



DOCUMENTO DE TRABAJO N° 37

DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA LEY N° 20.084 REFORMADA

Jaime Couso Salas

ENERO 2023

Unidad de Defensa Penal Especializada

Departamento de Estudios y Proyectos

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

Consultas sobre este documento:

udpe@dpp.cl

Informe

Determinación de la pena en la Ley N° 20.084 reformada

Jaime Couso Salas*

Objetivo

El objetivo de este informe es ofrecer una interpretación razonable de las nuevas disposiciones sobre determinación de la pena, introducidas por el Congreso Nacional en la Ley N° 20.084 (Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes, LRPA), al aprobar el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Reinserción Social Juvenil (Boletín 11.174-07).

El marco escogido para la interpretación propuesta son los principios y normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), así como el sistema de determinación de penas establecido en la propia LRPA, en aquello que sigue pareciendo constituir su estructura general, no alterada por las modificaciones examinadas. El informe comienza precisamente dando cuenta del contenido del punto de partida escogido, para luego examinar las principales cuestiones interpretativas surgidas de las modificaciones al sistema de determinación de penas de la LRPA, proponiendo soluciones coherentes con dicho marco.

El informe no se refiere a una materia relacionada, y muy relevante, relativa a la revisión judicial de la sanción durante su ejecución, respecto de la cual también se cuenta con nuevas disposiciones. Tampoco trata de una materia aún más cercana a la determinación de penas, relativa a la unificación de penas cuando un adolescente ya condenado por un delito, y con sanción determinada conforme a las reglas de la LRPA, es objeto de una nueva condena, que conduce a la necesidad de unificar la pena merecida por este delito con la que está siendo ejecutada. El informe se agota en el examen de las disposiciones que presiden la imposición de la pena en un único procedimiento.

* Profesor titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales.

Marco del sistema de determinación de penas de la LRPA

El sistema de determinación de penas de la LRPA se enmarca, en primer lugar, en los principios y normas de la CDN y de los demás derechos que a las y los adolescentes les son reconocidos por los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Si bien ello puede concluirse del carácter vinculante que tales instrumentos de conformidad con el ordenamiento constitucional chileno, la LRPA es explícita en enmarcar la interpretación y aplicación de sus disposiciones en tal marco:

Artículo 2º.- Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

En la CDN, el punto de partida, a este respecto, está constituido por su artículo 40, que dispone:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño [...] a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la Sociedad [...]

Se dispondrá de diversas medidas [...] para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

De esta disposición cabe destacar, a la hora de intentar resolver los problemas interpretativos planteados por disposiciones relativas a la determinación de las penas, la exigencia de que

las medidas impuestas -las penas de la LRPA, en este caso- guarden proporción tanto con las circunstancias del adolescente como con la infracción que perpetró.

Este foco en la exigencia de proporcionalidad de las sanciones, por su parte, se deja compatibilizar bien con la estructura general del sistema de determinación de penas de la LRPA, que puede ser calificado como uno fundamentalmente proporcionalista, es decir, una ley que se ocupa especialmente de que la sanción, en términos ordinales, no resulte desproporcionada (ni por exceso, ni por defecto) con respecto a la gravedad de la infracción perpetrada, y que considera los fines socioeducativos de la sanción en el marco y con los límites propios de esa exigencia.

Las modificaciones en examen no alteran esa estructura general. En efecto, el sistema de determinación de penas de la LRPA sigue considerando dos fases, que aseguran tal estructura: una primera fase, dirigida a determinar el marco penal concreto, a saber, un tramo específico de los cinco contemplados por el art. 23 de la LRPA (cada uno, con dos a tres alternativas de pena, según el caso¹), conforme a reglas de proporcionalidad con la gravedad del delito, del derecho penal común y, una segunda fase, destinada a individualizar la sanción concreta a imponer, y su extensión, con criterios propios de la LRPA, considerados en el art. 24, que especifican y equilibran la misma exigencia de proporcionalidad con la infracción con la exigencia de atender las circunstancias del adolescente que inciden en la adecuación de la sanción para su finalidad socioeducativa.

Por su parte, el art. 20 de la LRPA, la disposición sobre la finalidad de las sanciones, define, de forma ecléctica, y sin un determinado compromiso doctrinario, dos grandes finalidades que se insertan cómodamente dentro de esa estructura proporcionalista: la de hacer efectiva la responsabilidad por los hechos delictivos que cometan (una referencia que, bajo cualquier lectura, exige una sanción proporcional con la gravedad de los hechos) y la de dar lugar a una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social (referencia

¹ Incluso en el tramo 1º, en el que puede entenderse que la alternativa bien representada por la pena mixta, de conformidad con el art. 19, inc. 1º, de la LRPA.

que exige atender al impacto positivo que se busca en la vida del adolescente, considerando, necesariamente, sus circunstancias).

Proporcionalidad con la infracción y con las circunstancias del adolescente

Las referencias hechas recién al marco escogido para la interpretación requieren un mínimo desarrollo, en relación con las dos dimensiones de la proporcionalidad a las que se refiere la exigencia del art. 40 de la CDN. Una guía fundada respecto del sentido de esa doble exigencia, en consonancia con los demás instrumentos internacionales aplicables a la justicia penal de adolescentes, y que tiene en cuenta la perspectiva del derecho comparado, se encuentra en los “Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes” (Estándares comunes para Iberoamérica).²

Sintéticamente, los Estándares comunes para Iberoamérica desprenden, de la doble exigencia de proporcionalidad del art. 40 de la CDN, los siguientes estándares específicos, aplicables por los tribunales:³

² Elaborados por el Grupo de Estudios Iberoamericano sobre Justicia Juvenil, del Centro Iberoamericano de Derechos de la Niñez (CIDENI), y disponibles en: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/11/Esta%CC%81ndares-comunes-para-Iberoame%CC%81rica-determinacio%CC%81n-sanciones-adolescentes-CIDENI.pdf>. Una exposición en detalle, con referencias al derecho comparado, puede consultarse en Couso Salas, Jaime / Cillero Bruñol, Miguel / Cabrera Martín, Myriam (Editores), *Proporcionalidad de la Sanción Penal de Adolescentes, Estudio comparado y Estándares Comunes para Iberoamérica*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, *passim*, y Couso Salas, Jaime / Cillero Bruñol, Miguel / Castro Morales, Álvaro (Editores), *Determinación de la sanción penal de adolescentes en Iberoamérica*, Thomson Reuters - CIDENI, Santiago, 2022, *passim*. y en el volumen colectivo citado en el primer lugar de la nota siguiente.

³ La cita de los Estándares Comunes para Iberoamérica no pretende, por cierto, implicar grado alguno de vinculación para los tribunales nacionales, ni siquiera a título de *soft law*. Su pretendida fuerza es únicamente persuasiva, en la medida que constituyen un esfuerzo, bien fundado y desde una perspectiva comparada, considerando especialistas de diversos países que han desarrollado su doctrina al alero de la CDN, de interpretación del alcance de las obligaciones internacionales que pesan sobre la justicia penal de adolescentes. Así, los propios Estándares, en su preámbulo, explican su propósito con las siguientes palabras: “Los Estándares comunes para Iberoamérica se formulan en plena sintonía con los instrumentos universales y regionales del derecho internacional de los derechos de NNA, tanto los de carácter general –el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea– como los instrumentos específicos para NNA –la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y las Reglas y Directrices de Naciones Unidas o las Directrices y diversas normas europeas, que vienen a complementar, desarrollar e interpretar las obligaciones y normas que del Derecho convencional se derivan para los Estados–, teniendo en cuenta además la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos del

Estándares relativos a la proporcionalidad entre sanción y delito:

Esta primera dimensión de la proporcionalidad atiende a tres factores, de modo que la determinación de una pena proporcionada pasa por definir cómo se presentan en el caso concreto. Más precisamente, el tribunal debe, sucesivamente:

- (i) “determinar correctamente la gravedad del delito perpetrado, teniendo en cuenta las particularidades del injusto penal y la culpabilidad cuando el agente es un adolescente”.⁴

Estas particularidades demandan “prestar mayor atención a la culpabilidad individual del adolescente y, en particular, al desvalor de la conducta, antes que a la gravedad objetiva del delito o la magnitud del daño ocasionado [...] [o a] “consideraciones que el legislador ha tenido en cuenta al fijar –y, sobre todo, al aumentar– la pena asignada al delito en la legislación penal común, que sean relativas a objetivos de seguridad pública”.

