

INFORMES EN DERECHO

**ESTUDIOS DE DERECHO
PENAL JUVENIL IV**

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
Santiago de Chile • Noviembre de 2013

ÍNDICE

Presentación	7
I. La sociedad de la seguridad en camino hacia la destrucción del Derecho	9
<i>Peter-Alexis Albrecht</i>	
II. Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes	25
<i>Gustavo Chan</i>	
III. Los jóvenes en el Derecho penal	61
<i>Winfried Hassemer</i>	
IV. Menores entre culpabilidad y responsabilidad	95
<i>Christian Jäger</i>	
V. La discriminación existente hacia los jóvenes delincuentes a la luz de las demandas de endurecimiento del derecho penal juvenil	111
<i>Stefanie Kemme y Katharina Stoll</i>	
VI. Los efectos del encarcelamiento reexaminados	139
<i>Alison Liebling y Shadd Maruna</i>	
VII. Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes	169
<i>Francisco Maldonado</i>	
VIII. Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal	213
<i>Juan Pablo Mañalich</i>	

VII. Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes

Francisco Maldonado*

1. Introducción

Se me ha solicitado informar en derecho acerca del tratamiento que deben recibir las agravantes de responsabilidad penal asociadas a la “reincidencia” en el proceso de determinación de la pena de adolescentes regido por la Ley 20.084. En concreto la consulta apunta a determinar cuáles debiesen ser los efectos jurídicos aplicables en la fijación de las consecuencias de la responsabilidad penal de los adolescentes en caso que se constate la concurrencia de las circunstancias agravantes previstas en los números 14 a 16 del art. 12 del Código Penal¹.

El problema a abordar dice relación con que el tenor literal de ciertas disposiciones pareciera indicar que la regulación de la reincidencia prevista en el régimen de adultos (en las disposiciones citadas) resulta aplicable en determinadas fases del proceso de determinación de la pena de adolescentes, existiendo también razones materiales y de base normativa que llevan más bien a sostener lo contrario. Dicha contradicción plantea una razonable duda acerca de cuál debiese ser en definitiva el criterio a seguir.

Para el tratamiento de esta cuestión, y en atención a que se trata de un problema hermenéutico, propondremos una aproximación centrada en los argumentos concurrentes en favor de cada una de dichas alternativas, desarrollada a partir de las normas y criterios que rigen la interpretación de la ley penal, obviando por ello toda referencia a otras dimensiones o niveles de aproximación. En particular se omiten todo tipo de consideraciones de *lege ferenda*, centradas en el acierto o desacierto político criminal de la regulación, salvo en aquello en que pudieren aportar elementos de juicio relevantes para la aproximación interpretativa. Tampoco abordaremos el tratamiento específico

* Doctor en Derecho. Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Profesor e Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de esa misma casa de estudios.

¹ ETCHEBERRY, T.II., p. 30; KUNSEMÜLLER L., p. 61; NOVOA MONREAL, T.I., p. 71.

de la reincidencia como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, asumiendo que la problemática propuesta apunta a la resolución de casos en los que se satisfacen los elementos, exigencias o presupuestos establecidos en el régimen penal general o “*de adultos*”, acotando por ello el problema a su aplicabilidad en el sistema penal de adolescentes, sin perjuicio de la necesidad de dejar asentadas algunas cuestiones de carácter general.

2. Precisiones preliminares

2.1 Efectos asociados a la(s) circunstancias agravantes referidas a reincidencia

En términos técnicos el término “*reincidencia*” se asocia a la concurrencia de los presupuestos o requisitos establecidos por el legislador para la configuración de determinadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal que tienen un carácter agravatorio de la misma. Ello implica que no todo reiterante condenado por delito es considerado en la ley como un reincidente. Lo son solo aquellos que hayan cometido “*el delito mientras cumple[n] una condena o después de haberla quebrantado*” (art. 12 N°14), quienes hayan “*sido condenados [] anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena*” (art. 12 N° 15) y quienes hayan “*sido condenado[s] anteriormente por delito[s] de la misma especie*” (art. 12 N° 16).

La mera *recaída en el delito* (que corresponde al sentido *natural* del término²) también genera efectos en el ámbito penal (a nivel sustantivo y procesal), pero se trata de consecuencias diversas a las previstas para la agravante de reincidencia constituyendo un supuesto que el legislador ha considerado insuficiente para motivar aquellos efectos que aparecen asociados a dicha circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal. Incidirá, en su caso, por ejemplo, en el ámbito de la determinación de la pena, en la valoración de la *irreprochable conducta anterior* del penado (art. 11 N°6 del Código Penal), en las exigencias referidas a la concesión del indulto particular (art. 4° letras c y e de la Ley 18.050), en la interrupción del plazo de prescripción (art. 99), en la fijación del plazo que habilita a la omisión de los antecedentes penales del condenado (Decreto Ley 409 de 1932)³ y para el acceso al sistema

² Vid al respecto el Informe CESC (p. 7) donde se detalla: “*Etimológicamente el término reincidir estaría compuesto por el verbo latino ‘incidere’, que significa ‘caer en’ y por el prefijo ‘re’ cuyo significado podría ser comprendido como ‘otra vez’, por lo que el significado del término re-incidir sería interpretable como ‘volver a caer en’.*”. En el mismo sentido CRUZ MÁRQUEZ, p. 125.

³ Vid. FUENZALIDA, pp. 319 y ss.; Informe CESC, p. 12, si bien confundiendo o tratando en forma conjunta los efectos asociados a la recaída (reincidencia en sentido natural) y a la reincidencia propiamente tal.

de reducción de penas en base a buen comportamiento (Ley 19.856). En el régimen de adultos, incide además en la procedencia y características de alguna de las medidas alternativas a las condenas privativas o restrictivas de libertad previstas en la Ley 18.216⁴ (en el régimen de adultos) o, en su caso, de los substitutivos penales que dicha ley considera conforme a la reciente modificación introducida por la Ley 20.603⁵. En el ámbito procesal, finalmente, inciden en la resolución de la prisión preventiva (conforme a lo dispuestos en el art. 140 del Código Procesal Penal)⁶ y para la eventual aplicación de la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 letra b) del Código Procesal Penal), entre otros⁷.

