstico favorable, sino en general también en caso de dudas precisamente por razones educativas (“en atención al desarrollo”)<sup>53</sup>

y ello porque, a fin de cuentas, a la hora de decidir si suspender el resto de la pena a prueba, según Eisenberg, “las exigencias educativas ...siempre deben tenerse en cuenta de forma

<sup>53</sup> La negrilla está en el original.



prioritaria” (Eisenberg, § 88, 9 b). Albrecht, por su parte, enfatiza que el juez de ejecución debe orientarse primordialmente por parámetros preventivo-especiales, es decir, “esforzarse por minimizar los daños de la prisión y fomentar de manera óptima la integración social del interno” (Albrecht: 269).

De este modo, no cualquier antecedente que haga temer que el adolescente delinquirá constituye una razón para dejar de conceder esa medida, sino sólo

hechos concretos, establecidos de modo confiable, referidos a graves delitos que se teme se puedan cometer.

(Eisenberg, § 88, nm 9 a)

Para Laubenthal/Baier, (nm 828) por su parte, dado que no hay criterios absolutamente confiables para estimar con suficiente certeza la posible reincidencia

la ley no exige garantía de un comportamiento futuro ajustada al derecho [sino que] se conforma más bien con un riesgo residual justificable

y lo justificable del riesgo depende de la gravedad de los delitos que se espera que podría cometer el adolescente, teniendo como base el delito por el que se le ha condenado, de modo que

el grado de probabilidad de éxito de la suspensión del resto de la pena a prueba que se exige, va aumentando en la misma medida que la importancia del bien jurídico amenazado por una eventual reincidencia [del adolescente]

(Laubenthal/Baier, ibíd.)

Es decir, no importa unilateralmente la gravedad de los delitos que se tema que el adolescente podría cometer al ser puesto en libertad, sino en relación con el grado de probabilidad de que lo haga.

Una pauta legislativa más reciente sobre el estándar normativo de riesgo admisible al decidir si acaso poner en libertad anticipada al adolescente, lo ofrece una cláusula incluida en algunas de las nuevas leyes de ejecución penal dictadas recientemente por los Länder de Alemania (como la que contempla el § 15 de la Ley de Ejecución Penal Juvenil de Bremen), conforme a la cual

Podrá concederse medidas de relajación de la ejecución cuando resulte justificado probar si acaso los internos no se van a sustraer de la ejecución ni van a abusar de las medidas de relajación de la ejecución para cometer delitos.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> El texto original es el siguiente “Vollzugslockerungen dürfen gewährt werden, wenn verantwortet werden kann zu erproben, dass die Gefangenen sich dem Vollzug nicht entziehen und die Vollzugslockerungen nicht zur Begehung von Straftaten missbrauchen werden”.

En esa disposición, como se aprecia, el estándar para negar la medida no es sin más el peligro de reiteración de la conducta delictiva, sino el peligro de que el adolescente abuse de la medida para evadirse o para delinquir. Lo primero (la reiteración), puede ocurrir (como las recaídas durante un tratamiento) aun cuando el adolescente haya tenido el propósito de cumplir con su programa de inserción social en libertad y de intentar llevar una vida sin delitos. Lo segundo (el abuso), sólo puede afirmarse del adolescente que en realidad nunca tuvo el propósito de cumplir con la medida sustituta e intentar llevar una vida sin delitos, sino simplemente el de aprovechar esta ventaja que le ofrece el sistema de ejecución de sanciones, para fines contradictorios con él.

### ***Pronóstico como juicio relativo. Importancia de las condiciones reales de los centros***

Un último punto relevante surge de la discusión dogmática alemana, en relación con el pronóstico en que se debe basar la decisión de conceder o no salidas anticipadas durante la ejecución penitenciaria de jóvenes. Se refiere a la atención que debe darse, al decidir si la ejecución penitenciaria sigue siendo indicada para la inserción social, a las condiciones actuales en las que el joven se encuentra en el centro penitenciario.

El punto de partida para resolver esa cuestión es, en la jurisprudencia del BVerfG el principio de proporcionalidad, conforme al cual la justificación de una medida que afecta los derechos fundamentales de una persona (como su privación de libertad) depende, en primer lugar, de si aparece como idónea y necesaria para alcanzar un determinado fin que en el caso concreto tiene mayor peso, como la prevención delictual (Goerdeler/Pollähne: 69). Así, en el Derecho penal de adolescentes, por lo menos en la fase de ejecución de sanciones, la justificación de una decisión de seguir ejecutando la pena privativa de libertad, si se descartan fines de prevención general (sea porque no se los considera legítimos en esta fase, sea porque el "mínimo preventivogeneral" ya se encuentra satisfecho por la proporción de tiempo de ejecución transcurrido), requiere que esa medida sea idónea y necesaria para la integración social del adolescente. Y el asunto es, en palabras de Goerdeler y Pollähne (69) que

la idoneidad y necesidad no son medidas abstractas, sino que pueden ser medidas en sus efectos reales.

De ese modo, la praxis de ejecución de penas no puede basarse en definiciones normativas asumidas por la ley como supuestos ex ante (por ejemplo, el supuesto de que la internación "con programa de inserción social" sirve para este fin porque la ley así lo dice), que pretendan tener una validez incontrovertible empíricamente. Pues si bien es admisible que el legislador

haga ese tipo de asunciones al momento de sancionar una ley (Goerdeler y Pollähne, *ibíd.*<sup>55</sup>), en las decisiones judiciales adoptadas en fase de ejecución de penas

los pronósticos pueden en todo caso ser juzgados de acuerdo con las leyes del pensamiento lógico y las máximas de la experiencia, que se basan en conocimientos empíricos. (Goerdeler y Pollähne: 69)

Ello conduce a una “praxis orientada a los efectos [reales de las medidas] basada en conocimientos científicos” (Sonnen: 93).

Aplicado ello a las decisiones sobre sustitución de sanciones, si de lo que se trata es de resolver en qué medida es más indicado (“más favorable”) para la integración social del infractor mantener sanción de encierro o sustituirla por una sanción en libertad (o en régimen semicerrado), la comparación deberá hacerse entre las condiciones que para ese fin probablemente ofrecerá la sanción sustituta – tal cual ellas son en la realidad – y las condiciones que probablemente ofrecerá al adolescente la continuación de la ejecución penal en régimen cerrado, teniendo en cuenta también la realidad del centro y de la situación del adolescente en el mismo, y no en cambio la idea que el legislador tenía sobre las condiciones que estos centros debían ofrecer y sobre los efectos que su ejecución debía tener en los condenados.

En **España**, si bien todavía no parece contar con un suficiente desarrollo dogmático en relación con los conflictos jurídicos a que dan lugar las competencias judiciales de control de la ejecución, la regulación legal y reglamentaria de la ejecución es interesante por cuanto pone de manifiesto el diferente fundamento y los distintos requisitos de medidas judiciales de sustitución de sanciones y de las medidas “penitenciarias” de relajación de la privación de libertad, especialmente en lo que se refiere a la importancia asignada a la “buena conducta”.

En España, el Art. 13 de la LO 5/2000 entrega al juez competente para la ejecución la facultad de dejar sin efecto, reducir la duración o sustituir la medida impuesta, con las limitaciones señaladas más arriba, al tratar la cuestión del “mínimo preventivogeneral” en la fase de ejecución. Respetando esas limitaciones, la modificación judicial de la medida viene indicada cuando “redunde en el interés del menor”, lo que se debe entender fundamentalmente en el sentido de un interés en alcanzar objetivos de prevención especial positiva. No hay exigencias, en cambio, de una “buena conducta” ni referencia a consideraciones de prevención especial negativa (salvo el efecto de “intimidación individual” que se podría atribuir al “reproche” que debe haber sido expresado al menor, si le da ese sentido).

<sup>55</sup> Cfr. también sobre ello Couso (2009: 18-21), en relación con la “deferencia” debida al legislador en este caso, y los límites a que está sometida la misma.

En contraste con esa regulación, el Reglamento de la LO 5/2000, al regular los permisos de salida, establece, entre otros requisitos, que el menor no tenga sanciones disciplinarias por faltas graves o muy graves, que haya participado en las actividades de su programa individualizado de ejecución, etc. (en Viana Ballester/Martínez Garay: 532). Con ello confirma la impresión, que he planteado más arriba, de que estas medidas, sin ignorar su utilidad para la prevención especial positiva, también tienen en cuenta intereses más asociados a la administración pacífica de los centros penitenciarios, para lo que se requiere contar con incentivos positivos (permisos) y negativos (sanciones disciplinarias), como las contempladas por este reglamento.