- (ii) “definir correctamente la severidad o intensidad de las diversas sanciones disponibles, teniendo en cuenta el especial impacto aflictivo que pueden tener en los adolescentes”.⁵

Teniendo en cuenta que “las sanciones son objetivamente más intensas para un adolescente que para un adulto, pues afectan las posibilidades de llevar una vida normal de forma mucho mayor en la fase de la adolescencia que en la fase de vida adulta”, seleccionar una sanción que no sea desproporcionada con esta situación del adolescente exige asegurar que nunca sea más severa que la que una persona mayor de edad recibiría en una situación comparable (atendido el injusto penal culpable que se castiga). Además, la estimación de la severidad de

Niño de Naciones Unidas [...] En el marco ofrecido por esos instrumentos internacionales, los *Estándares comunes para Iberoamérica* se proponen alcanzar un mayor grado de concreción, teniendo en cuenta los desafíos, también más específicos, compartidos por los países de este espacio.”.

⁴ Estándares comunes para Iberoamérica, N° 10.

⁵ Estándares comunes para Iberoamérica, N° 11.

la sanción debe considerar las diferencias que se producen a distintas edades, dentro del período de la adolescencia. Por último, ciertas situaciones o necesidades especiales de ciertos adolescentes (discapacidad, embarazo, etc.) inciden en el impacto negativo de la sanción, de modo que la proporcionalidad exige reducir su severidad, en comparación con la que sería aceptable para adolescentes que no se encuentren en tales situaciones.

“(iii) identificar qué sanción es proporcionada para qué delito, a partir de criterios de proporcionalidad coherentes con los principios generales –asumidos del derecho penal común– y con los principios especiales de la justicia juvenil.”⁶

Decidir qué nivel de severidad en la sanción es proporcional a cuál medida de gravedad delictiva es un ejercicio valorativo que, una vez más, debe realizarse teniendo en cuenta la peculiar situación de vida de las y los adolescentes, y no mediante un ejercicio de geometría punitiva ciego a esa situación. Ello explica que, respecto de adolescentes, en primer lugar, sea improcedente interpretar las reglas que permiten sancionar delitos de determinada gravedad con penas de encierro (como la internación en régimen cerrado) como si fuesen *mandatory minimum sentences*, ante las cuales el tribunal no podría considerar las circunstancias del caso, por ejemplo, las que disminuyen la culpabilidad o las que vuelven insoportablemente severa la sanción para el adolescente concreto (por ej., una adolescente embarazada), para escoger una sanción de distinta naturaleza, pues ello podría conducir a penas desproporcionadas y a ignorar la exigencia del art. 37, b), de la CDN, de que la privación de libertad se aplique solo como “último recurso”.⁷ La misma consideración especial de la etapa de vida del adolescente lleva a que, a la inversa, sí sea esperable que se preserven límites infranqueables respecto de la exigencia de un mínimo de gravedad en los

⁶ Estándares comunes, N° 12.

⁷ Este principio fue recogido por la Observación General (la OG 24), del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, sobre “children’s rights in the child justice system” (derechos de los niños en el sistema de justicia para el niño), declarando que la fijación legal de penas mínimas obligatorias basadas únicamente en el tipo de delito perpetrado (*mandatory minimum sentences*) es incompatible con el principio de proporcionalidad, así como con la exigencia de que la privación de libertad “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. V. General comment N° 24 (2019) on children’s rights in the child justice system, CRC/C/GC/24, 18 September 2019, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&Lang=en, N° 78.

delitos susceptibles de sancionarse con ese tipo de penas, así como de la extensión máxima que ellas pueden alcanzar cuando se imponen a un adolescente.⁸

Es decir, y recurriendo a la distinción entre proporcionalidad negativa y positiva, una lectura de la exigencia de proporcionalidad del art. 40 de la CDN, a partir de los Estándares comunes para Iberoamérica, pone el acento en que las sanciones de los adolescentes no sean desproporcionadamente severas (proporcionalidad negativa), sea en términos cardinales (hay sanciones excesivas para los adolescentes, cualquiera sea el delito que cometieron) o en términos ordinales, de acuerdo con el delito perpetrado (las sanciones más severas, sobre todo, la privación de libertad, debe reservarse para delitos muy graves). En cambio, solo de forma secundaria, y nunca de modo absoluto, el derecho penal de adolescentes se orienta a evitar sanciones desproporcionadamente bajas para el delito cometido (proporcionalidad positiva, ordinal).⁹ Por cierto, la LRPA contempla reglas que se inspiran en un criterio de proporcionalidad positiva, pero esas reglas no exigen de manera rígida una determinada severidad de sanciones para un cierto tipo de injusto típico (proporcionalidad positiva absoluta), sino que permiten, en virtud de las reglas generales de determinación de penas, imponer penas menos severas si la culpabilidad del autor está disminuida (proporcionalidad positiva relativa), paradigmáticamente, por efecto del art. 73 del CP, pero también en aplicación de una pluralidad de circunstancias atenuantes de efecto ordinario, entre otras reglas).

Estándares relativos a la proporcionalidad entre sanción y las circunstancias del adolescente

Esta segunda dimensión de la proporcionalidad, exigida por el art. 40 de la CDN, se traduce en la exigencia – en palabras de los Estándares comunes para Iberoamérica – de “reservar a

⁸ V., también, Observación General (la OG 24), cit., N° 77, recomendando que los Estados Parte establezcan una duración máxima para la sanción privativa de libertad, que refleje el principio del “período más breve que proceda”.

⁹ Respecto de la prioridad de la proporcionalidad negativa y la admisión de reglas de proporcionalidad positiva relativa, y no absoluta, bajo los principios del derecho internacional de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, véanse los Estándares comunes para Iberoamérica, número 12, y sus comentarios.

los tribunales un espacio razonable de discrecionalidad reglada para que la sanción –además de justa– tome en cuenta la situación real del adolescente, en aquello que sea pertinente de acuerdo con los criterios establecidos por la ley en el respectivo sistema de justicia juvenil”.¹⁰

Un primer límite que esa consideración debe reconocer es que la atención a las circunstancias del adolescente no puede traducirse en discriminar negativamente, aumentando la severidad de la respuesta (en particular, escogiendo una sanción privativa de libertad), a adolescentes cuyas circunstancias son desventajosas, sin responsabilidad de parte suya. Lo decisivo, a la hora de determinar la severidad de la sanción, debe seguir siendo la gravedad del delito perpetrado, considerando las circunstancias del adolescente principalmente para escoger una sanción que más favorezca su integración social, dentro de las que son proporcionadas a su delito.¹¹ En cambio, “la pretendida idoneidad de una sanción privativa de libertad para lograr la integración social de un adolescente no puede servir de fundamento para preferirla a una sanción no privativa de libertad”.¹²

Esta preferencia, en sistemas que, como el de la LRPA, exigen un determinado nivel de gravedad en el delito para imponer una sanción privativa de libertad, debe fundarse en: (i) al específico desvalor de la conducta y la culpabilidad del adolescente; (ii) a circunstancias que puedan hacer de esa sanción una intervención desproporcionadamente aflictiva para el adolescente y (iii) a otras circunstancias del adolescente cuya consideración no resulte discriminatoria.¹³

Una segunda limitación, que viene exigida por perspectiva consecuentemente proporcionalista de la determinación de las penas, es la improcedencia de la consideración de los antecedentes penales previos del adolescente como una circunstancia que deba incidir, por sí sola, en la determinación de la pena; especialmente, en su nivel de severidad.¹⁴ Cosa distinta es sostener que la respuesta que el adolescente haya tenido frente a la sanción o

¹⁰ Estándares comunes para Iberoamérica, N° 14.