Dichos efectos se asocian por ello a todos los casos en que los antecedentes prontuarios corresponden a varios delitos de diversa naturaleza cuya pena en abstracto⁸ es inferior a la de aquél que motiva el enjuiciamiento; aquellos en que solo alguno de ellos tiene asignada una pena superior y los casos en que sólo se registra un delito de diversa especie (con independencia de la pena asignada). A ellos se suman aquellos casos en que el efecto agravatorio correspondiente se considera prescrito, conforme lo dispone el art. 104 del Código Penal.

En los casos de reincidencia propiamente tal las consecuencias previstas son diversas, y se encuentran vinculadas estrictamente a la asignación imperativa de un efecto agravatorio de la responsabilidad penal cuyas características se regulan conforme a la dinámica prevista en general para la valoración de los contenidos circunstanciales del delito (previstas en los arts. 63 a 69 del Código Penal). Se trata de una consecuencia adicional a las anteriormente mencionadas que fueren procedentes, en la medida que los casos de reincidencia legal son siempre subespecies

⁴ En este sentido GARRIDO MONTT, T.I, p. 209.

⁵ En NOVOA MONREAL (T.II., pp. 92 y 93) se aprecia un listado de efectos similares (adaptados, eso sí, a la regulación vigente en la época de confección del texto). No obstante, dicho autor incurre en el error de asimilar los presupuestos de dichos efectos a los de la reincidencia, sin advertir que en todos los casos mencionados éstos se determinan a partir de la existencia de “*condenas anteriores*”, dato que no resulta suficiente para configurar un caso de reincidencia en términos legales. Vid asimismo, en forma parcial, POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 516.

⁶ En este caso el presupuesto apunta a considerar como antecedente para considerar al imputado como un peligro para la seguridad de la sociedad el hecho de que “*hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley le señale igual o mayor pena*”. El nexo se destaca respecto del régimen procesal precedente CURY URZÚA (p. 514) y GARRIDO MONTT, T.I, p. 209.

⁷ En el mismo sentido BERRÍOS, p. 178, quien específicamente utiliza un concepto *amplio* de reincidencia para constatar sus implicancias en las restricciones al acceso a salidas alternativas (por razones legales o de criterio de persecución).

⁸ MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 344; CURY URZÚA, p. 510; ETCHEBERRY, T.II., p. 31; NOVOA MONREAL, T.II., pp. 82 y 83; POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 517.

del género configurado por la *reiteración sancionada* en general (o reincidencia *en sentido natural*)⁹.

De lo que se trata aquí entonces es de verificar la aplicabilidad de la reincidencia en sentido legal, es decir, la concurrencia de los efectos jurídicos asociados por el legislador a la concurrencia de sus respectivos presupuestos constitutivos en el ámbito de la responsabilidad penal de los adolescentes. Dichos efectos, *grosso modo*, son los siguientes:

a) Carácter imperativo de las definiciones adoptadas por el legislador al regular las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal

La concurrencia de una circunstancia a la que el legislador le atribuye un carácter modificatorio de la responsabilidad penal genera en primer lugar *el deber* en el juez de instancia *de considerarla* obligatoriamente en el proceso dedicado a la valoración de los aspectos circunstanciales del delito.

A este respecto conviene tener en cuenta que dicha obligación no emana del hecho de que en nuestro sistema general de valoración de las circunstancias del delito tenga carácter estrictamente reglado. Son más bien razones asociadas al principio de legalidad las que lo justifican en la medida en que impone la exigencia de que la actuación judicial, en las fases discrecionales que considera el procedimiento de fijación de la pena, deba encontrarse regida por criterios orientativos previstos en la ley. De esta forma se podrá afirmar que la individualización judicial es también reflejo de las exigencias de legalidad de la pena y no una aplicación del mejor arbitrio individual¹⁰, lo que demanda una exigencia de fundamentación que es objeto de control por la vía de la nulidad¹¹.

⁹ Conviene tener en cuenta que la terminología da cuenta de categorías cuyo uso se encuentra absolutamente estandarizado. Baste ver que en el primer análisis de cifras relativo a reincidencia de adolescentes sometidos a la Ley 20.084 el concepto de reincidencia se definió en torno a quienes "*presentaban una condena*" o (simplemente) una nueva causa en su contra. Se trata de supuestos absolutamente lejanos a la reincidencia técnica o legal. Al respecto Vid. BERRÍOS D., p. 184.

¹⁰ En el mismo sentido HORVITZ L. p. 101. Sobre las dinámicas de valoración de circunstancias previas a la modernidad Vid. VAN WEEZEL, pp. 460 y ss. En particular destaca que la falta de consideración a las exigencias de la legalidad decantaban en la virtual inexistencia de circunstancias modificativas, lo que resultaba coherente con el hecho de que el proceso de individualización de sanciones se configurase en base al "*mejor arbitrio judicial*" (pp. 462 y 463). El deber de motivar la sentencia emana entonces de la modernidad, en cuanto asociada a la legalidad (NÚÑEZ / VERA, p. 171). En nuestro caso en particular la práctica judicial (y la desatención de la dogmática) se acomodó a un esquema donde imperaba el libre arbitrio judicial, realidad que tiende a modificarse a partir de la implementación de la reforma al procedimiento penal. Al respecto vid. MEDINA SCHULZ, p. 226; NÚÑEZ / VERA, p. 169.

¹¹ Al respecto VAN WEEZEL, p. 463. En particular, respecto de la extensión de dicho deber, en pp. 493 y ss.

De ahí que este efecto vinculante también se puede sostener (en principio) en un modelo de fijación de penas centrado en una dinámica de individualización judicial más amplia como el previsto en la Ley 20.084 en la medida en que se trata de una actividad que, por definición, debe ajustarse a los parámetros definidos por el legislador. De esta forma, si entre ellos se considera la valoración de determinadas circunstancias del delito (como sugiere la letra c) del art. 24 de la Ley 20.084) parece claro que la consideración de aquellas que hayan sido definidas por el legislador con tal carácter es, por las mismas razones, imperativa.