En **Costa Rica**, la regulación de facultad judicial de modificar o sustituir sanciones pone de relieve, en primer lugar, que su fundamento es la promoción de la futura reinserción social del menor de edad, y no un premio a los logros alcanzados. En efecto, el Art. 136 de la Ley de Justicia Penal Juvenil permite al juez de ejecución modificar las sanciones o “sustituirlas por otras menos gravosas”

cuando no cumplan con los objetivos para los que fueron impuestas o por ser contrarias al proceso de reinserción social del menor de edad.

La redacción es muy semejante a la que originalmente consideraba el Art. 77 del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes chileno, que también consideraba la sustitución como un remedio para los perjuicios irrogados por la ejecución penal a la inserción social del adolescente. En palabras de Tiffer

[e]n la medida que las sanciones estén cumpliendo con estos fines, se justifica su cumplimiento, de lo contrario deben ser modificad[a]s o decretar la cesación de las mismas.

(Tiffer: 224)

Así, en la regulación costarricense de esta facultad judicial es evidente que la modificación o sustitución de medidas tiene una naturaleza instrumental para alcanzar aquella finalidad de la reinserción social y no la de una medida de economía penal, como se ha dicho, para terminar con una sanción innecesaria porque ya cumplió con sus finalidades.

Como se señaló al examinar la historia del precepto, aún cuando el actual Art. 53 de la LRPA haga ahora una referencia más genérica al criterio de que la sustitución “parezca más favorable para la integración social del adolescente”, es claro que con ello no sólo se incluyen los casos en que el cambio será favorable porque el adolescente ha dado cuenta, con sus avances, que está preparado para él, sino también, como en el caso de la regulación de Costa Rica, cuando seguir adelante con la ejecución, ya sería contrario – un obstáculo – al proceso de integración social.

La regulación que la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica hace de la facultad judicial de modificar y sustituir sanciones difiere, en cambio, en un punto importante de la que su Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juveniles hace de los permisos de salida y beneficios penitenciarios. Si en el primer caso no parecen desempeñar ningún papel la buena o mala “conducta” (la mala conducta de un adolescente en conflicto bien podría ser un indicador de que la sanción no está logrando cumplir con su fin resocializador), en la Ley de Ejecución, en cambio, aun cuando no se impide directamente a los adolescentes el acceso a permisos de salida por el hecho de haber tenido problemas disciplinarios, la comisión de faltas disciplinarias sí puede ser sancionada con la restricción de ciertos derechos, entre ellos, los permisos de salida, incentivos del plan y beneficios penitenciarios, lo que es una versión más moderada de la relación entre disciplina y acceso a beneficios.

#### c) Breve excurso sobre sustitución de las sanciones no privativas de libertad

Respecto de las sanciones no privativas de libertad las cuestiones examinadas en relación con la sustitución de sanciones, prácticamente no se presentan, o lo hacen de manera muy distinta.

Así, la cuestión de si un término anticipado de las sanciones de esta naturaleza (piénsese en la libertad asistida) afecta al “mínimo preventivo general” casi no viene al caso: la conveniencia preventivo-especial parece ser prácticamente la única consideración sensata a tener en cuenta en sede de control judicial de la ejecución, si se tiene en cuenta que ya en la fase de imposición judicial de la pena se renunció drásticamente a buscar un efecto preventivo-general significativo, en aras de una respuesta orientada fundamentalmente a la inserción social. Así, lo que se decida en esa fase sólo de manera muy atenuada puede tener consecuencias para la prevención general.

Menos sentido tiene aún preguntarse si la prevención especial negativa tiene un papel en las decisiones de sustitución de sanciones no privativas de libertad (que ciertamente no “sacan de circulación” al condenado).

En cambio, la cuestión de si lo decisivo para la sustitución es que el adolescente ya haya alcanzado los objetivos preventivo-especiales de su plan o que exista un pronóstico de que será más favorable para su integración social sustituir la sanción (por ej., de libertad asistida) por otra (por ej., servicios en beneficio de la comunidad), bien podría ser relevante para las sanciones no privativas de libertad, y teóricamente se puede plantear en términos similares a

los expuestos para las sanciones no privativas de libertad. Sin embargo, como se apreciará al analizarse la remisión del resto de condena, en la práctica, la pregunta de si conviene a la integración social del adolescente seguir adelante con una sanción, por ejemplo, de libertad asistida, después de un determinado tiempo de ejecución, desde el punto de vista político criminal debería ser tratada más bien como una pregunta de remisión, y no como una de sustitución. La pregunta, respecto de quienes están en libertad, es más bien si se justifica o no continuar con la intervención, y no tanto si acaso conviene que la intervención – en libertad – se produzca bajo otra modalidad. De hecho, respecto de quienes están siendo objeto de una intervención en libertad, la pregunta realmente relevante es si acaso se justifica – bajo ciertos supuestos, que se discuten a propósito del quebrantamiento – sustituir dicha forma intervención por una más intensa, en privación de libertad.

En cualquier caso, para los raros casos en que se plantee la cuestión de la sustitución – y no derechamente la de la remisión – respecto de una sanción ambulatoria en ejecución, fluye del análisis efectuado más arriba que la prevención general prácticamente no tiene ningún papel que cumplir (no hay un “mínimo preventivo general” que satisfacer previamente), frente al enorme peso que tiene el interés preventivo-especial positivo, que prácticamente pasa a ser lo único que interesa. Con ello no se quiere decir que este tipo de sanciones no tengan un propósito (y un efecto) preventivo-general marginal (de hecho, más bien de prevención general positiva – como “pacificación del conflicto” – que negativa), sino más bien que, la decisión de sustitución, tal como la regula el Art. 53 deja, en sede de control judicial de la ejecución, como único interés a tener en cuenta, lo que “sea más favorable para la integración social” del adolescente condenado.

A su vez, en esos raros casos, en que se plantee la sustitución, tampoco tiene sentido plantear como requisito para concederla, que el adolescente ya haya cumplido con su plan, pues en tal caso ciertamente deberá procederse a una remisión. Por el contrario, y tratándose de una sanción impuesta originalmente (únicamente) para favorecer la integración social, el sólo hecho de que la ejecución no parezca estar siendo el mejor escenario para alcanzar ese objetivo, es suficiente –y es lo decisivo – para decidir una sustitución, si no acaso – como se ha dicho – una remisión, por lo menos en los casos en que ya se ha cumplido un tiempo razonable de ejecución.

### **3.3. Síntesis y conclusiones**

1. El conflicto resuelto al decidir si sustituir o no una sanción es un conflicto distinto del que se decidió al determinar la naturaleza y cuantía de la sanción. Esa diferencia explica que el legislador haya escogido un tribunal distinto para resolver uno y otro conflicto.

2. Al resolver sobre una sustitución, la consideración central, que aparece claramente en un primer plano (incluso ya en el tenor literal del Art. 53 de la LRPA), debe ser la elección de la situación “más favorable para la integración social del adolescente”; en cambio, en la decisión judicial que consistió en la determinación de la naturaleza y cuantía de la sanción a imponer, pese a que también está regida por una prioridad *prima facie* de la prevención especial positiva (idoneidad de la sanción para la inserción social), los fines asociados a la gravedad del injusto culpable cometido eran también muy relevantes.

3. Sin perjuicio de esa clara centralidad de la prevención especial positiva en las decisiones sobre sustitución, ellas no pueden ignorar, frente a injustos culpables muy graves, la necesidad de asegurar un mínimo efecto preventivo-general.

4. Para decidir cuándo se encuentra satisfecho ya el “mínimo preventivo-general”, puede ser razonable funcionar, no con una porción fija (que el legislador chileno derechamente desechó), pero sí con un cierto margen: entre una cuarta parte y un tercio de la pena, ya se está en el margen que podría ser suficiente como mínimo preventivo-general.

La proporción exacta puede depender de consideraciones que atienden a la cuantía de la sanción original – en la medida que ya refleje una renuncia preventivo-general realizada por el tribunal de fallo – y a la capacidad de la sanción sustituta para satisfacer todavía de modo relevante los objetivos preventivo-generales – mayor en el régimen semicerrado o en la sustitución condicional, que en la libertad asistida o la sustitución simple –, capacidad que incluso podría justificar una sustitución más temprana (una sustitución condicional, por régimen semicerrado podría ocurrir mucho antes de haberse cumplido un cuarto del tiempo de ejecución).