¹¹ Estándares comunes para Iberoamérica, N° 15.

¹² Estándares comunes para Iberoamérica, N° 18, b).

¹³ Estándares comunes para Iberoamérica, N° 18, c).

¹⁴ Estándares comunes para Iberoamérica, N° 16.

medida que le fue impuesta en el pasado puede aportar información relevante a la hora de seleccionar, ahora, al sancionar este nuevo delito, una respuesta más idónea (que la anterior, si no fue eficaz) para su integración social, dentro de las que son proporcionadas al delito perpetrado.

**Cuestiones interpretativas planteadas por las nuevas disposiciones de la LRPA.
Propuestas de solución.**

Bajo el sistema de dos fases, del proceso de determinación de penas de la LRPA, en que la primera se dirige a determinar el marco penal concreto, del art 23, conforme a reglas de proporcionalidad del derecho penal común, y la segunda, a la individualización judicial de la naturaleza y extensión de la pena, según los criterios propios de la LRPA, establecidos en el art. 24, las modificaciones introducidas a la LRPA plantean cuestiones interpretativas respecto de ambas fases.

a) Primera fase de determinación de la pena:

En relación con la primera fase de la determinación de la pena, es necesario analizar la nueva redacción del art. 21, reproducida continuación (se subraya las expresiones nuevas relevantes y se las compara con el tenor de la disposición sustituida):

“Artículo 21.- Reglas para la determinación de la pena de base [antes: “de la extensión de las penas”]. Para establecer la pena que servirá de base a la determinación de la que deba imponerse [antes: “la duración de la sanción que deba imponerse”] con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para cada uno de los delitos correspondientes, las reglas previstas en los artículos 50 a 78 [antes: en el Párrafo 4 del Título III del Libro I”] del Código Penal que resulten aplicables [antes no se indicaba esto] con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código. No se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación

de la pena conforme a las reglas generales incluyendo al artículo 351 del Código Procesal Penal [toda esta frase es nueva].”.

La nueva redacción plantea dos cuestiones que merecen análisis.

La primera se refiere al papel que debe asignarse a la aplicación de las disposiciones del Código Penal (CP) en el proceso de determinación de la pena de adolescente, en su primera fase, que está dirigida a la determinación de lo que podría denominarse “el marco penal concreto”, con sus alternativas de pena. En la redacción anterior, la expresión “determinación de la extensión de las penas” sugería que la aplicación de aquellas disposiciones, además de determinar las alternativas de sanción disponibles para el tribunal (dentro del marco penal concreto), se traducían en la fijación de las extensiones mínima y máxima que podía tener la pena escogida. Ello era evidentemente improcedente para algunas sanciones, cuya extensión no se define en años y días (sino en horas, o en sumas de dinero), pero en la práctica se asumió como viable para las sanciones cuya extensión sí se mide en esas magnitudes, como las dos especies de internación y de libertad asistida. Esa práctica parecía concordante con la circunstancia de que los criterios del artículo 24 de la LRPA, de individualización de la sanción, literalmente solo servían para “determinar la naturaleza de las sanciones” (es decir, para elegir el tipo de sanción, de entre las consideradas en el respectivo tramo del artículo 23), y no su extensión. Que el resultado de ello, en ocasiones, fuese incompatible con la duración máxima fijada por la propia LRPA para ciertas sanciones, en otras disposiciones (tal sería el caso de la libertad asistida, si se la fijaba como pena a partir del tramo segundo del artículo 23, cuyo mínimo es un día superior a la duración máxima entonces establecida en los arts. 13 y 14), explica que la Corte Suprema tempranamente se haya pronunciado en contra de esa práctica, sugiriendo (al afirmar que no tenía reparos con esta forma de proceder del tribunal recurrido de queja) que, contra lo sugerido por su redacción, la determinación de la extensión debía regirse por los “parámetros del artículo 24 [...] especialmente el criterio de la idoneidad de la pena -que alude a la necesidad de considerar qué situación es más favorable para el adolescente-”.¹⁵

¹⁵ SCS, Rol 316-08, de 14 de julio de 2008, considerando noveno.

La nueva redacción del artículo 21 supera cualquier duda que haya podido persistir bajo la anterior, al disponer que las reglas del CP sirven para “establecer la pena que servirá de base a la determinación de la que deba imponerse con arreglo a la presente ley” y no ya la “extensión” que esta habrá de tener, especialmente si se tiene en cuenta, además, la nueva redacción del art. 24, conforme al cual los criterios que ahí se establecen sirven (y son los únicos que cabe tener en cuenta) para determinar “la naturaleza y extensión de la pena”.

La segunda cuestión a analizar, a propósito de la nueva redacción del artículo 21, se refiere a la previsión de qué disposiciones del derecho penal común serían aplicables al efecto recién explicado, en esta primera fase de determinación de las penas de la LRPA. Ya no hace mención, como en la redacción anterior, a “las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I” del CP, sino derechamente a “los artículos 50 a 78” del CP, que son justamente todos los de aquel párrafo (haciendo excepción expresa, ahora como antes, del artículo 69). Con ello, entonces, nada cambia. Sin embargo, la precisión, si puede llamársela así, vendría a resultar, de dos novedades introducidas al artículo 21.

La primera innovación, es la nueva indicación conforme a la cual la determinación de “la pena que servirá de base” se efectuará conforme a las reglas de esos artículos del CP “que resulten aplicables”, pues, de este modo, las exclusiones que antes eran susceptibles de ser inferidas por razones sistemáticas (como las que en el CP permiten determinar la pena de multa, que son incompatibles con la regla especial que contenía el art. 9 de la LRPA), ahora tendrían apoyo en una referencia expresa. En realidad, bien vista, aquella indicación nada aporta a resolver, caso a caso, si una determinada regla del CP resulta aplicable o no, de modo que a lo más puede verse en ella una llamada de atención acerca de la necesidad de examinar la consistencia sistemática entre las normas del CP aludidas genéricamente y los principios y normas de la LRPA. Aquí, por ejemplo, fuera de casos obvios, como el ya mencionado, de las disposiciones sobre determinación de la pena de multa, podría añadirse a la regla del Art. 69 bis, evidentemente, cuando la víctima es menor de 18 años, pero posiblemente también cuando se trate de un adulto mayor o de una persona en situación de discapacidad, si se

entiende que en los tres casos el paradigma de agente considerado es el mayor de 18 años, sin discapacidad.¹⁶

La segunda innovación que buscaría precisar las normas del CP aplicables a la primera fase de determinación de las penas de la LRPA es la frase conforme a la cual “[n]o se aplicará por ello ninguna las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales incluyendo al artículo 351 del Código Procesal Penal”. Con toda la obscuridad que cabe reprochar a esta indicación, no es difícil advertir que, con ella, se busca zanjar, en sentido negativo, la cuestión, planteada en los tribunales, acerca de si reglas de determinación de pena que hacen excepción a las contenidas en los arts. 50 a 78 del CP, en relación con determinados grupos de delitos, son aplicables a adolescente enjuiciados conforme a la LRPA, como la del art. 450 del CP, que impone a determinadas especies de robo la pena del delito consumado desde que se encuentren en tentativa. Ello podría parecer innecesario, si la remisión hecha por el artículo 21 a las reglas del CP se circunscribe a los arts. 50 a 78; pero la circunstancia de que, con una referencia igual de acotada, los tribunales – salvo por algunos fallos en contra de tribunales superiores –¹⁷ con frecuencia aplicaban el art. 450 del CP a adolescentes,¹⁸ da cuenta de la necesidad de esa precisión.