La fijación legal de cuáles son los aspectos circunstanciales que deben ser tenidos en cuenta en el proceso de ponderación de “*las circunstancias del hecho*” debe ser respetada por el sentenciador en términos absolutos. De ahí se colige que éstas, y no otras, deben ser las consideradas, como también el que forzosamente deban ser ponderadas en caso de concurrencia de sus presupuestos constitutivos. La omisión de alguna de las circunstancias atenuantes y agravantes constituiría un quebrantamiento de la regla legal que norma dicho proceso discrecional (y no arbitrario), sancionada por la vía de la nulidad¹². La misma falta se produciría si el sentenciador da cuenta de circunstancias adicionales o diversas, en la medida en que se trata de parámetros que no han sido previstos por el legislador para el desarrollo de dicha tarea¹³.

b) Carácter imperativo de los efectos previstos por el legislador

En segundo lugar hay que tener en cuenta que las motivaciones que llevan al legislador a asignarle a cada circunstancia un efecto atenuante o agravatorio de la responsabilidad penal, con incidencia en las consecuencias que ella supone, también forman parte de los contenidos que el juez debe considerar en forma obligatoria a la hora de valorar su concurrencia. Ello implica que su constatación no puede carecer de efectos (el legislador ya se lo ha asignado al definirla como circunstancia genéri-

¹² En este sentido, contundente, RODRIGUEZ COLLAO, pp. 423 y ss. Respecto del régimen general (y en referencia al entonces procedente recurso de casación) VAN WEEZEL, pp. 464 y 472. Respecto del sistema penal de adolescentes MEDINA SCHULZ, pp. 214 y 227 y ss.; MALDONADO FUENTES, *Fundamentación*, 2011, pp. 507 y ss.; NÚÑEZ / VERA, pp. 177, 179 y 198 y ss.

¹³ La doctrina destaca el carácter *numerus clausus* que tiene la descripción de las circunstancias (al respecto CURY URZÚA, p. 474; NOVOA MONREAL, T.II., p. 15). No obstante, se opone a dicha conclusión, parcialmente, el tratamiento que parte de la doctrina le concede a las denominadas atenuantes analógicas (Vid. al respecto RODRIGUEZ COLLAO, pp. 422 y ss.). Desde nuestro punto de vista no existe en dicho caso contradicción alguna. La analogía opera como mecanismo de integración del derecho, constituyendo una manifestación tolerada desde el punto de vista de las exigencias del principio de legalidad. De hecho la tarea de argumentar a partir de un fundamento de base legal (que es en lo que consiste el ejercicio), cuya extensión permitirá abarcar una hipótesis que carece de formulación expresa, no puede ser considerada como una manifestación de criterio judicial que se encuentre al margen de la ley, en la medida en que se basa precisamente en un criterio acuñado por el legislador. En otro sentido, parcialmente en contra, VAN WEEZEL, pp. 467 y 468.

ca), ni puede tener asignado uno diverso al previsto por el legislador (sea que la haya calificado como agravante o como atenuante).

Hay que tener en cuenta que las agravantes genéricas (como los casos de reincidencia legal) no tienen asignado un efecto agravatorio en particular sino uno que -como ya apuntamos- debe regularse *acorde a las reglas previstas para su ponderación*. De conformidad con ellas su concurrencia puede producir un efecto neutralizador de atenuantes (por disposición de la ley o por efecto de la *compensación racional*) o una función agravatoria de la pena, pudiendo llegar a cumplir un efecto incremental (subir el grado de la pena) solo en la medida en que vaya acompañado de otras circunstancias de cuya valoración de conjunto se desprenda la necesidad de arribar a dicho efecto¹⁴.

En el sistema penal juvenil dichos efectos también deberán regularse *acorde a las reglas previstas para su ponderación*. Generarán por ello consecuencias que igualmente incrementarán la aflicción de la respuesta pero que, en concreto, serán diversas a las recién señaladas pues, en este caso, deberán aplicarse *aquellas que sean procedentes* acorde al modelo de valoración de circunstancias y, en general, de individualización. Lo relevante por ahora es destacar que se sigue en ello el mismo principio de determinación, con independencia de su materialización específica sea diversa.

2.2 Consecuencias

Sobre esta base podemos sostener que una respuesta afirmativa respecto de la procedencia de las circunstancias agravantes asociadas a la reincidencia en el modelo previsto en la Ley 20.084 obligaría a darles cabida a todos y cada uno de dichos efectos, debiendo, en su caso, adaptarse dichas consecuencias a los caracteres de dicho modelo según ya apuntamos. Ello implica¹⁵:

- 1° Que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 21, se deberá definir un grado de penalidad conforme a las reglas previstas en el “*párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal*” (salvo el art. 69), considerando dicha circunstancia y las demás que concurren, donde cumplirá efectos similares a los previstos en el régimen de adultos;
- 2° Que, acorde a lo dispuesto en el art. 24 letra c), deberá ser considerada para determinar la naturaleza y extensión definitiva de la pena que se va a imponer¹⁶, debiendo

¹⁴ Así, conforme lo disponen los incisos quinto del art. 67 y cuarto del art. 68, ambos del Código Penal.

¹⁵ Vid. al respecto Informe CESC, p. 12.

¹⁶ A nuestro juicio carece de toda lógica sostener (como se ha hecho) que la extensión de la pena de adolescentes se encuentra completamente determinada con la aplicación del art. 21 de la Ley 20.084 y con la fijación de los rangos señalados en el art. 23. Así se ha propuesto a partir del encabezado y títulos de las disposiciones en juego (Vid. por todos, HORVITZ L., *passim*).

formar parte del razonamiento que el tribunal exponga acerca de su consideración (y la de los demás criterios concurrentes) en lo resolutivo de la sentencia; en dicho lugar, puede cumplir efectos concretos diversos, conforme sugiera el mejor cumplimiento de los fines de la sanción, en la medida en que todos ellos puedan ser calificados como agravatorios. Es decir, la consecuencia de su consideración debe siempre encontrarse asociada a un mayor rigor o a una mayor afflictividad en la consecuencia.