5. Una vez cumplido dicho “mínimo preventivo-general” la decisión sobre sustitución debe seguir criterios puramente preventivo-especiales, siendo esencial que se cuente con un “buen pronóstico” sobre el efecto que tendrá, en las posibilidades de integración social del adolescente, la sustitución de la sanción.

6. La existencia de un “buen pronóstico” supone un juicio relativo (no absoluto), que implica comparar el efecto que seguramente tendría – sobre las posibilidades de integración social del adolescente – continuar con la ejecución de la sanción de encierro, con el efecto que seguramente tendría recurrir a la sanción sustituta.

7. En ambos casos, la anticipación de cuál será el efecto probable de una y otra medida,

debe considerar las condiciones reales de los centros y programas, muy particularmente las condiciones en las que el adolescente se encuentra en el centro penitenciario, así como las posibilidades concretas que efectivamente se le ofrecen en tal centro para alcanzar la integración social. Apelar, en cambio – para denegar una sustitución – a la capacidad hipotética del centro de internación cerrado para reinsertar socialmente, supuesta a partir de la definición legal y reglamentaria de la sanción (internación en régimen cerrado “con programa de reinserción social”), sería un recurso argumental que no justificaría racionalmente la decisión de renunciar a una sustitución que concretamente parece más favorable para ese fin.

8. Dado su carácter relativo, el “buen pronóstico” sobre el efecto que tendrá la sustitución no sólo se dará cuando – positivamente – la sanción sustituta ofrece claras ventajas frente a la sanción de encierro, de cara a la integración social del adolescente, sino también cuando esta sanción – negativamente – presenta claras desventajas (por ejemplo, efectos contraproducentes) frente a la sanción sustituta, de cara a dicho fin.

9. El juicio en que se debe basar la decisión sobre sustitución es, por todo lo dicho, prospectivo, de modo que no se refiere directamente al comportamiento pasado del adolescente ni al avance que ha alcanzado en el cumplimiento de su plan durante el encierro, sino a los efectos que se espera que sobre su integración social tendrá (en el futuro inmediato y de mediano y largo plazo) la decisión de sustituir o no.

10. No obstante ello, indirectamente, como antecedentes para realizar el pronóstico (prospectivo, por definición), los avances en el plan y la conducta del adolescente podrían ser indicios relevantes, sin desconocerse que las conclusiones a que ellos conducen pueden ser ambivalentes (por ejemplo, cuando la “mala conducta” da cuenta de la capacidad para enfrentar conflictos con autoconciencia, o de falta de familiaridad con, y de aceptación de, la cultura carcelaria).

11. A su vez, el temor fundado (o pronóstico) de reiteración delictiva no es un criterio autónomo (o directo) de decisión al resolver sobre la sustitución de sanciones, y la prevención especial negativa no es un fin inmediato de las sanciones privativas de libertad. Pero indirectamente, como un indicador de que la sustitución no será “favorable para la integración social”, porque seguramente el adolescente no saldrá a integrarse a la sociedad, en una vida sin delitos, es un elemento que puede influir en la decisión.

12. Sin embargo, el pronóstico de reiteración no puede basarse simplemente en el historial delictivo previo del adolescente (inmodificable para él), sino en antecedentes concretos sobre



hecho sucedidos durante la ejecución. Además, la prioridad a favor de una apuesta por la inserción social en la libertad, y el criterio de que la privación de libertad dure el menor tiempo posible (CDN) y la libertad anticipada se conceda lo más pronto posible (Reglas de Beijing), obligan a tomar mayores riesgos y confiar en que el adolescente que, alguna adhesión manifiesta hacia el objetivo de una vida en libertad sin delitos (aún sin tener un buen pronóstico objetivamente), logrará hacerlo.

13. Tratándose de la sustitución de sanciones no privativas de libertad, no viene al caso oponer una supuesta necesidad de preservar un “mínimo preventivo general” a una sustitución que es necesaria para la integración social del adolescente. En estos casos, la sustitución ya procede por el sólo hecho de que exista un escenario más conducente a ese fin que el escenario ofrecido por la sanción impuesta originalmente. Sin perjuicio de ello, en la mayoría de los casos, la conveniencia de modificar ese escenario – sobre todo si ya se ha cumplido con un tiempo razonable de ejecución – será en realidad una razón para plantearse derechamente la posibilidad de una remisión del resto de condena.

## **4. Resolución de los problemas interpretativos relativos a la remisión del resto de condena**

### **4.1. Determinación de los objetivos de la sanción, sujetos a evaluación**

Como se señaló al comienzo de este trabajo, en materia de remisión se plantea la cuestión de si “los objetivos pretendidos con su imposición” (Art. 55 LRPA), que el tribunal de control de la ejecución debe evaluar si ya se han cumplido o no, se refieren únicamente (o principalmente) a los objetivos de prevención especial positiva o si acaso también a los que dependen más directamente de la gravedad del delito (prevención general positiva y negativa, retribución, en su caso).

La cuestión no ha sido planteada abiertamente a nivel de la jurisprudencia, ni ha sido objeto de estudio por la incipiente doctrina nacional. Pero del análisis hecho más arriba, respecto de los fines buscados por la ejecución de las sanciones penales de adolescentes, así como del análisis particular de los problemas vinculados con la sustitución de sanciones, pueden derivarse unas pautas interpretativas que orienten la solución de los casos de remisión.

En cualquier caso, para el análisis y resolución de esta cuestión, debe notarse que los términos en que se plantea el asunto son relativamente diferentes según se trate de sanciones privativas de libertad y no privativas de libertad.

a) Cumplimiento de los objetivos de las sanciones privativas de libertad

***Evaluación del cumplimiento de los objetivos preventivo-generales. El “mínimo preventivogeneral” en la remisión.***

La peculiaridad respecto de la remisión de este tipo de sanciones consiste en que la propia LRPA ha establecido un límite preventivo-general al empleo de esta facultad judicial, en el inc. 2º del Art. 55:

Tratándose de una sanción privativa de libertad, la facultad de remisión sólo podrá ser ejercida si se ha cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta.

De modo que la pregunta es si acaso, una vez cumplida la mitad del tiempo de condena, las consideraciones preventivo-generales deben tenerse por satisfechas, y el tribunal debe sólo considerar los objetivos preventivo-especiales, o si todavía debe el tribunal atender adicionalmente a los objetivos preventivo-generales (o a las supuestas necesidades retributivas), descartando por ejemplo una remisión en atención a que aún queda un plazo muy elevado de pena por cumplir (supóngase que ha cumplido sólo 5 de 10 años).

***Falta de claridad del “sentido de la ley”***

Del tenor literal de la disposición parece poder desprenderse con facilidad que “los objetivos pretendidos con su imposición” son todos ellos (preventivo-especiales y generales) y no sólo algunos (preventivo-especiales). Y analizando la disposición en el contexto de la LRPA, resultaría que en el caso de las sanciones privativas de libertad, se trata necesariamente tanto de objetivos preventivo-generales (o retributivos, para quien entienda que esa es la necesidad surgida por los delitos graves) como preventivo-especiales.

En efecto, si el tribunal ha escogido una sanción privativa de libertad de los tramos segundo a cuarto del Art. 23 de la LRPA, lo ha hecho venciendo la preferencia prima facie establecida por el Art. 26, inc. 1º, de la LRPA a favor de las sanciones no privativas de libertad (Couso, 2009b), precisamente porque en tal caso han pesado mucho en la ponderación los intereses preventivo-generales.

Si la sanción fue impuesta a partir del tramo primero del Art. 23, tramo respecto del cual ya

para el propio legislador los objetivos preventivo-generales fueron determinantes de su decisión de forzar la imposición de una sanción de encierro (en régimen cerrado), entonces es claro que la condena del tribunal necesariamente sirve también a ese objetivo (junto con los objetivos preventivo-especiales). Más aún, si el tribunal fija una cuantía superior a la mínima exigida por la ley para la duración del régimen cerrado (dos años), entonces es evidente que la imposición de la sanción “pretende” objetivos preventivo-generales aún por encima de aquel mínimo asegurado por el legislador.