Es evidente, en todo caso, que estas “precisiones”, abren nuevas cuestiones.

En efecto, en primer lugar, la disposición que circunscribe la remisión al CP a “las reglas aplicables”, plantea inmediatamente la pregunta de si “resultan aplicables” las reglas concursales de los artículos 74 y 75. El hecho de que se excluya expresamente la aplicación del art. 351 del Código Procesal Penal (CPP) y, sobre todo, una mirada a la nueva redacción

¹⁶ Considérense al efecto el análisis de Hernández, en tal sentido, y a favor de una “reducción teleológica” del tenor literal de tipos penales en contra de víctimas vulnerables, que suponen una relación de superioridad en el agente; v. Hernández Basualto, Héctor, “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito””, Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2007, vol.20, n.2, pp.195-217, p. 204.

¹⁷ SCA de Valparaíso, N° Reforma Procesal Penal 2101-2015, de 21 de enero de 2016, considerandos quinto a noveno.

¹⁸ Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, en causa RUC N° 2001083036-3, RIT N° 92 – 2021, de 6 de julio de 2021. Esta sentencia ha sido objeto de un recurso de nulidad ante la Corte Suprema y de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N° 13.103-22 INA, con acuerdo, y en estado de sentencia desde el 28 de junio de 2022.

del art. 24 de la LRPA, llevan a la conclusión de que aquellas disposiciones no resultan aplicables. En efecto, las reglas propias de individualización judicial de la pena, de la LRPA, sin importar el número de delito perpetrados, tienden a la fijación de una única pena que, en principio, es una de las correspondientes al delito más grave, es decir, una de las contenidas en aquel tramo del art. 23 al que se llega al aplicar las reglas del CP al más grave de los delitos perpetrados por el adolescente.

La exclusión de la regla del art. 351 del CPP es coherente con esa conclusión. En efecto, esta exclusión no tendría sentido, y perjudicaría al adolescente brindándole un tratamiento penal más gravoso que a los mayores de edad, si frente a una pluralidad de delitos de la misma especie, a los que no fuese aplicable el art. 75 del CP, la única alternativa fuese acumular materialmente las penas conforme al art. 74, sin morigerar ese efecto de conformidad con el art 351 del CPP. Ello permitiría, por ejemplo, que ante un número elevado (7 o más) de delitos de hurto de mediana cuantía (del art. 446, n° 2 del CP), en los que concurriese una agravante y ninguna atenuante, pudiese alcanzarse, por acumulación de sus extensiones (partiendo de la pena mínima del *maximum*), el primer tramo del art. 23 de la LRPA, algo que no sería posible si se aplicase el art. 351 del CPP (que permitiría, como máximo, llegar al tramo segundo del art. 23 de la LRPA).

Así, la exclusión del art. 351 del CPP da cuenta de que, en casos de reiteración de delitos de la misma especie la ley propende a la imposición de una única pena proporcional a la especie de delitos que perpetró, que además sea idónea para su integración social. Para ello se tiene como referencia el más grave de los delitos perpetrados (en ello, como se verá, la nueva redacción del art. 24 es explícita), renunciándose a considerar el número de los delitos, sea para acumular sus penas, sea para exasperar la pena del más grave de ellos conforme al art. 351 del CPP. Quedaría, con todo, preguntarse si la regla del art. 75 sí debe ser aplicada. La conclusión, por razones sistemáticas, es que debe excluirse también. En efecto, no tiene sentido que una pluralidad de delitos perpetrados a través de hechos separados tenga siempre un tratamiento más benigno que una pluralidad de ellos perpetrados a través del mismo hecho. La regla de la absorción agravada del art. 75 no tiene aplicación, entonces.

Si alguna duda cupiese respecto de esta conclusión, ella queda despejada al revisar la nueva redacción del art. 24, inciso 3°, de la LRPA, aún considerando su relativa obscuridad. En efecto, esta disposición establece que, para la hipótesis de reiteración delictiva, se podrá “ampliar la extensión” de la pena del delito más grave o escoger una pena más gravosa, dentro de las alternativas dispuestas por la ley. Ello da cuenta de que no corresponde, de forma previa a la aplicación de esta disposición, tener en cuenta la misma reiteración, sea para acumular las penas, conforme al art. 74 del CP, sea para aplicar la regla de la absorción agravada, del art. 75 del CP; ello supondría considerar la reiteración delictiva dos veces en perjuicio del condenado.

La conclusión a la que se acaba de llegar se refieren a la pluralidad de delitos (“crímenes o simples delitos”) de la misma especie recién, pero las razones en las que se apoya, particularmente la última – la circunstancia de que la propia LRPA, en su art. 24, inc. 3°, considere un efecto de aumento en la extensión de la pena del delito más grave, o de selección de una pena más gravosa, del respectivo tramo (como se verá) – llevan a aplicar dicha conclusión también a la hipótesis en que los varios delitos perpetrados no son de la misma especie: en tal caso, como en el anterior, los arts. 74 y 75 del CP no han de tener aplicación para determinar “la pena que servirá de base” al procedimiento de determinación de penas de la LRPA, pues de otro modo afectarían al adolescente condenado dos veces: primero, para determinar qué tramo del art. 23 servirá de “marco penal concreto” (fase en que su efecto podría consistir en que el tramo sea uno superior al correspondiente al delito más grave, con penas más severas), y luego, en la segunda fase, una vez fijada la naturaleza de la pena y su extensión, para ampliar su extensión o determinar la aplicación de una más gravosa, en aplicación del inc. 3° del art. 24. Lo cierto es que la propia redacción de esta última disposición supone que “la pena que servirá de base” a la determinación de pena de la LRPA es únicamente la pena correspondiente al delito más grave, y no la correspondiente a la pluralidad de los delitos perpetrados, resultante de la aplicación de las reglas sobre concursos de delitos de los arts. 74 y 75. En efecto, dicho inciso dispone que “[t]ratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave”, aplicando a ella alguna de las dos alternativas de agravación (ampliar la extensión o escoger una pena más gravosa que la escogida para el delito más grave).

En segundo lugar, la precisión conforme a la cual “[n]o se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales...” plantea dos preguntas, en alguna medida vinculadas entre sí, pero que merecen respuesta separada. La primera es si esa cláusula abarca a las circunstancias modificatorias de responsabilidad especiales, establecidas en el CP o en leyes penales especiales, para determinados delitos. Y la segunda es si abarca a las reglas que privan a las circunstancias modificatorias del efecto que les asignan los arts. 50 a 78 o alteran ese efecto, típicamente incrementando su impacto en la “cuantificación” de la pena.