3° Que, acorde a lo dispuesto en el art. 25 –en su caso–, deberá ser tenida en cuenta (junto a las demás criterios concurrentes) en forma análoga a cómo opera en el art. 24, para determinar si “el mejor cumplimiento de los fines de la ley” se puede cumplir a través de un conjunto de sanciones. Lo mismo aplica respecto de los casos regulados en el art. 9.

Por su parte una respuesta negativa producirá dos ámbitos de consecuencias, a saber:

1° La improcedencia de todos y cada uno de los efectos mencionados. Ello supone que la constatación de sus presupuestos no produce consecuencia alguna en la aplicación del art. 21 de la Ley 20.084 y tampoco en el proceso de individualización (art. 24) “en cuanto circunstancia”, sin perjuicio que, como anticipamos, pueden en este último caso cumplir otros efectos (no necesariamente agravantes) según disponga la fuente que sirva de base para asignarles algún sentido; y

2° Un tratamiento amplio de todos los supuestos de recaída en el delito (aquellos en que existe una condena precedente). Esto último supone una virtual equiparación de todos los casos que comparten dicho supuesto y el hecho de que el sentenciador les puede asignar efectos en la medida en que exista una fuente normativa diversa que permita (y obligue a) considerarlos¹⁷. Dichos efectos dependerán de los contenidos de las respectivas fuentes normativas y no deberán ser necesariamente agravatorios de la responsabilidad.

Así, por ejemplo, podrán llegar a tener igualmente contenido agravatorio (como la *neutralización* del efecto *atenuante* que pudiere producir la irreprochable conducta

Hay que tener en cuenta que se trata de una disposición cuya aplicación se encuentra referida a un catálogo de sanciones diversos a aquellos que deben ser aplicados a la responsabilidad penal de los adolescentes y cuyo resultado se expresa en un “*grado*” de dicha penalidad propia del régimen de adultos. Por otro lado (con particular claridad en el sistema de adolescentes) no ofrece más que un *rango de extensión* o duración de la respectiva sanción y no una cuantía precisa y concreta, siendo evidente que para arribar a una pena concreta falta aun una etapa por completar. Con ello parece claro que dicha tarea aun queda pendiente a la hora de dar aplicación a lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 20.084.

¹⁷ Debemos a este respecto reiterar que no resulta posible que en la individualización de la pena se le atribuyan efectos a ningún tipo de antecedente (por más relevante que parezca) si no existe una fuente normativa que así lo disponga, bajo sanción de nulidad.

anterior del condenado), siendo también posible asignarle incidencias diversas a partir de una fuente (normativa) alternativa, referida a la aplicación de lo dispuesto en la letra f) del art. 24, esto es, para la evaluación de la “*idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.*”. En dicho caso concedería un ámbito más amplio de evaluación y de efectos (agravantes, atenuantes, referidos a lo cualitativo o a lo cuantitativo) para la fijación de la sanción.

3. Presupuestos normativos

Inicialmente conviene tener en cuenta que *no existe una referencia o remisión formal y expresa en la Ley 20.084 respecto de la reincidencia legal como institución jurídico-penal.* Tampoco existe una remisión positiva que en forma directa asigne efectos jurídicos a las disposiciones que la regulan en el Código Penal (art. 12 números 14 a 16).

Su eventual consideración en la dinámica de determinación de la pena aplicable a adolescentes provendría de lo dispuesto en los arts. 21 y 24 de la Ley 20.084 en la medida en que se trata de reglas que contienen remisiones a disposiciones que forman del régimen general (común o “*de adultos*”) que directa o indirectamente se vinculan con dichos contenidos.

En efecto, el art. 21 de la Ley 20.084 consigna una serie de reglas que permiten calcular un grado de penalidad (o “*pena base*”) con la que se inicia el proceso de determinación legal de la pena de adolescentes, incluyendo entre ellas una remisión a un conjunto de disposiciones propias del proceso de determinación de la pena del régimen de adultos (en específico, las previstas en el “*Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código*”). Entre ellas se encuentran las reglas relativas a la valoración general de la aplicabilidad concreta de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal (arts. 63 y 64) y sus efectos en la fijación del grado de la pena de adultos (arts. 65 a 68 bis). Por su parte el art. 24 (que regula la individualización o determinación judicial de la pena de adolescentes) dispone que el sentenciador debiese seleccionar la pena concreta aplicable a un delito en atención a una serie de criterios que deben ser ponderados en conjunto, entre los cuales se menciona, de forma global, a las agravantes y atenuantes de la responsabilidad penal. En efecto, la citada disposición señala:

“Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios (...) c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal” (el destacado es nuestro)

Teniendo en cuenta que dichas circunstancias aparecen descritas con carácter general en los arts. 11 a 13 del Código Penal (además de otras que fueren reguladas en disposiciones penales particulares) se concluye, inicialmente, que el reenvío contenido en el artículo en comento incluye la consideración de la agravante de reincidencia, en cuanto su descripción y exigencias -según ya señalamos- se encuentran establecidas en los numerales 14 a 16 del art. 12 del Código Penal.

Finalmente, se tiene en cuenta que el legislador se habría manifestado claramente a favor de dicha opción toda vez que dispuso la incorporación de las condenas dictadas por responsabilidad penal de adolescentes al registro general de condenas¹⁸, regulando, además -y esto es lo relevante- el que se puede comunicar (o certificar) el contenido de dicho registro para efectos de acreditar la reincidencia en juicio. En este sentido el inciso final del art. 2 del Decreto Ley 645 de 1925 (sobre Registro general de condenas) dispone que:

“Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo” (el destacado es nuestro).

Por su parte, el inciso primero aludido en dicha disposición señala:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, el servicio de registro civil e Identificación comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados.”

De la lectura de estas disposiciones se concluiría que uno de los objetivos de la incorporación de las condenas de adolescentes en el registro regulado en el citado Decreto Ley es precisamente el habilitar a que se proceda a valorar la reincidencia.