Sin embargo, si los objetivos preventivo-generales “pretendidos con su imposición”, y que deben encontrarse cumplidos para que el tribunal pueda decretar la remisión del resto de condena, recién se agotasen con el cumplimiento total de la cuantía fijada a esos efectos por el tribunal que impuso la sanción, entonces nunca podría tener lugar la remisión. Identificar las necesidades preventivo-generales del caso con la cuantía total de la sanción fijada por la sentencia que la impuso, conduce a un absurdo, que deja sin aplicación el Art. 55 de la LRPA.

¿Qué sentido tiene entonces, la exigencia de que se encuentren cumplidos esos objetivos preventivo-generales?

Una opción es suponer que el tribunal de control de la ejecución puede ex-post facto, desde que la sanción ya lleve la mitad de tiempo de cumplimiento, volver a evaluar cuál es la necesidad preventivo-general de pena en el caso, para decidir “en base a antecedentes calificados”, caso a caso, si acaso esas necesidades son ahora menores que al momento de la condena. Esa alternativa interpretativa es tentadora, pero debe descartarse. La razón para descartarla es que la decisión judicial acerca de cuáles son las necesidades preventivo-generales de pena existentes o “remanentes” en un caso, inferidas directamente “de la sociedad” (son necesidades sociales, de intimidación o de restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma), fuera de un proceso formal de calificación de la gravedad del injusto penal culpable (que es el que tiene lugar al momento de imponer la condena), es necesariamente – como se indicó más arriba – una decisión arbitraria (vid. también Couso, 2006: 388 ss., 394-396), y tiende a convertirse en pura especulación acerca de las supuestas necesidades o demandas colectivas de pena presentes en la población frente a un caso determinado. Un tribunal no tiene elementos para juzgar racionalmente, y de un modo controlable, si acaso en tal o cual caso las necesidades para la prevención general negativa o positiva son mayores o menores que en el caso de otro injusto penal culpable de similar gravedad, o menores a lo que eran en el mismo caso al momento de la imposición de la condena.

Otra alternativa interpretativa que se abre es suponer derechamente que los intereses preventivo-generales “pretendidos con la imposición” se tienen por cumplidos, al haberse alcanzado el mínimo preventivo-general, justamente con la mitad del tiempo de ejecución, de modo que los únicos objetivos cuyo cumplimiento resta por verificar son los preventivo-especiales. Esa alternativa se apoyaría en la suposición de que las necesidades preventivo-generales de pena disminuyen a medida que se pasa de una fase de operación del sistema penal a la otra, a partir del momento legislativo de las conminaciones penales – en que se requiere un importante efecto preventivo-general –, pasando por el momento de imposición judicial de las condenas – en que se requiere un menor efecto –, para llegar a la fase de ejecución de penas – en que las necesidades de cumplimiento efectivo son menores –.

Sin embargo, aquella alternativa interpretativa resulta algo mecánica al suponer categóricamente una desaparición de las necesidades preventivo-generales de pena a contar de la mitad del tiempo de cumplimiento. Empíricamente ello no parece tener justificación; primero, porque es más razonable suponer que las necesidades preventivo-generales de pena tienden al infinito (ese es uno de sus defectos, desde la perspectiva de los principios de un Estado de Derecho), de modo que, sin perjuicio de que su intensidad sea mayor en la fase de conminación penal, y algo menor en la de imposición, no puede partirse de la base de que simplemente desaparezca cuando se ha ejecutado la mitad de la condena. Ahora bien, podría entenderse que, aunque *empíricamente* no puede partirse de la base de una desaparición categórica de tales necesidades a partir de la mitad del tiempo de ejecución, normativamente la LRPA, en su Art. 55, estaría asumiendo que las necesidades preventivo-generales se deben considerar, a partir de ese momento, como si no existieran. Una desaparición asumida normativamente no tendría por qué justificarse – ni puede rebatirse – en base a un examen de la realidad empírica.

Pero la pretensión de que normativamente para la LRPA desaparecen las necesidades (y los objetivos) preventivo-generales a partir de la mitad del tiempo de ejecución no tiene base en el texto del Art. 55. Y el asunto es que sólo puede asumirse una exclusión normativa de una circunstancia presente en la realidad empírica, si la norma es más o menos explícita en ello. Ese no es el caso, en cambio, respecto de los objetivos preventivo-generales en el Art. 55 de la LRPA. En efecto, como ya se ha señalado, este precepto hace referencia indistintamente a “los objetivos pretendidos con su imposición”, lo que naturalmente hay que suponer referido a todos los objetivos pretendidos, y justamente las sentencias que imponen sanciones de encierro pudiendo no hacerlo, o que lo hacen por extensiones superiores a las mínimas exigidas por (el tramo primero del Art. 23 de) la Ley, han tenido muy en cuenta los objetivos preventivo-generales. Además, la conclusión de que el Art. 55 exige la consideración de crite-

rios preventivo-generales fluye también de su contraste con la regulación que el Art. 53 de la LRPA hace de la sustitución de sanciones que, como se señaló más arriba, explícitamente sólo menciona objetivos preventivo-especiales, al punto de que la exigencia de (sólo) un mínimo preventivo-general, debió deducirse del contexto de la Ley, pues no se desprende de su texto. La diferencia de redacción con el Art. 55 no es casual, pues al legislador aquí no parece haberle importado únicamente (más allá del mínimo preventivo-general) la prevención especial.

Además, una razón de contexto de la Ley puede invocarse para descartar una supuesta negación normativa categórica de los intereses preventivo-generales tras el cumplimiento de la mitad de la condena: si para la LRPA las razones preventivo-especial positivas son, fundamentalmente, una razón para evitar la cárcel (en el Art. 26, inc. 1º, en relación con el Art. 24, f; cfr. Couso, 2009b) o para salir anticipadamente de ella (en el Art. 53, cfr. supra, el análisis de la remisión), entonces no podría el Art. 55 de la misma Ley, sin hacer incurrir a ésta en una contradicción, dirimir la cuestión de quiénes siguen en la cárcel y quiénes se quedan en ella en base a la pura necesidad preventivo-especial positiva de seguir ejecutando la pena (descartada que está – como se vio más arriba – la prevención especial negativa de la inocuización como fin directo de la ejecución), necesidad que se daría en unos casos, y faltaría en otros. Dicho en términos más simples, la tesis que pretendo descartar es incompatible con la afirmación (deducible de los Arts. 26, inc. 1º, y 53 de la LRPA) de que la prevención especial es un límite y no un fundamento del recurso a la cárcel, pues obligaría a que la decisión de quiénes salen y quiénes se quedan en la cárcel dependa de la supuesta necesidad de unos – y no de otros – de continuar recibiendo del centro penitenciario la ayuda que requieren para insertarse socialmente en una vida sin delitos.

En este sentido, al examinar más arriba la regulación alemana de la suspensión del resto de condena, se justificó por qué debe descartarse la tesis de que la prevención especial positiva puede ser una razón, no sólo para conceder esta medida, sino otras veces, también, para rechazarla – cuando el adolescente supuestamente necesita un tiempo más de tratamiento o intervención en el centro privativo de libertad en régimen cerrado para poder integrarse a la sociedad (suposición que se basa en una idealización, en el peor de los sentidos, de las naturaleza y posibilidades del tratamiento carcelario) –. El efecto claramente desocializador del encierro en centros carcelarios hace, como se dijo, que **“apenas si puede imaginarse un caso en que una privación de libertad de más larga duración podría favorecer el desarrollo de un joven”**<sup>56</sup> (Albrecht: 267).

Por ello, la suposición de que la norma excluye categóricamente las consideraciones preventivo-generales en el Art. 55, para las sanciones de encierro, una vez cumplida la mitad del tiempo de ejecución, obliga a una práctica incompatible con la concepción que mantengo – y

<sup>56</sup> La negrilla es mía.

que en mi opinión está en la base del sistema de decisiones sobre determinación y ejecución de pena de la LRPA – sobre la negativa relación entre cárcel y prevención especial positiva, a saber, la práctica de mantener a unos adolescentes internos en la cárcel “para que sigan integrándose socialmente”. Ello sería así, a menos que se decida, consistentemente con aquella concepción, remitir prácticamente todas las penas de encierro apenas se cumpla la mitad de su tiempo de cumplimiento<sup>57</sup>. Pero esta otra práctica no parece compatible con la estructura que el legislador dio a la institución de la remisión, como una medida que, en base a “antecedentes calificados” se debe justificar, caso a caso, sobre la base de un examen particular.