En relación con la primera pregunta, la respuesta más razonable parece ser que la cláusula no excluye a las disposiciones que contemplan circunstancias modificatorias especiales. Pues tanto ellas como las atenuantes y agravantes comunes de los arts. 11, 12 y 13 del CP especifican, en principio, la gravedad del delito perpetrado, en relación con la cual la pena a determinar debe guardar proporcionalidad. Por lo demás, los propios arts. 11, 12 y 13 se encuentran fuera de los arts. 50 a 78 del CP y sería absurdo entender que los primeros son parte de las “demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena” que, conforme el art. 21 de la LRPA, no deben ser aplicadas; en tal evento, la inmensa mayoría de las que sí cabría aplicar – las de los arts. 50 a 78 del CP – se vuelven ineficaces, pues justamente regulan el efecto de la presencia de atenuantes y agravantes en el hecho. De modo que, tal como ocurre las atenuantes y agravantes genéricas, no podrá ignorarse la presencia de modificatorias especiales, sea que beneficien o perjudiquen al adolescente. Ello debe valer, entonces, por ejemplo, tanto para las agravantes especiales como para la atenuante especial contemplada por los arts. 141, inc. 3º, 4º y 5º, y 142 bis, respectivamente, para el delito de secuestro (las agravantes y la atenuante) y sustracción de menores (la atenuante). Esta conclusión no debería depender de si las circunstancias son propiamente modificatorias de responsabilidad o calificantes y privilegiantes, en la medida que unas y otra especifican el injusto o la culpabilidad, es decir, la gravedad del hecho. En todo caso, ello no obsta a la posibilidad de excluir la aplicación de alguna de tales circunstancias por otras razones; en particular, por razones sistemáticas, teleológicas o de principio, que hagan inadecuada la

consideración de alguna de ellas para la persona del adolescente o las características del injusto penal en que interviene un adolescente.¹⁹

Con todo, una consideración distinta podrían merecer las circunstancias modificatorias que no inciden en la gravedad del hecho (de su injusto o de la culpabilidad del agente), es decir, que no requieren aumentar o reducir la pena por razones de proporcionalidad.

Tal sería el caso, por ejemplo, de agravantes establecidas por razones de política criminal, atendibles, pero desconectadas de las circunstancias que, de acuerdo con el art. 40 de la CDN, deben tenerse en cuenta al decidir la sanción (la “medida”) a imponer a un adolescente, y cuya consideración podría conducir a una pena desproporcionada, en el sentido de la exigencia de proporcionalidad negativa, con la gravedad del delito, por meras consideraciones de conveniencia político-criminal. Un caso paradigmático, que merece discusión, es el de la agravante de reincidencia, que los Estándares Comunes para Iberoamérica consideran ajeno a la proporcionalidad entre sanción y delito, por no incidir en modo alguno en la gravedad del injusto y de la culpabilidad del hecho que actualmente se sanciona.²⁰ En contra de este argumento podría invocarse la circunstancia de que una de las modificaciones recién introducidas al art. 24 de la propia LRPA considere, como un criterio de determinación de la naturaleza y extensión de la pena concreta, en la segunda fase del proceso de determinación, “la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta ley”. Sin embargo, esta circunstancia, por una parte viene a confirmar que la reincidencia no debe considerarse antes, durante la primera fase de determinación de la pena (de modo de evitar una posible doble valoración en perjuicio del condenado), y, por otra parte está establecida de un modo tal que no prejuzga sobre el efecto concreto que ha de

¹⁹ Así podría ocurrir, por ejemplo, respecto de la agravante de pluralidad de malhechores, v. Carnevali, Raúl y Källman, Eva: “La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal”, Polít. crim. n° 4, 2007, D1, 1-24. [<http://www.politicacriminal.cl>], *passim*. o la agravante del Art. 403 quáter, a lo menos en relación con la circunstancia de que la víctima sea menor de dieciocho años (eventualmente, también, en relación con las otras calidades de la víctima, si el *telos* de la norma se asocia al mayor injusto presente en casos en que la una víctima con alguna condición de vulnerabilidad o desventaja es lesionada por un mayor de edad sin esas condiciones), siguiendo un razonamiento similar al propuesto para la reducción teleológica de tipos penales que suponen abuso de una situación de superioridad paradigmáticamente presente cuando el agente es mayor de edad; v. Hernández, cit., pp. 203-204.

²⁰ Estándares Comunes para Iberoamérica, N° 16.

tener en la pena; en efecto, en el N° 4 de esa disposición no se le trata como una agravante, y si bien tampoco hay indicio alguno de que se le pueda tratar como una atenuante, la redacción neutra escogida por el legislador permite darle el único tratamiento que parece lícito en el contexto de la exigencia de proporcionalidad de las sanciones establecida por el art. 40 de la CDN: considerar esa circunstancia para que la sanción guarde “proporción” con (en este caso, en el sentido de que tenga debidamente en cuenta) las circunstancias del adolescente. Es cierto que los propios Estándares Comunes para Iberoamérica se inclinan por rechazar incluso esta consideración, pues la previa perpetración de delitos no es una circunstancia del adolescente, sino un hecho de su pasado, advirtiendo que considerarla como una de sus circunstancias es convertirla en un estigma.²¹ Pero la redacción de la disposición comentada permite evitar ese efecto si se la interpreta en consonancia con la necesidad de determinar una sanción adecuada para el fin socioeducativo, que debe considerar, de forma personalizada, en particular, la capacidad de cumplimiento de cada adolescente, atendiendo también a su historial con el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, especialmente, su respuesta a las sanciones y medidas de que fue objeto en el pasado. Esa interpretación del efecto que ha de tener la consideración del comportamiento previo del adolescente, incluyendo su historial delictual es compatible con el criterio, de los propios Estándares Comunes para Iberoamérica, conforme al cual la severidad de la sanción (especialmente la decisión de si su naturaleza será o no privativa de libertad) debe estar definida fundamentalmente en atención a la gravedad del delito, mientras que la idoneidad preventivo-especial positiva, para su “plena integración social” (en los términos del art. 20 de la LRPA), puede y debe considerar las circunstancias personales, familiares y sociales del adolescentes, de una forma no discriminatoria.²²

En cambio, en el caso de las atenuantes (no ya, agravantes) establecidas atendiendo a razones de política criminal, como la “cooperación eficaz” (del art. 22 de la Ley N° 20.000, o del art. 17 C, de la Ley de Control de Armas), la conclusión podría ser distinta, a pesar de que tampoco inciden en la proporcionalidad entre sanción y delito, pues las razones favor de su aplicación (conveniencia política criminal) a lo más afectan la proporcionalidad positiva, que

²¹ *Ibid.*, Comentario.

²² Estándares Comunes para Iberoamérica, N° 18, b), 19 y 20.

no está llamada a cumplir un papel sino marginal (y flexible) en el derecho penal de adolescentes, de modo que las razones político-criminales a favor de su consideración inclinan la balanza en tal sentido.

