

## **Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones. DOCUMENTO DE TRABAJO N°18/2010 Unidad de Defensa Penal Juvenil**

**Jaime Couso\***

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>.

### **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.

---

\* 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.

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 6º.

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>

---

<sup>2</sup> 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.

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 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

---

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> 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 haber 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.

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 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

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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”.

<sup>8</sup> 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; 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).

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 cuenta a la hora de decidir si acaso conceder o no una “medida de relajación” (siguiendo la terminología alemana –*Lockerungsmaßnahme*–) 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>.

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.rsf.uni-greifswald.de/duenkel/publikationen/internet/greifswalder-appell.html>, visitada el 10 de junio de 2010).

<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

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.

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

---

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.

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 advirtiendo (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).

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.

---

<sup>14</sup> "[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.

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 anticipadamente 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> –

---

<sup>15</sup> 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

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 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”, traducándose 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.

---

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 inhibitor de las prohibiciones penales o restablecer la confianza en el derecho.

Pero como se verá a continuación, también es fundamental advertir en este lugar, que no se puede “importar” la tesis del “mínimo preventivogeneral” 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 preventivogeneral” no deriva de un simple cálculo de psicología 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 preventivogeneral”, 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 preventivogeneral”) 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 contrasentido, 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

---

<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.

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).

---

<sup>17</sup> La negrilla es mía.

## 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 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

---

<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).



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.

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>

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 1°), el único criterio a considerar es lo que más convenga a la integración del adolescente condenado. En efecto, si la gravedad del

---

<sup>19</sup> La cursiva es del original; la negrilla es mía.

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>

---

<sup>20</sup> La negrilla es mía.

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>

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 **criterios 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

---

<sup>21</sup> La negrilla es mía.

<sup>22</sup> La negrilla es mía.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> La negrilla es mía.

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 preventivogeneral” 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.

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 preventivogeneral” 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

---

<sup>25</sup> La negrilla es mía.

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 tratase 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.

---

<sup>26</sup> 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).



(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”).

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 preventivogeneral” 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 preventivogeneral” 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 necesario 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 preventivogeneral” 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 preventivogeneral”, 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 “severa” 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 preventivogeneral” – 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, 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

---

<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*.

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:

1º 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;  
2º 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 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

---

<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.

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

---

<sup>30</sup> Vid. las referencias a la prevención general en la doctrina de Costa Rica, en Couso, 2009b: 11.

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>

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,

---

<sup>31</sup> 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 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.



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 falta de límites legislativos el interés en preservar un “mínimo preventivogeneral” 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, pericialmente diagnosticado, de que el condenado siga delinquirando 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 delinquirando, 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

---

<sup>32</sup> La negrilla es mía.

<sup>33</sup> La negrilla es mía.

**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>

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>34</sup> La negrilla es mía.

<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:

[...] 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

---

<sup>37</sup> La negrilla es mía.

<sup>38</sup> La negrilla es mía.

<sup>39</sup> 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).

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

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

---

<sup>40</sup> La negrilla es mía.

<sup>41</sup> La negrilla es mía.

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>.

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

---

<sup>42</sup> 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).

<sup>43</sup> 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 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.

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.

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 inocuización (“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

---

<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.”

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***

---

<sup>45</sup> 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.



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 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:

Quando 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:

Quando 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.

---

<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).

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 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 obscura 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 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

---

<sup>48</sup> La negrilla es mía.

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:

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

---

<sup>49</sup> La negrilla es mía.

<sup>50</sup> Conforme a la cual la sustitución procede cuando “parezca más favorable para la integración social”

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.

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

---

<sup>51</sup> Es decir, para el evento de que sea puesto en libertad.

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 “inocuidad”.

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 delinquiendo, 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 irreductible 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 concluyentes 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

---

<sup>52</sup> La negrilla es mía.

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 sociedad”, 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 prioritaria” (Eisenberg, § 88, 9 b). Albrecht, por su parte, enfatiza que el juez de ejecución debe orientarse primordialmente por parámetros preventivo-especiales, es

---

<sup>53</sup> La negrilla está en el original.

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>

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.

---

<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”.

***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 preventivo general” 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

---

<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.

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 preventivo general” 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).

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 excursio 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 preventivogeneral” 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 hechos 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 preventivo-general” 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. 2° 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. 1°, 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 criterios 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 inoportunización 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 naturalezas 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

---

<sup>56</sup> La negrilla es mía.

mitad del tiempo de ejecución, obliga a una práctica incompatible con la concepción que mantengo – y 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 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

---

<sup>57</sup> Salvo los casos extremos en que la probabilidad, rayana en la certeza, de que el adolescente saldrá de la cárcel a seguir delinquirando, 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.

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”, entendiéndose 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

---

<sup>58</sup> 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.

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.

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 preventivogeneral”, 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 impliquen 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) 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.

---

<sup>59</sup> La negrilla es mía.

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.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**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.

**Düinkel/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.

**Ornosa 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.