Hay una última alternativa de explicación acerca del papel de las consideraciones preventivo-generales en las decisiones de remisión. Ella se ubica dentro de la tesis de que lo que ocurre en la fase de ejecución, no es que cambien los intereses preventivos en juego, sino que cambian los términos, el peso relativo, con que ellos deben ser considerados; de modo que en la fase de ejecución corresponde realizar una “ponderación diferenciada”, que pone a la prevención especial muy en primer plano (Roxin: §3 nm 41), sin excluir a la prevención general.

Así, durante la ejecución, las necesidades preventivo-generales no desaparecerían, sino que su peso e importancia se vuelven cada vez menores, frente al peso y la importancia cada vez mayores del interés en preparar al adolescente para una vida futura sin delitos, en el medio más idóneo para ello: el medio libre.

Pero justamente esta concepción de la “ponderación diferenciada” es la que conducía a afirmar la clara primacía *prima facie* de los intereses preventivo-especial positivos durante la ejecución, que sólo puede vencerse a favor de los intereses de prevención general cuando ello es indispensable para asegurar el “mínimo preventivogeneral”. Entonces, en un razonamiento que casi parecería circular, ¿no ocurre con la ejecución de la mitad del tiempo de condena que precisamente ya se alcanzó dicho “mínimo preventivogeneral” y corresponde honrar la primacía de los intereses de prevención especial?

Y si ello es así, ¿no es contradictoria la tesis del “mínimo preventivogeneral” con la exigencia de que se cumplan “íntegramente” (no sólo en el “mínimo”) los objetivos preventivo-generales?, ¿a cuál de las dos soluciones obliga el Art. 55 de la LRPA como presupuesto de la remisión?

En mi opinión, a partir del análisis realizado hasta ahora, la estructura del Art. 55 obliga más bien a seguir la tesis del “mínimo preventivogeneral”, pero impide identificar en todos los casos

---

57 Salvo los casos extremos en que la probabilidad, rayana en la certeza, de que el adolescente saldrá de la cárcel a seguir delinquiriendo, permita excluir la presunción (en todos los demás casos justificada) de que su puesta en libertad favorecerá su inserción social a través de una vida sin delitos.

dicho mínimo con la mitad del tiempo de cumplimiento. En particular – como también ocurre en cierta medida con la sustitución de sanciones (ver supra) –, en ciertos casos hace exigible revisar si acaso, de acuerdo con el razonamiento hecho por el tribunal que impuso la sanción (el que fijó los “objetivos pretendidos con su imposición”), la cuantía de la pena de encierro impuesta ya contenía una renuncia relevante al interés preventivo-general, en aras de la necesidad de prevención especial. Cuando así sea, el “mínimo preventivogeneral” considerado por el tribunal en la fase de imposición de la sanción deja menos margen de reducción para la fase de ejecución. Pues si bien puede partirse de la base de que tales “mínimos” no son los mismos en cada una de estas dos fases (pues el interés preventivo-general disminuye en importancia y peso en la ejecución), lo cierto es que los tribunales que imponen sanciones, por delitos similares en gravedad, llegan a diversos “mínimos” (a veces, en realidad, buscan más bien “máximos”), en ocasiones dependiendo de la importancia que le asignaron al interés preventivo-especial en reducir el potencial efecto desocializador de un encierro muy prolongado.

Siendo que las magnitudes de pena impuestas como condena reflejan grados diversos de atención al interés preventivo-general, entonces no resulta razonable suponer que la mínima necesidad preventivo-general en la ejecución se satisface siempre con la misma magnitud (la mitad). En ocasiones, cuando el tribunal de fallo realizó una importante renuncia, fijando la sanción realmente en un mínimo, es más razonable suponer que en la fase de ejecución, aún cuando el “mínimo” puede ser inferior, no puede alejarse demasiado de una cuantía que ya reflejaba una importante concesión al interés preventivo-especial.

Así, por ejemplo, si dos adolescentes han cometido a la misma edad sendos delitos de robo con violencia, de características de gravedad semejantes, siendo uno condenado a 4 años de internación en régimen cerrado, y el otro, en atención a la necesidad (justificada en base a razones atendibles) de asegurar su más pronta inserción social en el medio libre, a una sanción de 2 años de internación en régimen cerrado, entonces, la afirmación de que el mínimo preventivo-general, a efectos de la remisión, se debe tener por cumplido necesariamente a la mitad del tiempo de condena parece mucho más plausible respecto de la primera condena – en que dicha proporción se alcanza a los dos años –, que respecto de la segunda – en que dicha proporción se alcanza al año –. Pues no se entiende que injustos penales culpables de gravedad equivalente planteen necesidades de un mínimo efecto preventivo-general tan diversas. Si la diferencia de pena impuesta al momento de la condena tuviese alguna justificación, ella se encontraba en el peso que en cada caso se concedió a los objetivos preventivo-especiales, atendidos los antecedentes de cada adolescente, pero no en la diversa necesidad preventivo-general que cada caso planteaba.

Así, volviendo al Art. 55 de la LRPA, la evaluación de si acaso están cumplidos los objetivos buscados con la imposición de una sanción de encierro se refiere tanto a los preventivo-especiales como al “mínimo preventivo-general”, entendiendo que, en principio, este mínimo está satisfecho con la mitad del tiempo de cumplimiento, pero que, excepcionalmente puede no estarlo, cuando la cuantía fijada por el tribunal ya refleja una importante renuncia preventivo-general, de modo que el tiempo de cumplimiento efectivo no podría alejarse tanto de dicha medida.

Esa alternativa, como señalé, es la más coherente con la estructura de la remisión en el contexto de la LRPA, que: 1º, impide identificar la magnitud de los objetivos preventivo-generales, que deben haberse cumplido, con la cuantía fijada originalmente (pues en tal caso, nunca podría aplicarse la remisión); y 2º, impide tener por cumplidos dichos objetivos – en todos los casos – una vez alcanzada la mitad del tiempo de ejecución, pues ello obligaría a una de dos alternativas, ambas incompatibles con la remisión y la LRPA: o se remite automáticamente todos los casos al cumplirse la mitad del tiempo de ejecución (lo que es contradictorio con la decisión de la remisión en base a antecedentes calificados, evaluados caso a caso), o se decide caso a caso en base a la pura necesidad preventivo-especial, negando lugar a la sustitución en todos los casos en que, supuestamente, el adolescente necesita más tiempo de encierro para integrarse socialmente, suposición – esta última – que implicaría un cambio radical en la concepción sobre la relación entre cárcel e integración social que subyace a la LRPA, conforme a la cual la integración social se debe buscar más bien renunciando a la cárcel o reduciendo su duración al mínimo posible (“último recurso” y “por el período más breve que proceda”), que recurriendo “generosamente” a ella. En términos de la teoría de los fines de la pena, la relación entre cárcel y prevención especial, en la LRPA, se explica mucho mejor por la denominada “prevención especial de la no- desocialización”, como límite de la pena, que por la denominada “prevención especial positiva”, como fin de la pena (Couso, 2009a: passim).

### ***Evaluación de los objetivos preventivo-especiales***

Por lo que respecta a la evaluación del cumplimiento de los objetivos preventivo-especiales, cabe destacar aquí algunas diferencias y semejanzas con la evaluación preventivo-especial que procede para la sustitución de sanciones.

Ya del tenor literal del Art. 55 de la LRPA se desprende, como se indicó más arriba, que en este caso se está ante una evaluación retrospectiva sobre objetivos cumplidos. Esa es una



diferencia clara con el pronóstico – necesariamente prospectivo – que corresponde realizar en la sustitución.

Con todo, debe tenerse presente que los objetivos preventivo-especiales buscados por la sanción tienen que ver con la integración social del adolescente en el medio libre, a través de una vida futura sin delitos; son “objetivos”, no “actividades”, por lo que su cumplimiento no se verifica realizando un “check-list” a partir de la agenda de compromisos formales asumidos por el adolescente, sino que se verifica examinando si acaso (con o sin cumplimiento estricto de esa “agenda”) la intervención ha alcanzado logros sustanciales que permitan esperar, para el caso de una puesta en libertad anticipada, una integración social del adolescente mediante una vida futura sin delitos.