3.1 Normas referidas a la determinación de la pena en el régimen de adolescentes

a) Contenido y sentido del “tenor literal” de los arts. 21 y 24 de la Ley 20.084

Debemos tener en cuenta en primer lugar que una lectura detenida del texto de las disposiciones transcritas pone en evidencia que no ofrecen ningún elemento de juicio que permita concluir la aplicabilidad de la agravantes de reincidencia, cons-

¹⁸ Así lo dispone (conforme dispone en términos general, es decir, respecto de cualquier condena penal, el art. 3 y, en general, el régimen normado en el Decreto Ley citado).

tituyendo una conclusión que exceden a su “*tenor literal*” (y, consecuentemente, de su “*sentido*”). Así al menos acontece con las reglas relativas a la determinación de la pena, de las que nos ocuparemos en primer lugar.

En lo relativo al art. 21 conviene tener en cuenta que se trata de una disposición que (en lo pertinente) realiza un reenvío a determinadas reglas previstas en el régimen general, referidas concretamente a una dinámica de valoración y atribución de efectos propios del proceso de determinación de la pena. Se trata de normas que de esta forma configuran un *procedimiento* que el sentenciador debe seguir para arribar a un grado de penalidad. En tal virtud son normas que, en lo pertinente, le indican al sentenciador qué es lo que debe hacer para valorar la concurrencia o ausencia de circunstancias agravantes y atenuantes de responsabilidad, sin que aporten en modo alguno respecto de la determinación de cuáles son esas circunstancias que el juez debe valorar y sobre las cuáles recaerá dicho procedimiento. Esta última definición –según ya hemos visto- se encuentra regulada en el régimen penal general en los arts. 11 a 13 del Código Penal (como también en otras tantas disposiciones particulares adicionales), disposiciones que no se encuentran incluidas en la remisión positiva que realiza el art. 21 de la Ley 20.084, pues dichas normas no forman parte del “*Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal*”.

Otro tanto se puede decir de lo dispuesto en el art. 24. Si bien en este caso (y a diferencia del anterior) existe efectivamente una remisión positiva y expresa a las circunstancias “*atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal*” tampoco se indican en dicho texto cuáles deben ser dichas circunstancias, constituyendo una materia diversa a la que aborda en particular, cual es, el *procedimiento* de individualización judicial de la pena.

A estos efectos lo único que se puede colegir a partir del texto es la necesidad de que los aspectos circunstanciales del delito deban encontrarse establecidos o fijados en forma positiva (no cualquier elemento de juicio puede ser tomado en cuenta sino sólo aquellos que el legislador ha seleccionado a dichos efectos) y que el juez debe asignarles en la individualización (razonada) un efecto incremental en la afflictividad (cualitativa o cuantitativa) de la pena. No obstante no incide en modo alguno en la determinación de su contenido, es decir, acerca de cuáles son o deben ser dichas circunstancias, materia que –según señalamos- no pareciera encontrarse tratada en forma específica en la Ley 20.084.

b) Complemento indispensable: la finalidad del art. 21

Desde un punto de vista teleológico no parece que la remisión contenida en el art. 21 de la Ley 20.084 respecto de las reglas de valoración de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal deba ser entendida y aplicada en forma absoluta. De ser así se corre el riesgo de introducir en el modelo efectos o conse-

cuencias que se apartan de los objetivos y funciones que se espera que cumpla la norma¹⁹.

A este respecto hay que tener en cuenta que el sentido de recurrir a un régimen de fijación de penas aplicable sobre sanciones diversas de las contenidas en la Ley 20.084 sólo se explica por el hecho de que su utilización no es propiamente una parte del modelo de determinación de penas de adolescentes, sino más bien un procedimiento previo e inicial, destinado a servir de *enlace* entre las valoraciones plasmadas por el legislador para fijar la gravedad de los delitos previstos en la parte especial del régimen penal general y las sanciones que son propias del sistema de adolescentes²⁰. La idea de base apunta a resguardar la debida proporcionalidad de las penas y el estricto apego que el legislador debe brindar al principio de legalidad en este ámbito en particular (fijación legal de la pena)²¹.

A dichos efectos se busca en primer lugar que las sanciones aplicables guarden la debida relación con la gravedad del hecho enjuiciado (proporcionalidad absoluta) recurriendo para ello al índice de gravedad que ofrece la pena fijada en el respectivo marco penal. Se trata de un índice o indicador que viene expresado en una “*pena de adultos*” y que por ello requiere de una cláusula o mecanismo de conversión que permita conocer cuáles son las penas de adolescentes que serían aplicables a cada caso en particular.

¹⁹ Conviene tener en cuenta, finalmente, que no existe impedimento alguno para recurrir al elemento teleológico para determinar concretamente el sentido de una disposición, más allá de las consideraciones que amerita su *tenor literal* o la *finalidad del legislador*. Concreta y latamente desarrollado en DUCCI CLARO, pp. 92 y ss.; Implícito en SQUELLA NARDUCCI, pp. 412 y ss.

²⁰ Parece obvio que el sistema de fijación de la pena de adolescentes se debe encontrar referido a las sanciones previstas en los arts. 6 y 7 de la Ley 20.084, consecuencias que, por lo demás, y a diferencia de las penas previstas en el Código Penal, no se expresan en “*grados*”. De ahí que resulte ilógico entender que la aplicación de reglas referidas a las penas previstas en el Código Penal (es decir, aplicables respecto de otro tipo de sanciones penales) y que operan a partir de su expresión en “*grados*” (igualmente ajenos) sean, estrictamente, reglas de fijación de penas de adolescentes. Estas solo ofrecerán un índice o indicador asociado a una entidad o “*gravedad*”, cuya utilidad radica en servir de base para resolver cuáles son las alternativas de sanción propias del régimen de adolescentes que deben ser dispuestas como reacciones potenciales frente a un determinado delito (art. 23). Una vez realizada dicha *conversión* pareciera que nos encontramos (recién) frente a un sistema de determinación de penas propio del régimen de adolescentes.