En relación con la segunda pregunta que la cláusula del art. 21 de la LRPA plantea, relativa a si la exclusión (“no se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones [distintas a las de los arts. 50 a 78 del CP] que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales”) abarca también a las reglas que privan a las circunstancias modificatorias de responsabilidad del efecto que les asignan los arts. 50 a 78, o que alteran ese efecto, típicamente incrementando su impacto en la “cuantificación” de la pena, la respuesta tiene que ser afirmativa; en principio, sin excepciones, pues literalmente son parte de las “demás disposiciones” que inciden en la cuantificación de la pena de una forma distinta de la considerada por las reglas generales establecidas por aquellos artículos. Aquí vienen a colación, por ejemplo: (i) la regla del art. Art. 450 del CP, ya mencionada a este respecto, que aplica a ciertos robos la pena del delito consumado desde que se encuentren en estado de tentativa; (ii) las reglas que, respecto de ciertos delitos (por ej., la regla 1ª del art. 449 del CP, respecto de los robos, o la del art 17 B, inc. 2º, de la Ley de Control de Armas), privan a las circunstancias modificatorias del efecto que permite al tribunal “salirse” del marco penal abstracto, por ejemplo, en la hipótesis en que concurra una pluralidad de atenuantes, sin agravantes; (iii) las reglas que privan de todo efecto a ciertas atenuantes, cuando ellas concurren en ciertos delitos (por ej., la circunstancia atenuante 7ª del art. 11 del CP, respecto de los robos y de los delitos de la Ley N° 20.000); y (iv) las reglas que, respecto de ciertos delitos, confieren a determinadas circunstancias modificatorias, como la agravante de reincidencia, un efecto distinto del que las reglas generales le asignan (por ejemplo, la regla del art. 456 bis A, inc. 5º, establecida para el delito de receptación, o la regla 2ª del art. 449, respecto los delitos de hurto y robo). Todos esos casos evidentemente forman parte de las “demás disposiciones”, distintas de los arts. 50 a 78 del CP, que incidirían en la cuantificación de la pena de una forma distinta a la establecida por estas reglas generales, y que por ello “no se aplicará” para determinar, a partir de la pena señalada por la ley para cada delito, la que va a servir de base para determinar la pena correspondiente al adolescente.

Para concluir, en relación con la primera fase de la determinación de la pena, las modificaciones al art. 23 no parecen plantear cuestiones interpretativas, y consisten fundamentalmente en la adecuación de los tramos 2º, 3º, 4º y 5º, por una parte, a la sustitución de la sanción de internación en régimen semicerrado por la nueva sanción de libertad asistida especial con internación parcial y, por otra parte, a la eliminación de la sanción de multa.

b) Segunda fase del proceso de determinación de la pena

Respecto de la segunda fase de determinación de la pena, la de individualización judicial de la naturaleza y extensión de la pena, según los criterios propios de la LRPA, establecidos en su art. 24, la nueva redacción de esta disposición viene a aclarar alguna cuestión interpretativa surgida de su texto original, pero también plantea algunas nuevas.

Su introducción, constituida por su inciso primero y por el encabezado del inciso segundo, es del siguiente tenor (se subrayan las nuevas expresiones, en lo relevante):

Art. 24.- Individualización de la pena. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 y en los dos artículos siguientes, el tribunal impondrá una sola pena de entre las que fueren procedentes, cualquiera fuera el número de los delitos cometidos. En su caso, se tomará como base las sanciones aplicables al delito que merezca las de mayor gravedad.

La naturaleza y la extensión de la pena a imponer se orientará por los objetivos señalados en el artículo 20 y se determinará considerando exclusivamente los siguientes criterios, debiendo, en cualquier caso, darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal: [...]

Esta nueva redacción viene a aclarar, en primer lugar, como ya se explicó más arriba, que los criterios que a continuación enumerará el inciso segundo deben servir para determinar tanto la naturaleza (en ello no hay novedad) como la extensión (esta referencia explícita sí es nueva) de la pena a imponer al adolescente.

En segundo lugar, el inciso primero también es explícito en disponer que, en caso de presentarse un concurso de delitos, la determinación de la naturaleza y extensión de la pena, conforme al art. 24 de la LRPA, debe resultar en una sola pena, cualquiera sea el número de delitos; nunca en diversas penas para distintos delitos, que hayan de cumplirse simultánea o sucesivamente.²³ Además, como se indicó más arriba, al interpretar este inciso en armonía con el inciso 3° del mismo artículo, resulta que para la determinación de la pena única no cabe aplicar, en la primera fase de determinación de la pena, las reglas concursales del CP (ni las del art. 351 del CPP), pues la LRPA contempla sus propias reglas para ello. Estas reglas vienen establecidas en el art. 24, inciso 3°, del siguiente tenor:

Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave debiendo, alternativamente, ampliar su extensión o imponer una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes. En cualquier caso, la pena aplicable será impuesta con una mayor extensión o será sustituida por una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, respecto de quienes cometieren un crimen habiendo sido sancionado previamente por otro.

Como se desprende del tenor de este inciso y de su interpretación sistemática con el art. 21, en la primera fase se debe seguir por separado, respecto de cada delito perpetrado por un mismo adolescente, los pasos indicados por ese artículo, a partir de la pena señalada a cada uno de tales delitos. De ese ejercicio resultarán tantas alternativas de “pena base” como delitos hayan sido perpetrados, y el tribunal deberá escoger, como “la” pena base, aquella de las alternativas que corresponda al hecho más grave. Debe entenderse por hecho más grave,

²³ Ello no obsta a la posibilidad de imponer una sanción mixta, conforme al art. 19, o de combinar y hacer cumplir simultáneamente, una sanción de servicios en beneficio de la comunidad o de reparación, por una parte, con una de libertad asistida especial con internación parcial, por la otra, de acuerdo con el art. 25 de la LRPA, opciones que, en todo caso, no están asociadas a la presencia de un concurso de delitos, sino a la conveniencia de esas combinaciones para alcanzar las finalidades de las sanciones, circunstancia que no depende de si se está sancionando uno delito o varios de ellos. Tampoco obsta a la posibilidad de imponer sanciones accesorias, de conformidad con el art. 25 bis, que tampoco hace diferencia al respecto.

en este contexto, el que, como resultado del ejercicio de concreción del marco penal mediante las reglas generales de los arts. 50 a 78, resulte en una pena más severa, pero en el entendido de que ese ejercicio de concreción se tomen en consideración, como se indicó más arriba, circunstancias que efectivamente inciden en la determinación de la gravedad del hecho perpetrado, es decir, las que especifican la gravedad del injusto y de la culpabilidad del agente (o bien, las atenuantes fundadas en necesidades de política criminal, considerando que la conveniencia de atender a esas necesidades – por ejemplo, motivar la cooperación eficaz – no choca no conduce a una pena superior a la adecuada a la proporcionalidad, sino a lo más a una inferior a ella, lo que no afecta al principio que importa preservar).

Recién una vez identificada de ese modo la pena base, viene en consideración la circunstancia de que el adolescente ha perpetrado más de un delito. El inc. 3° del art. 24 ofrece al tribunal, para ese efecto, la alternativa entre “ampliar su extensión” e “imponer una más gravosa”, teniendo como límite “las alternativas y plazos previstos en la ley”. Esta limitación, se entiende bien, consiste en que, si el tribunal escoge la primera alternativa, debe imponer precisamente la sanción que correspondería al hecho más grave, si hubiese sido el único delito perpetrado, pudiendo, con todo, fijar una extensión superior a la que correspondería a ese hecho, atendido que el adolescente perpetró, además, otros hechos, pero respetando como límite la extensión máxima permitida por la LRPA para cada especie de sanción, así como el máximo del respectivo tramo del art. 23, en el caso de las privativas de libertad; y, si escoge la segunda alternativa, puede imponer una pena distinta de la que habría determinado si el adolescente hubiese perpetrado solo el hecho más grave, pero únicamente si esa sanción se encuentra dentro de las opciones ofrecidas por el respectivo tramo del art. 23 para la pena base correspondiente a ese hecho más grave, sin que pueda adicionalmente considerar la pluralidad de delitos para definir la extensión de esa sanción más gravosa. La alternativa, en efecto, supone una sola forma de exasperar la pena del delito más grave en atención a la presencia de una pluralidad de delitos: o bien se aumenta la extensión de la pena correspondiente al más grave de ellos, o bien se escoge una sanción más gravosa que la que sería proporcional a él. Para ambas alternativas, como es evidente, es necesario que el tribunal haga previamente el ejercicio de determinar imaginariamente cuál sería la naturaleza y la extensión de la pena correspondiente al hecho más grave, si hubiese sido el único a sancionar,

pues es a partir del resultado de ese ejercicio imaginario que puede, a continuación, evaluarse las dos alternativas disponibles. Y, para cualquiera de las dos alternativas, la fijación concreta del aumento de extensión, así como de la naturaleza de la pena más gravosa, debe seguir los criterios establecidos en el mismo inc. 3° del art. 24: “el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes”, es decir, los criterios generales del inc. 2°, para determinación de la naturaleza y extensión de la pena a imponer al adolescente.