Por ello, pese a la orientación retrospectiva de la evaluación (¿cómo le ha ido al adolescente en el cumplimiento de los objetivos preventivo-especiales?), la conveniencia preventivo-especial de ponerlo en libertad anticipada inevitablemente supone una mirada hacia el futuro inmediato (¿cómo le irá al adolescente en su inserción social sin delitos, si lo ponemos en libertad ahora?). En ello hay una semejanza con el juicio que corresponde realizar para decidir una sustitución.

En todo caso, aquellos logros sustanciales, que se proyecten positivamente hacia el futuro, no deben confundirse con un “cambio interno” del adolescente. La autonomía moral del adolescente (reconocida cada vez más como un límite a la pretensión “educativa” o “socioeducativa” de las sanciones penales de adolescentes<sup>58</sup>) le debe hacer inmune frente a pretensiones estatales de modificación de su personalidad y creencias. Al Estado debe bastarle con la adecuación externa del adolescente a las normas penales, de modo que si, sin entrar a examinar la “sinceridad” de las convicciones “pro-sociales” del adolescente, sus avances objetivos hacen previsible que en libertad se comportará exteriormente respetando las prohibiciones penales, debe concluirse que el pronóstico es positivo. Así, el adolescente autor de un robo con intimidación, que robó para procurarse dinero para consumir drogas, y que durante la ejecución de la sanción superó su dependencia de las drogas, completó su educación y aprendió un oficio rentable, objetivamente cuenta con logros que permiten sostener un buen pronóstico de inserción social llevando una vida sin delitos, aun cuando un “diagnóstico pericial” dé cuenta de que su actitud revela “cinismo” frente a la justicia y sus instituciones, “resentimiento” por la pena a la que fue sometido y una supuesta “falta de empatía” con el sufrimiento ajeno.

---

58 Cfr. lo señalado supra, en el apartado “Reintegración social y legitimación del Estado para una educación coactiva” sobre la evolución del Derecho penal juvenil alemán a este respecto.

De la orientación necesariamente prospectiva, que mediatamente debe acompañar a una atención inmediata hacia lo retrospectivo (evaluamos los logros alcanzados para averiguar si en el futuro le irá bien), se derivan otras importantes coincidencias con el tipo de juicio descrito para la sustitución, así como un criterio para delimitar los casos que ameritan sustitución de aquellos que ameritan remisión:

1° No interesa la buena conducta del adolescente, y ni siquiera el cumplimiento riguroso de las actividades contempladas en el plan, sino como indicio o antecedente de que hay logros sustanciales en los objetivos preventivo-especiales; pero bien puede ocurrir entonces que, pese a que la conducta no ha sido ejemplar o que no todas las actividades se han cumplido rigurosamente, otros indicios y antecedentes dan cuenta de que los objetivos preventivo-especiales se han alcanzado sustancialmente, de modo que puede esperarse que en libertad (un escenario muy distinto al de la vida en la cárcel) el adolescente se integrará socialmente mediante una vida sin delitos.

2° El juicio de pronóstico (prospectivo) necesariamente es relativo: la conveniencia de una remisión no depende de la certeza de que el adolescente no cometerá delitos, sino de que eso es más probable si ahora se remite la sanción a que si se sigue ejecutando la sanción, atendidas las condiciones reales del centro y la situación real del adolescente en el mismo. Este carácter relativo del pronóstico permite, al igual que en el caso de la sustitución, conceder una remisión, no obstante el temor fundado de que el adolescente podría volver a delinquir, si no obstante ello, las posibilidades de una vida futura sin delitos son mayores poniendo término al encierro ahora (al solicitarse la remisión) en comparación con las que es dable esperar en caso de continuar con la ejecución por más tiempo, comparación que debe realizarse atendiendo la confianza "normativa" de la LRPA de que en principio la libertad del adolescente será más favorable para su inserción social. Con todo, esta disyuntiva, así planteada, entre remisión y ejecución, es incompleta, pues el tribunal en estos casos siempre cuenta con una tercera alternativa a considerar en este juicio de pronóstico relativo: la de sustituir la sanción por otra.

3° Para discriminar entre casos que ameritan sustitución y los que ameritan remisión, es necesario jugar con tres escenarios futuros al decidir sobre una solicitud de remisión: ¿qué será más conveniente para la inserción social del adolescente mediante una vida sin delitos: seguir ejecutando la pena en las condiciones actuales, dejarlo en libertad sin imponerle una sanción sustituta o dejarlo en libertad pero sujeto a una sanción sustituta? Al decidir sobre esas alternativas, no se puede partir de la base de que a todos los adolescentes les conviene seguir sujetos a una sanción (como la libertad asistida) para mejorar sus posibilidades de llevar una

vida futura sin delitos; como se verá, también las sanciones no privativas de libertad pueden ser contraindicadas en ciertos casos, cuando hay riesgo de "sobreintervención", que debe evitarse por razones de "prevención especial de la no-desocialización" (cfr. Couso, 2009a: 223, citando a Cury, si bien en relación con la ejecución penitenciaria). Además, la cuestión de si conviene más a la prevención especial positiva sustituir o remitir la sanción realmente se plantea en estos términos si ya se considera que el mínimo preventivo-general para la remisión está satisfecho. De lo contrario, es posible que la preferencia por la sustitución de sanciones oculte la preocupación del tribunal por el efecto de prevención general, pues dicho tribunal en realidad no considera satisfecho el mínimo preventivo-general necesario para la remisión en este caso, sino sólo el necesario para la sustitución. Pero es importante plantear entonces las cosas en esos términos: no conviene remitir, sino sólo sustituir, no porque esta alternativa parezca más conveniente, en base al diagnóstico técnico, para que el adolescente lleve una vida futura sin delitos, sino porque la remisión en estos momentos puede ser vista como una mala señal, por otros adolescentes, o por la comunidad preocupada por el bajo tiempo de cumplimiento de las sanciones de adolescentes.

4° El temor fundado de que el adolescente puede cometer delitos en caso de ser liberado, si se convierte en una probabilidad rayana en la certeza (que vence la confianza normativa de la LRPA en que si se le da al adolescente una oportunidad de vivir en libertad, seguramente se insertará en la sociedad sin delitos), entonces impide tanto la sustitución cuanto la remisión; esta última, porque la dimensión prospectiva del juicio de cumplimiento de objetivos preventivo-especiales obliga (¡aún pese a la buena conducta del adolescente y a su cumplimiento de las actividades del plan!) a atender a la capacidad predictiva de los avances en el plan respecto de una efectiva inserción social en libertad sin delitos.

#### b) Cumplimiento de los objetivos de las sanciones no privativas de libertad

##### ***¿Es necesario un "mínimo preventivo-general" en las sanciones ambulatorias?***

Las sanciones no privativas de libertad tienen, ciertamente, una capacidad relativamente baja de satisfacer objetivos de prevención general, si se las compara con las de encierro. Sin embargo, sobre todo pensando en la prevención general positiva (efecto de pacificación del conflicto o de confirmación de la vigencia de la norma y del ordenamiento jurídico), no debe despreciarse el efecto simbólico de que, "a su manera", los adolescentes también cumplan con una sanción que los hace responsables. Este efecto se aprecia mejor si se imagina el escenario de una completa despenalización de los delitos de menor gravedad cometidos por

adolescentes, que seguramente daría lugar a una importante “conmoción en la conciencia jurídica de la colectividad”.

Pero también es cierto que el efecto simbólico de estabilización de las expectativas de mantenimiento de la vigencia de las normas a través de la intervención penal sobre los delitos de menor gravedad, en buena medida depende (como el propio efecto intimidatorio) de la intervención del sistema penal formal, previa a la ejecución (detención, citaciones, audiencias, condena), o alternativa a la condena (suspensión condicional, control de las condiciones), y no sólo (¿ni principalmente?) a través de la ejecución de las sanciones que eventualmente se impongan al adolescente.

No obstante ello, es razonable partir de la base de que una masiva falta de cumplimiento de las sanciones ambulatorias también debilita el efecto preventivo-general del sistema de sanciones de la LRPA, que, si bien en menor medida que las sanciones de encierro, también necesita “ser tomado en serio”.

Pero estas consideraciones son todavía demasiado indiferenciadas. Pues al examinar las particularidades de diversas sanciones como la Reparación del Daño, los Servicios en Beneficio de la Comunidad (SBC) y la Libertad Asistida, resulta que el interés en el cumplimiento efectivo de las mismas es comprensiblemente distinto.