²¹ De ello nos hemos ocupado en otro lugar con base en fuentes lógicas, teleológicas y referidas a la historia de la gestación legislativa del modelo. Vid. MALDONADO FUENTES, *Determinación*, pp. 201 y ss.; y en MALDONADO FUENTES, *Fundamentación*, 2011, pp. 513 y ss.

A esto último se dedica el art. 23, dividiendo todos los delitos posibles de atribuir a un adolescente en cinco grandes grupos a efectos de la asignación de las respectivas alternativas de sanción. A la determinación de dicho índice se dedica la primera parte del art. 21, al referirse a la pena “*señalad[a] por la ley para el ilícito correspondiente*”.

Luego, y siguiendo la lógica de la proporcionalidad, el legislador busca plasmar el principio de que la afflictividad de la pena de un adolescente debe ser proporcionalmente inferior a la que corresponde a un adulto (proporcionalidad relativa)²², siendo éste el motivo que justifica recurrir a “*la pena inferior en un grado*” a partir del mínimo señalado en la ley, como también la necesidad de dar aplicación a “*las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal*”. Si bien la pretensión antedicha parece evidente en el primero de dichos casos debemos tener en cuenta respecto del segundo que la amplia mayoría de las reglas previstas en el mentado párrafo 4º disponen la aplicación de modificaciones a *la pena señalada en la ley* que se traducen en una rebaja o reducción de su extensión. De esta forma el no considerarlas genera un riesgo cierto de que la sanción aplicable a un adolescente pudiera llegar a ser mas afflictiva que la impuesta a un adulto, siendo precisamente lo que se pretende evitar.

En efecto, basta tener en cuenta que todas las reglas referidas a las etapas incompletas de ejecución del delito y las relativas a la participación criminal (arts. 51 a 54 y 61 del Código Penal) como también la amplia mayoría de las referidas a la valoración de circunstancias (arts. 65 a 68 bis) prevén dicho resultado como consecuencia, con rebajas que van de uno a cuatro grados de penalidad, siendo mas bien escasos (y altamente exigentes) los casos en que se dispone una ampliación del mínimo de pena²³ o un aumento de la misma²⁴.

Con ello carece de todo sentido disponer la aplicación de dichas reglas a efectos de considerar potenciales aumentos en el grado de la penalidad, aunque ello se traduzca en el solo incremento del extremo inferior de ella, pues en dichos casos nos apartaríamos de la función que cumple la norma en el sistema de fijación de la pena (evitar la aplicación de una condena más afflictiva en el adolescente que en el adulto), generando incluso el riesgo de que su aplicación llegase a operar en sentido opuesto o contraproducente.

²² A ello también se dedica el inciso segundo del art. 26 (“*En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza.*”), disposición que opera como regla correctora, aplicable sobre la pena ya fijada.

²³ En concreto en el inciso segundo de los arts. 66, 67 y 68 se agrava el mínimo de pena aplicable.

²⁴ En concreto solo en dos casos (arts. 67 inc. 5º y 68 inc. 4º) se permite directamente subir un grado de penalidad.

De esta forma, y conforme a su sentido o finalidad, no parece razonable que en aplicación de las reglas a las que se remite el art. 21 de la Ley 20.084 se deba dar aplicación a los efectos asociados a eventuales aumentos de penalidad, lo que específicamente se extiende al uso que puede darse a las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal. Éstas (incluyendo a la reincidencia) no debiesen producir efectos en dicha fase o etapa del proceso. Ello no implica que las circunstancias agravantes que deban ser consideradas carezcan de efectos en la determinación de la pena aplicable a los adolescentes. Ellos operan en el momento que corresponde dentro del proceso de fijación de la pena y que, conforme a la decisión del legislador, se ubica en la dinámica de individualización de la pena regulada en el art. 24.

Esta conclusión se ratifica por el hecho de que el legislador pareciera no haber previsto el que dichas circunstancias (las agravantes) llegaren a producir efectos en dos momentos diversos dentro del proceso de determinación de la pena, en atención a que ello atentaría contra el principio *non bis in idem*, problema ha sido tempranamente denunciado por nuestra doctrina²⁵ siendo además ratificado por la jurisprudencia a nivel material²⁶.

c) El problema del *ne bis in idem*

Al respecto debemos tener en cuenta que la crítica (y sus fundamentos) apuntan a denunciar un problema de la *doble valoración*, sin que de ello se extraiga un efecto concreto que decante en un veto a la consideración de agravantes en la dinámica regulada en el art. 24 de la Ley 20.084. Si bien dicho criterio pareciera sugerirse por doctrina²⁷ y jurisprudencia a nivel material, no parece ser más que una aplicación

²⁵ HORVITZ L., pp. 103, 113 y 114. Oo. MEDINA SCHULZ, pp. 216 y ss. Por razones asociadas a la comprensión estrictamente funcional de las etapas en que se divide el proceso de fijación de la pena. Próxima SAN MARTIN, p. 297, si bien en base a sostener que los objetivos en cada caso son diversos (en relación a la extensión y naturaleza de la sanción, respectivamente). En nuestro caso en particular compartimos dichas observaciones (en MALDONADO FUENTES, *Determinación*, pp. 203, nota 64 y más latamente en MALDONADO FUENTES, 2009, p. 10) sin que ello implique llegar a desconocer que existiría un doble efecto proscrito si concurrencia de la circunstancia produce un efecto que se traduce en modificar el marco penal aplicable sin su consideración (art. 23) y se pretendiera introducir un efecto agravatorio sobre esta misma base en el art. 24. Sobre la problemática Vid. NÚÑEZ / VERA, pp. 186 y ss.

²⁶ A este respecto debemos tener en cuenta que por sobre los casos en que los fallos reproducen declaraciones formales que se hacen cargo del problema (donde las opiniones se encuentran divididas) en la amplia mayoría la jurisprudencia reconoce implícitamente el que dichas circunstancias deben ser valoradas en una sola oportunidad. Si bien en la mayoría se la considera en la aplicación del art. 21, omitiéndose toda consideración a la hora de desarrollar las argumentaciones referidas a la aplicación del art. 24, lo relevante en este momento es que ello supone un reconocimiento de la necesidad de evitar una doble consideración o valoración.