Fuera de resolver la forma de exasperar la pena en caso de concurso de delitos, el art. 24, ahora en su inc. 4°, busca resolver la forma como se articula la extensión de la pena base, determinada conforme al art. 21, con las duraciones mínimas y máximas establecidas en los arts. 11, 13, 14 y 18, para las diversas especies de sanción reguladas por tales disposiciones (la referencia al art. 9° constituye un error del legislador, dado que dicha disposición, en la se regulaba la pena de multa, queda expresamente derogada). Ello es tanto más necesario desde que los arts. 13, 14 y 18 establecen ahora también duraciones mínimas, y no solo máximas, para las penas de libertad asistida simple (6 meses), libertad asistida especial (6 meses), libertad asistida especial con internación parcial (6 meses) e internación en régimen cerrado (1 año). La disposición es del siguiente tenor:

Las respectivas penas no se impondrán en caso alguno con una extensión inferior o superior a la prevista en los artículos 9°, 11, 13, 14 o 18, respectivamente. Tratándose de las sanciones privativas de libertad éstas tampoco se podrán imponer con una extensión inferior o superior a la de la pena resultante de la aplicación del artículo 21, a no ser que sobrepase los límites mínimos o máximos previstos para cada caso en la presente ley. En este último caso el límite se ajustará a aquellos.

Así, respecto de las sanciones de servicios en beneficio de la comunidad se explicita que su extensión en todo caso se rige únicamente por el mínimo y máximo establecido en el art. 11, algo que de todos modos hasta ahora no era problemático, pues su extensión siempre se ha determinado en un número de horas - no de días, meses y años - de modo que su extensión

nunca ha venido en absoluto regida por las extensiones del respectivo tramo del art. 23, ni por la de la pena base resultante del art 21.

Por lo que respecto a las dos especies de libertad asistida, se adopta el mismo criterio (que esta vez sí viene a resolver una cuestión que hasta ahora estaba relativamente abierta): su extensión solo reconoce como límites las extensiones mínima y máxima de los arts. 13 y 14, es decir, no viene limitada por el mínimo y máximo del respectivo tramo del art. 23 ni por la extensión de la pena base, de modo que, por ejemplo, en el tramo 4º del art. 23, el tribunal podría imponer libertad asistida especial en una extensión superior a los 540 días, siempre que respete el máximo de 3 años; mientras que en el tramo 3º puede determinar la extensión de cualquiera de las dos especies de libertad asistida en una extensión inferior a los 541 días, siempre que no baje de 6 meses.

Una solución distinta se adopta, en cambio, para ambas especies de pena privativa de libertad: en este caso, la regla – redactada de forma bastante oscura – literalmente parece sugerir lo siguiente: en primer lugar, nunca puede ser inferior ni superior a los límites mínimo y máximo fijados por el art. 18; en segundo lugar, dentro de los límites mínimo y máximo fijados por esa disposición, la extensión de la pena, adicionalmente, debe circunscribirse al rango de la pena base que resultó de la aplicación del art. 21 (que no alcanza una duración precisa – pues no tiene aplicación el art. 69 del CP – sino un grado de penalidad o el maximum o minimum de un grado de penalidad); y, en tercer lugar, como evidentemente la relación entre ambas reglas plantea zonas de antinomia (por ejemplo, con una pena base de presidio mayor en su grado medio no es posible fijar la pena de un modo que cumpla con las dos primeras reglas, pues, o será superior al máximo establecido en el art. 18 o será inferior a la pena resultante de la aplicación del art. 21), en esos casos la antinomia se resuelve a favor de los límites mínimo y máximo fijados en abstracto para cada especie de sanción en el art. 18. Así, por ejemplo, si la pena base es el minimum de presidio menor en su grado mínimo (61 días a 300 días), de modo que la pena debe individualizarse dentro del tramo 4º del art. 23, la libertad asistida especial con internación parcial no podrá imponerse por menos de 6 meses, mientras que si la pena base resultare ser presidio mayor en su grado medio, la internación en régimen cerrado no podrá fijarse en más de 5 años para un adolescente menor de 16 años,

ni en más de 10 para un adolescente mayor de 16 años; por último, si la pena base resulta ser el mínimo de presidio menor en su grado máximo, ninguna de esas penas pueden fijarse en menos de 3 años y un día ni en más de 4, cualquiera sea la edad del adolescente.

Esa reconstrucción de las reglas que determinan la extensión de las penas privativas de libertad hace sentido en relación con sus límites superiores, pues armoniza las exigencias de la proporcionalidad ordinal negativa (la pena no puede ser más severa de lo que corresponda a la gravedad del delito cometido, determinada por el procedimiento definido por el art. 21 de la LRPA) con las de la proporcionalidad cardinal (los adolescentes no pueden ser objeto de una pena superior a 10 años, si son mayores de 16 años de edad, ni de una superior a 5 años, si son menores de esa edad). En cambio, en relación con los límites inferiores de duración, esa reconstrucción de las reglas, basada en lo que parece desprenderse de su tenor literal, es sistemáticamente absurda, cuando se traduce en la prohibición de imponerlas en una extensión “inferior [...] a la de la pena resultante de la aplicación del artículo 21” cuando ese límite no sobrepasa el máximo (de 5 o 10 años, según corresponda). Esta es la hipótesis del último ejemplo ofrecido en el párrafo anterior. El absurdo deriva de que tal prohibición, en contra de lo que a primera vista podría suponerse, en realidad no se traduce en un límite mínimo a la severidad de la pena, sino uno “intermedio”, pues en a lo menos dos de los tramos del art. 23 en que tal limitación podría tener efecto (tramos tercero y cuarto), impidiendo imponer una extensión inferior a la extensión resultante del art. 21 de la LRPA, la pena privativa de libertad en la cual dicha restricción recaería viene acompañada de otra de naturaleza menos gravosa, que además no quedará sujeta a esa restricción. En el ejemplo aludido, el tribunal no podría imponer ninguna de las dos penas privativas de libertad en una extensión inferior a 3 años y un día (ni superior a 4), pero sí podría imponer la sanción de libertad asistida especial, por una extensión menor (llegando, hacia abajo, hasta los 6 meses). Con ello es evidente que la restricción examinada no sirve al principio de proporcionalidad ordinal, concebido de forma positiva (prohibición de imponer una pena desproporcionadamente baja en relación con la gravedad del delito sancionado): que el tribunal no pueda, pese a que los criterios del art. 24 así lo harían razonable, imponer en el ejemplo examinado dos años de internación en régimen cerrado o un año de libertad asistida con internación parcial, no ofrece a la preocupación por la proporcionalidad positiva ningún

servicio, pues el tribunal puede imponer, a cambio de ello, una sanción mucho menos severa que estas dos: por ejemplo, 6 o 9 meses de libertad asistida, a secas, sin internación parcial. Lo propio ocurre en el tramo segundo del art. 23, a lo menos respecto de la pena de internación en régimen cerrado; e incluso en el tramo primero se da una situación análoga, si la regla se entiende impidiendo, por ejemplo, imponer la internación en régimen cerrado por menos de 7 años, seis meses y un día (en caso de que la pena resultante del art. 21 de la LRPA sea el máximo de presidio mayor en su grado mínimo), pero el tribunal de todos modos puede escoger, en lugar de ello, la pena mixta del art. 19, con tan solo dos años de internación en régimen cerrado complementada por un máximo de cinco años de libertad asistida con internación parcial; que no pueda, en cambio, imponer, por ejemplo, 4 años de internación en régimen cerrado cuando la gravedad del hecho, evaluada a partir de los criterios del art. 24, parece merecedora de una sanción más severa que dicha pena mixta, pero menos severa que 7 años y medio de internación en régimen cerrado, es una restricción absurda, que priva al tribunal de la posibilidad de imponer una sanción proporcional a la específica gravedad del hecho y de las circunstancias del adolescente, sin impedirle, en cambio, imponer una desproporcionadamente más baja que ella.