En efecto, en la sanción de los SBC, es más dable esperar que el incumplimiento, o un bajo nivel de cumplimiento, amenazan con restar seriedad a la sanción, haciendo debilitarse el efecto simbólico de que los adolescentes “a su manera” responden por sus delitos. Los SBC parecen tener, en ese sentido, un mayor rendimiento preventivo-general (si bien no demasiado alto), en comparación con una sanción como la Libertad Asistida.

Con todo, a la hora de evaluar la conveniencia de una remisión de una sanción de SBC, por “cumplimiento de los objetivos pretendidos con su imposición”, no se puede llegar a conclusiones más estrictas, acerca de lo necesario para asegurar el “mínimo preventivo-general”, que las alcanzadas para la remisión de las sanciones de encierro. Al contrario, el límite de cumplimiento de la mitad de la cuantía, impuesto por el Art. 55 de la LRPA, sólo rige para las sanciones privativas de libertad, no así para las sanciones ambulatorias como los SBC. De modo que es perfectamente posible concluir que, antes de cumplir con la mitad de la duración fijada (en horas) por el tribunal, se puede tener por satisfecha la – relativamente baja – necesidad preventivo-general de un nivel de cumplimiento que conserve la seriedad de la sanción.

Por su parte, en lo que atañe a la prevención especial, si bien no es claro que esta sanción se proponga objetivos preventivo-especial positivos, sí es necesario velar porque no tenga un efecto desocializador (es decir, atender a la “prevención especial de la no-desocialización”, como límite), efecto desocializador que puede temerse – sobre todo, respecto de adolescentes sin experiencias previas en el sistema penal de adolescentes – de toda intervención formal del sistema penal. Ese efecto puede producirse, directamente, por una intervención excesiva que estigmatice socialmente al condenado como “delincuente”, e indirectamente, cuando el incumplimiento de la sanción se sanciona como un quebrantamiento, con sanciones que implican una intervención más intensa que, fuera de estigmatizar al adolescente, lo expone al contacto con condenados eventualmente más vinculados al mundo delictual.

Así, también respecto de una decisión sobre remisión de unos SBC a medio cumplirse, las razones de “prevención especial de la no desocialización” vienen al caso, conjuntamente con las consideraciones sobre mínimo preventivo-general. Esas razones pueden hacer aconsejable terminar “a tiempo” unos SBC impuestos a un adolescente que, alguna disposición a cumplir demostró, y “algo hizo”, si, por ejemplo, al adolescente, por sus escasas competencias sociales, se le está haciendo cuesta arriba seguir cumpliendo, aún cuando no está en actitud confrontacional con el sistema penal de adolescentes ni ha cometido nuevos delitos. En cambio, si en esas condiciones se pretende seguir adelante con el cumplimiento hasta un punto en que las posibilidades de quebrantamiento se hacen mayores, indirectamente se están creando condiciones que forzarán una mayor intervención y un eventual “quiebre” del adolescente con el sistema penal de adolescentes, del que podría terminar saliendo privado de libertad o prófugo. Todo ello, por un delito de menor gravedad, cuyas necesidades preventivo-generales de cumplimiento no eran mayores.

La ponderación entonces, entre interés preventivo-general en el cumplimiento efectivo, e interés en evitar condiciones que puedan desocializar al condenado, debe reconocer un peso claramente mayor a este segundo interés.

En relación con las sanciones de Reparación del Daño y de Libertad Asistida (simple o especial), por razones distintas en cada caso, el interés preventivo-general que puede estar asociado a ellas no se ve en realidad satisfecho por el cumplimiento efectivo y formal de aquello que se señaló en la sentencia, sino por el logro (aunque sea de forma diversa a la considerada por la sentencia) de los objetivos de satisfacción a la víctima y de prevención especial que, respectivamente, les sirven de fundamento. En efecto, una cualidad de las medidas socialmente vistas como “resocializadoras” o como una adecuada reparación a la víctima, es que hacen disminuir, a veces hasta la desaparición, la necesidad preventivo-general positiva de pena (Jakobs, citado en Couso, 2009a: 222). Por ello, la decisión de remitir debe atender

casi exclusivamente al cumplimiento de los objetivos de reparación o de prevención especial, según el caso.

Así, por lo que respecta a la reparación, si el adolescente, aún sin satisfacer exacta o completamente la prestación señalada por la sentencia, ha procurado, incluso simbólicamente, reparar el perjuicio material o moral causado a la víctima, de una forma que es satisfactoria para ella, entonces la sanción, si no puede tenerse derechamente por cumplida, debería remitirse.

Por su parte, en relación con la sanción de Libertad Asistida, si transcurrido un tiempo parcial de ejecución, el adolescente ha cumplido plenamente con los objetivos preventivo-especiales de su plan, el tiempo de cumplimiento pierde todo valor, a tal punto de que pretender forzar artificialmente ese tiempo, a pretexto de que debe darse también cumplimiento a los "objetivos preventivo-generales", sería sencillamente incomprensible desde el punto de vista de la naturaleza y sentido de la sanción de Libertad Asistida.

Un caso más complejo, y seguramente mucho más frecuente que el anterior, es aquél en que el adolescente, al cabo de un tiempo parcial de ejecución de la sanción de Libertad Asistida - por ejemplo un año de un total de dos -, cumplió con algunos de los objetivos preventivo-especiales pretendidos por la sentencia (y por el Plan de Intervención Individual), pero no con otros, en circunstancias que dadas las condiciones del adolescente y del programa, no es esperable que más tiempo de cumplimiento vaya a producir un mejor resultado preventivo-especial.

En tal situación, a primera vista los términos de la decisión podrían ser los siguientes: si bien más tiempo de cumplimiento seguramente no producirán un mayor logro de objetivos preventivo-especiales, sí podrían producir un mayor logro de objetivos preventivo-generales, siendo que, por lo demás, no se ha cumplido con la exigencia del Art. 55 de la LRPA, que se hayan cumplido los objetivos pretendidos con la imposición de la sanción: ni los preventivo-especiales, ni los preventivo-generales.

### ***Dos objeciones se oponen a tal forma de analizar el problema***

La primera es que la suposición de que más tiempo de cumplimiento de la Libertad Asistida presta algún servicio a la prevención general es francamente dudosa. Cuando ya no hay expectativas serias de que se puede avanzar más en los objetivos preventivo-especiales, el simple hecho de seguir repitiendo las rutinas que ya llevan un año de aplicación convierte al período sucesivo a ese diagnóstico, en un tiempo "vacío", desde el punto de vista de los objetivos que, en la propia percepción pública, son los únicos que justifican la verdadera renuncia preventivo-general realizada por la sociedad (al sancionar a Libertad Asistida en lugar de a encierro) y el esfuerzo del Estado y del adolescente en llevar a cabo un programa de esa naturaleza. En cambio, es dudoso que socialmente se perciba a esas rutinas como una verdadera

medida aflictiva, una pena, en sentido propio. La implementación de un programa de inserción social que no mejorará la inserción social, también por la comunidad puede ser vista más bien como un derroche, un sinsentido.

La segunda es que esa forma de razonar ignora que, desde el punto de vista preventivo-especial, la repetición de una rutina institucionalizada de cumplimiento, más allá del tiempo en que todavía quedaban expectativas serias de que con ello mejorarán las posibilidades de una vida futura sin delito, no sólo no contribuye a la prevención especial, sino que bien puede perjudicar el interés preventivo-especial en la integración social del adolescente mediante una vida sin delitos.

En efecto, a partir del momento en que la ejecución de esta sanción deja de ser un aporte para que el adolescente logre insertarse, más bien puede convertirse en un obstáculo para ello. Las intervenciones pueden ser, en esta materia excesivas, como lo reconocen los propios profesionales a cargo de estos programas (Couso/Pérez, 2005).