²⁷ Expresamente BUSTOS RAMIREZ, p. 67; HORVITZ L., p. 114; Informe CESC, p. 13.

intuitiva, en la medida en que no se hace cargo de las razones materiales concurrentes para determinar cuál debiera ser el efecto de la limitación que proviene de la prohibición de doble valoración. En concreto, se ocupa un criterio secuencial o cuasi-cronológico (“*si ya se aplicó una vez, deben excluirse las aplicaciones sucesivas*”) omitiendo todo tipo de cuestionamientos acerca de la razonabilidad de las alternativas en juego, solucionándose el problema tanto si se suprime la consideración de las respectivas circunstancias en la aplicación del art. 21 como en la aplicación del art. 24, existiendo buenas y mejores razones (de carácter materiales) que permiten privilegiar la primera solución. Entre ellas podemos mencionar las siguientes: primero, el que la tesis contraria supondría sustraer dicho antecedente de la etapa central del proceso de fijación de la pena en el modelo instaurado en este régimen especial, único que da cuenta de las particularidades y del carácter especial del modelo en esta materia²⁸; segundo, pues ello también supondría sustraer su consideración del único momento en que se lo valora acorde a los contenidos propios del régimen de adolescentes y, lo más importante, en función de las sanciones previstas en este sistema (se las puede valorar en función de las reacciones que van a ser impuestas)²⁹. Tercero, y lo más relevante, ello supondría una interpretación que no es compatible con el texto expreso de la ley, pues basta leer el tenor de las disposiciones en juego para apreciar que sólo en el art. 24 el legislador se refiere en términos explícitos a las agravantes, característica de la que carece (por completo) el art. 21.

De esta forma, una aproximación sistemática a los contenidos de las disposiciones en juego lleva, de forma necesaria, a excluir la consideración de las agravantes de responsabilidad penal en la aplicación de las reglas a que se refiere el art. 21, reservando su valoración para la instancia regulada en el art. 24, todo ello, acorde al tenor de las disposiciones en juego y su fundamento o función que cumplen en el proceso de determinación de la pena de adolescentes.

²⁸ Al respecto Vid. MALDONADO FUENTES, *Fundamentación*, 2011, p. 513.

²⁹ Basta recordar que las valoraciones referidas a la aplicación del art. 21 se basan en el modelo de adultos, teniendo como objetivo la fijación de un rango de aflictividad representativo de un grado de penas de adultos. De ahí que deba corresponder a un proceso regido por los criterios propios del régimen de adultos pues se busca establecer un indicador expresado precisamente en la condena que hubiere merecido un mayor de edad.

3.2 Registro de condenas

Ahora bien, según anticipamos, también el tenor literal del art. 2 del Decreto Ley 645 de 1932 parecería avalar la idea de que la agravante de reincidencia debe ser valorada en la fijación de la pena de adolescentes pues permite comunicar los antecedentes prontuarios de los condenados menores de edad “*al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local (...) para comprobar la reincidencia de los imputados*” (el subrayado es nuestro)³⁰.

No obstante, no parece que dicho texto permita extraer dicha conclusión, pues en él se alude a una noción de reincidencia diversa, más amplia y referida a su acepción natural. Si bien parece indiscutible que el legislador entiende que los antecedentes penales previos del acusado deben ser comunicados y valorados en un proceso posterior, de ello no se colige una forma específica de atribución de efectos y, en particular, el que ésta corresponda a una valoración de las circunstancias agravantes asociadas a reincidencia.

Debemos tener en cuenta que los antecedentes incorporados al registro general de condenas constituyen datos personales sujetos a reserva siendo por ello regulada su comunicación bajo un régimen de excepción³¹. La justificación de su comunicación (vía certificaciones) depende entonces de un estricto apego a las finalidades que las motivan, encontrándose prohibido exceder el campo de aquello que habilita a su conocimiento. Siendo así, deberíamos concluir que no sería posible utilizar dichos datos para fines que no sean la sola acreditación de la *agravante de reincidencia*, pues éste constituiría el único motivo que el legislador ha considerado expresamente como causa de la comunicación de los antecedentes prontuarios a Jueces y Fiscales. De esta forma, en la medida en que dicho régimen excepcional debe ser interpretado en términos estrictos, deberíamos excluir la posibilidad de que dichos datos pudieran servir como antecedente para la operatividad de cualquiera de los demás institutos procesales y penales que pueden acreditarse a través de las constancias consignadas en el prontuario penal (y que, según ya hemos visto, son múltiples), cuyos presupuestos deberían acreditarse a través de medios o mecanismos de convicción alternativos.

No basta a dichos efectos entender que el conocimiento de los contenidos de dicho registro puede en estos casos constituir un antecedente que opere en favor del reo

³⁰ La verdad no se discute el que las sentencias condenatorias dictadas respecto de la responsabilidad penal de los adolescentes deban ser incorporadas al registro general de condenas, constituyendo un supuesto obvio a partir del texto referido. En efecto, si el legislador trata los casos en que los antecedentes prontuarios de adolescentes pueden ser comunicados, es obvio que entiende que las condenas correspondientes han sido ingresadas al registro. Al respecto Vid. FUENZALIDA, pp. 315 y ss.

³¹ Como indica la frase inicial del art. 2º del Decreto Ley 645 de 1925 los datos que se comunican lo son sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 19.628, es decir, sin afectar su carácter de datos personales que dicha disposición establece y regula. En el mismo sentido FUENZALIDA, p. 316.

para explicar la normativa. En dicho caso, se debería exigir que sea el propio interesado quien deba sopesar la conveniencia de su entrega, siendo incluso claro que hoy mismo puede perfectamente hacerlo (solicitar una certificación y acompañarla al tribunal o fiscalía correspondiente). En este caso estamos más bien frente a una comunicación automática, que vincula a jueces y tribunales con el contenido del registro, quienes no pueden ponderar a priori (sin conocer el contenido) si el resultado de dicha comunicación es favorable o adverso a los intereses del enjuiciado.