Por las razones apuntadas, a partir de la exigencia de proporcionalidad de las sanciones, del art. 40 de la CDN, e interpretando sistemáticamente el sistema de determinación de penas de la LRPA, debe entenderse que el límite mínimo a la extensión de la pena, que resulta del art. 21, solo es aplicable a la menos gravosa de las penas contempladas por el respectivo tramo del art. 23, y solo si esa pena se mide en plazos de días y años.

Por último, la nueva redacción del art. 24 innova en relación con los criterios que deben presidir la determinación de la naturaleza y la extensión de la pena a imponer. A continuación, se enuncia cada uno de ellos, ofreciendo, en los casos necesarios, una interpretación coherente con los principios que se desprenden de la exigencia de proporcionalidad del art. 40 de la CDN.

1. La gravedad del delito o delitos cometidos, considerando especialmente:

- a. El bien jurídico protegido, la modalidad escogida para su afectación y la extensión del daño causado con su comisión.
- b. El empleo de la violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas.
- c. La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas.
- d. La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.

Que se mencione primero a la gravedad da cuenta de que es un criterio muy principal para el enfoque proporcionalista de la LRPA, y en todo caso, debe entenderse que es gravedad del injusto culpable, es decir, gravedad concreta del hecho perpetrado, considerando su nivel de culpabilidad, y no la gravedad abstracta del tipo penal en el que ellos quedan subsumidos. Adicionalmente, en el derecho penal de adolescente, como lo sugieren los Estándares Comunes para Iberoamérica al interpretar la exigencia de proporcionalidad de las medidas, del art. 40 de la CDN, ello supone considerar el desvalor de acto y la culpabilidad del agente como criterios clave, más que la gravedad objetiva del daño causado.

2. Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo.

En este caso, y de nuevo bajo una lectura proporcionalista de la determinación de penas para adolescentes, los móviles deben incidir en la fijación de la sanción en la medida que reflejen un mayor, o un menor desvalor de acto y una mayor o una menor culpabilidad. Así, por ejemplo, este criterio debe dar cabida a la consideración, como lo plantean los Estándares Comunes para Iberoamérica, del “error de comprensión sobre la especial lesividad de ciertas conductas”, así como de “motivaciones típicamente adolescentes (como el ánimo de juego o de aventura, o de impresionar a otros con la propia destreza o valor) incompatibles con ciertas motivaciones o disposiciones subjetivas requeridas por ciertos delitos (como el ánimo apropiatorio, la premeditación, el ensañamiento, el aprovechamiento de la superioridad de fuerzas)” o, en fin, la “presión para delinquir impuesta por personas mayores del entorno

familiar o social inmediato o por grupos violentos que fijan reglas de conducta informales cuyo seguimiento es un problema de supervivencia, entre otras”.²⁴

3. La edad y el desarrollo psicosocial del condenado.

Respecto de este criterio, y sin perjuicio de la necesidad de desarrollar lineamientos jurisprudenciales referidos a la diferencias relevantes en el desarrollo psicosocial de ciertos adolescentes, que deben considerarse al valorar especialmente su grado de culpabilidad, la diferencia etaria entre adolescentes menores y mayores de 16 años debería tener un impacto tan apreciable en la individualización de la naturaleza y extensión de la pena como el que se desprende de la diferencia de extensión máxima establecida por el art. 18 para la de internación en régimen. Ello resulta de apreciar la significativa diferencia en el grado de culpabilidad, así como de “sensibilidad a la pena” – y, por lo tanto, en la severidad de la sanción experimentada por distintas categorías de condenados – que adolescentes muy jóvenes y más mayores exhiben, de conformidad con el desarrollo evolutivo estándar (y vertiginoso) que se experimenta de los 14 a los 18 años.

4. El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particularmente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.

Como ya se anticipó, una lectura proporcionalista de este criterio obliga a considerar el comportamiento anterior, no como un criterio de proporcionalidad con la gravedad de la infracción (el comportamiento que se ha tenido en el pasado no forma parte de ella), sino como un criterio auxiliar, para determinar la proporcionalidad de la sanción con las circunstancias del infractor, siempre que ese comportamiento, unido a otros antecedentes, dé

²⁴ Estándares Comunes para Iberoamérica, N° 10, a), y su Comentario. Respecto de los móviles que tienden a negar la presencia de elementos subjetivos del delito, en particular respecto de homicidios y delitos violentos, véase también, Couso, Jaime, “¿Perpetran homicidios calificados los adolescentes? Fundamentos psicosociales de una consideración dogmático-penal diferenciada”, en: Mañalich, Juan Pablo / Collado, Rafael / Acevedo, Nicolás (Editores), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp. 539-561.

cuenta de rasgos propios de la persona, que deben ser tenidos en cuenta para dar con una sanción más adecuada a las necesidades de desarrollo. Pero la intensidad de la sanción, sobre todo la diferencia entre privación y no privación de libertad, no puede depender del comportamiento anterior, si no se quiere infringir la exigencia de proporcionalidad de la CDN. Ello afecta especialmente a la consideración de los ilícitos perpetrados por el adolescente en el pasado, cuya consideración solo parece tener relevancia, conforme a la exigencia del art. 40 de la CDN, para escoger entre sanciones de severidad semejante (igualmente “gravosas”, en el lenguaje de la LRPA) aquella que sea más idónea a la capacidad de cumplimiento exitoso del adolescente, lo que viene indicado si ha de buscarse, como lo establece el art. 20 de la LRPA, una intervención socioeducativa orientada a su plena integración social.

Finalmente, el nuevo inciso final del art. 24, conforme al cual “[e]l tribunal deberá especificar y fundamentar en el fallo la forma como ha procedido a la fijación de la pena a partir de los criterios señalados indicando los hechos que los respaldan”, plantea la necesidad fundamental de reconstruir de manera racional los criterios y reglas de determinación de la pena de adolescentes, de una forma simple a la vez que regida por los principios de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese contexto, la tarea más desafiante es que la jurisprudencia distinga con claridad entre las reglas legales que determinan resultados no disponibles por el tribunal, de espacios de ejercicio de discrecionalidad reglada, y que la práctica judicial haga uso de estos espacios de un modo en que sea reconocible efectivamente el apego a esas reglas, incluyendo de los criterios de individualización judicial. En palabras de los Estándares Comunes para Iberoamérica, de manera coincidente con la exigencia de este inciso final del art. 24, y para concluir este informe:

En el ejercicio de su competencia discrecional –reglada por la ley– para escoger una sanción justa y adecuada al caso concreto, los tribunales deben cumplir con exigencias cualificadas de fundamentación de la sentencia, fijadas por la ley, y acompañadas de un sistema de recursos procesales que permita a las partes controlar el cumplimiento de tales exigencias y a los tribunales superiores asegurar la correcta aplicación del derecho y orientar una aplicación de los principios y criterios legales de un modo relativamente igualitario.