Así lo reconoce también una decisión del **Juzgado de Garantía de Osorno**, de fecha 25 de febrero de 2009, que remite el resto de una condena a Libertad Asistida, por la siguiente consideración:

[...] [A]ccede a lo solicitado, en el sentido de que se remite el saldo de pena, 147 días que le quedaban por cumplir en la presente causa, máxime que ya se ha producido un trabajo de intervención de 394 días y **con el objeto de no exponer a una sobre intervención al imputado** [...] [sic].<sup>59</sup>

En efecto, las intervenciones orientadas a la prevención especial positiva pueden ser excesivas tanto por mantener al adolescente durante más tiempo del indispensable vinculado a una institución que a fin de cuentas lo define como delincuente, como por incompatibilidades prácticas entre la actividades de la "rutina" del programa con otra actividades que precisamente forman parte de la vida del adolescente en integración social, libre de delitos (sus estudios, su trabajo, sus relaciones sociales y de pareja). Las intervenciones excesivas incluso terminan desgastando la relación básica en que se apoya el programa de Libertad Asistida: la que debe crearse entre un delegado dispuesto a apoyar en la integración social del adolescente y un adolescente que nota que necesita ese apoyo si va a intentar integrarse socialmente; en cambio, si esa relación se agota en el control del cumplimiento de una rutina inútil, la relación previsiblemente se va a degradar y volverse un lastre, difícil de soportar, que puede terminar conduciendo a un quebrantamiento y a una mayor exposición del adolescente a los efectos criminógenos del sistema penal (Couso/Pérez, 2005). Todo ello, respecto de un adolescente que no ha vuelto a delinquir y que ya ha alcanzado logros razonables (si bien incompletos)

59 La negrilla es mía.

en el plan dirigido a que se inserte en la sociedad, termina siendo un resultado ciertamente contraproducente y contraindicado desde el punto de vista de los objetivos de la sanción, y de la LRPA.

#### **4.2. Síntesis y conclusiones**

1. La remisión de sanciones privativas de libertad debe atender al cumplimiento de objetivos preventivo-especiales y preventivo-generales, pero el principal peso e importancia corresponde a los preventivo-especiales.

2. En esa decisión, la atención a los objetivos preventivo-generales no exige que se encuentren completamente cumplidos, sino tan sólo que se haya alcanzado el mínimo preventivo-general.

3. El mínimo preventivo-general, para las sanciones de encierro, en principio puede tenerse por alcanzado una vez cumplida la mitad del tiempo de cumplimiento, pero ello no siempre será así.

4. El "mínimo preventivogeneral", necesario para proceder a remitir el resto de condena, puede ser superior a la mitad del tiempo de cumplimiento cuando la cuantía fijada por la sentencia al delito, atendida la gravedad el injusto culpable cometido, refleje una importante renuncia preventivo-general hecha por el tribunal de fallo, en aras de la prevención especial; en estos casos, el "mínimo preventivogeneral" en sede de ejecución, aunque siempre menor que el que vinculaba al juez en sede de imposición judicial de la pena, debería acercarse un poco más a este último.

5. El cumplimiento de los objetivos preventivo-especiales supone en la remisión, inmediatamente un juicio retrospectivo sobre los logros alcanzados en el cumplimiento del programa de inserción social, pero que mediatamente consiste también – como en la sustitución –, en un pronóstico (prospectivo) sobre si esos logros permiten esperar en el futuro próximo, una integración social en libertad, sin delitos.

6. En ese pronóstico, como en el que procede para decidir una sustitución, no importan directamente la conducta ni el cumplimiento de actividades del plan (salvo como antecedentes), sino el logro de avances sustanciales, valiosos desde el punto de vista del pronóstico de inserción social. Pero la exigencia de un cambio "interno" del adolescente es incompatible con el respeto de su autonomía moral.



7. También en este caso, como en la sustitución, se trata de un pronóstico relativo, si bien en la comparación debe considerarse, junto con las opciones de remitir o no, la de sustituir la sanción. En este pronóstico también debe partirse de una confianza normativa en que el adolescente podrá insertarse socialmente en libertad, sin delitos, confianza que sólo se vence ante una probabilidad rayana en la certeza de que el adolescente saldrá a continuar una actividad delictiva que tuvo en el pasado.

8. La remisión de sanciones de SBC supone un cumplimiento mínimo de los objetivos preventivo-generales "simbólicos", asociados a la percepción social de que las sanciones ambulatorias, que son una forma especial en que los adolescentes responden por sus delitos, también se cumplen. Pero esos objetivos deben ceder, y bastará con un cumplimiento (muy) inferior en cuantía al exigido para las sanciones privativas de libertad, cuando el riesgo de estigmatización o de quebrantamiento por incompetencias sociales del adolescente, con la consiguiente agravación de la situación penal del mismo, confieran mucho peso al objetivo de prevención especial de la no-desocialización.

9. En el caso de las sanciones de Reparación y de Libertad Asistida, lo que ocurre es que el logro satisfactorio de sus objetivos reparatorios y preventivo-especial positivos, respectivamente, hace disminuir hasta la desaparición cualquier interés preventivo-general. Por ello, la remisión será indicada cada vez que esos objetivos, incluso sin cumplimiento íntegro y preciso del contenido punitivo señalado por la sentencia, se hayan cumplido de modo satisfactorio, sencillamente porque ya no habría ningún interés preventivo-general que se oponga a ello.

10. En el caso de la Libertad Asistida, la remisión también procede cuando el cumplimiento de los objetivos de prevención especial positiva es sólo parcial, y no es dable esperar, en las condiciones reales del adolescente y del programa, que más tiempo de ejecución vaya a incrementar los avances a favor de la integración social. En tales casos, el peligro de una sobreintervención, contraindicada para la prevención especial de la no desocialización, hacen necesaria la remisión.



## Bibliografía

---

- Albrecht, Peter-Alexis (1993), *Jugendstrafrecht*, 2ª edición, Verlag C.H. Beck, München, Alemania y (2000) 3ª edición, Verlag C.H. Beck, München, Alemania.
- Couso, Jaime, (2010) *Facultades judiciales de modificación de sanciones penales de adolescentes. Perspectiva del derecho internacional y comparado*, inédito.
- Couso, Jaime (2009a), *La Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084*, en *Justicia y Derechos del Niño* N° 11, UNICEF, Santiago de Chile.
- Couso, Jaime (2009b), *Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el Artículo 26 de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente*, Documento de Trabajo N° 15, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública.
- Couso, Jaime (2007), *Principio educativo y (re)socialización en el Derecho penal juvenil*, en *Justicia y Derechos del Niño*, número 9, UNICEF, Santiago, Chile.
- Couso, Jaime (2006), *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, Valencia, España.
- Couso, Jaime (1999), *Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?*, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile-UNICEF, Santiago, Chile.
- Couso/Pérez (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.
- Cruz Márquez, Beatriz (2006), *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, España.
- Dünkler/Geng (2007), en Goerdeler/Walkenhorst (editores), *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?*, Forum Verlag Godesberg Mönchengladbach, Alemania.
- Eisenberg, Ulrich (2006), *Jugendgerichtsgesetz*, 11ª Edición, Verlag C.H. Beck, München, Alemania.
- Fiscalía Adjunta Penal Juvenil (2006), *10 años de jurisprudencia penal juvenil en Costa Rica 1996-2006*, Ministerio Público de Costa Rica – Poder Judicial, San José, Costa Rica.
- Goerdeler/Pollähne (2007), en Goerdeler/Walkenhorst (editores), *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?*, Forum Verlag Godesberg Mönchengladbach, Alemania.
- 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*, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 8, Santiago, Unicef, pp. 197-217.

- Historia de la Ley N° 20.084, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>.
- Laubenthal/Baier (2006), *Jugendstrafrecht*, Springer, Berlín – Heidelberg – Nueva York.
- Ornos Fernández, María Rosario (2007), *Derecho Penal de Menores*, 4ª edición, Bosch, Barcelona.
- Roxin, Claus (1997), *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.
- Schaffstein/Beulke (2002), *Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung*, 14ª edición, Kohlhammer, Stuttgart, Alemania.
- Silva Sánchez, Jesús María (1992) *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona.
- Sonnen y Ostendorf (2007), en Goerdeler/Walkenhorst (editores), *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?*, Forum Verlag Godesberg Mönchengladbach, Alemania.
- Strobel, Sonia (2006), *Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe – Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Strafzwecke*, Shaker Verlag, Aachen, Alemania.
- Tiffer, Carlos, (2004) *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada*, 2ª edición, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2004.
- Tiffer, Carlos/Llobet, Javier/Dünkel, Frieder (2002), *Conclusiones*, en Tiffer/Llobet/Dünkel, *Derecho Penal Juvenil*, DAAD, San José, Costa Rica.
- Viana Ballester, Clara y Martínez Garay, Lucía (2006), *El Reglamento de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, en González Cussac /Cuerda Arneu (Coordinadores), *Estudios sobre la Responsabilidad Penal del Menor*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana.