De esta forma si se sostiene que el término *reincidencia* se encuentra asociado a la agravante homónima, necesariamente debemos excluir la posibilidad de que la certificación correspondiente pudiere servir de base para la resolución de otros efectos jurídicos diversos lo que resulta ilógico y, con ello, inaceptable como solución hermenéutica. Constituiría además una conclusión contraintuitiva, que minimiza considerablemente la operatividad práctica de las instituciones jurídicas mencionadas.

Parece lógico, por todo lo dicho, que la noción de *reincidencia* que ocupa el legislador en la frase final del art. 2º del Decreto Ley 645 de 1925 detenta en este caso un sentido más amplio, constituyendo una referencia a “*la reincidencia en su sentido natural*”³², lo que sólo permite que los antecedentes prontuarios del adolescente (que no es igual a agravante de reincidencia) pueden ser considerados en un nuevo proceso penal para diversos fines y efectos que dependen del contenido de la reglamentación sustantiva (penal o procesal). Con ello el uso de la expresión *reincidencia* en este caso en particular no constituye un antecedente que por si solo permita concluir o apoyar una interpretación que sostenga la consideración de la agravante de reincidencia en estos casos.

4. ¿Es aplicable la agravante de reincidencia en el sistema de determinación de la pena de adolescentes?

4.1 Aplicación de la regla subsidiaria contenida en el art. 1º de la Ley 20.084

Hemos ya señalado que no existen reglas específicas en la Ley 20.084 que determinen cuáles de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal previstas en la legislación penal en general son aplicables en el régimen de adolescentes. Dicha constatación motiva la aplicabilidad de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 1º de la Ley 20.084 que dispone que:

“En lo no previsto [] serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.”

³² FUENZALIDA, p. 313.

Dicho texto pareciera dejar la impresión de que las definiciones adoptadas por el legislador en los números 14 a 16 del art. 12 del Código Penal resultan aplicables en el régimen penal de adolescentes en cuanto quedarían cubiertas por el supuesto que habilita a la subsidiariedad o supletoriedad del régimen penal común o general. No obstante hemos ya advertido que la remisión subsidiaria o supletoria consagrada en dicha disposición carece de un carácter automático. Así se ha sostenido en la doctrina ampliamente dominante en nuestro medio³³, en un criterio que resulta ratificado sostenidamente en los pronunciamientos recientes de la Corte Suprema³⁴. Así en causa rol 4760-12 sostiene la Corte que

“la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido (...) Se dispone, entonces, de normas penales especiales que sólo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la actividad estatal ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es -brevemente- sin afectar el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos (...) Que, consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria”³⁵.

En virtud de dicho razonamiento sostiene la Corte

“que la Ley N° 19.970 (...) no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes”³⁶, teniendo en cuenta que “en este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para

³³ Por todos, COUSO SALAS, 2012, *passim*. HERNÁNDEZ BASUALTO, pp. 196 y ss.; MALDONADO FUENTES, *Fundamentación*, 2011, pp. 523 y ss.

³⁴ Así, en los pronunciamientos emitidos en las causas sindicadas con los roles 2995-12; 5012-12; 5236-12, además de la número 4760-12 a la que aludiremos en el texto, todas de la misma Corte Suprema.

³⁵ Extractos de los considerandos duodécimo a decimocuarto. Conviene destacar que la expresión “*subsidiaria*” es ocupada en este considerando en relación al subsistema especial de adolescentes, reconociendo con ello en forma expresa el que no basta el nivel formal del texto normativo para determinar cuándo una norma de la legislación penal común debe o puede ser aplicada a la responsabilidad penal de los adolescentes.

³⁶ Considerando decimoquinto.

toda la vida en un registro de este tipo porque con ello se le mantiene entre infractores, en circunstancias que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del menor y toda acción del Estado que no tienda a este objetivo ciertamente lo contraría.” Considera, además, que la inclusión del adolescente en el registro de huellas genéticas “viene a ser una especie de pena accesorio, con la grave circunstancia adicional de que ella le perseguirá de por vida (...) de forma que “producirá efectos no sólo cuando mantenga dicha calidad [en cuanto adolescente] sino que incluso cuando alcance la mayoría de edad, hay que concluir que se trata de una medida que se encuentra al margen de los principios inspiradores de la Ley N° 20.084, relativa a la Responsabilidad Penal de los Adolescentes.”³⁷

Finalmente, concluye que

“todo lo anterior deriva en que la decisión de extender al adolescente K. R. V. C., luego de haber sido sentenciado, la obligación de tomarle muestras biológicas para ser incorporadas al registro respectivo, importa una afectación de sus derechos de adolescente, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder del recurrido se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso”³⁸.

Parece claro que para determinar la aplicabilidad de las normas penales generales debe primero verificarse la naturaleza y efectos de las respectivas instituciones jurídicas acorde a las definiciones adoptadas en el modelo previsto para el tratamiento penal de los adolescentes. Ello también supone verificar la aplicabilidad de dichos supuestos y efectos acorde a las características definitorias de la adolescencia, en la medida en que inciden en su operatividad práctica y en la definición de las bases de la especialidad del modelo³⁹. Se trata de verificar la compatibilidad y coherencia que puede predicarse entre los fundamentos de la respectiva disposición y dichos contenidos (definitorios del *modelo especial en general* y del *destinatario en particular*) en cuanto dicho expediente permite verificar si los objetivos pretendidos con su

³⁷ Considerando decimosexto.

³⁸ Considerando vigésimo.

³⁹ De ahí que una eventual inaplicabilidad de dichas reglas pueda provenir tanto de su incompatibilidad con los caracteres del modelo penal (que constituye un subsistema especial) como de aquella que se pueda predicar de las presupuestos o efectos de las respectivas disposiciones en relación a condiciones personales prototípicas del adolescente. En este caso se encontraría, por ejemplo, la aplicación de la teoría del error en relación a la valoración del contenido de ilicitud del hecho o el contenido de la denominada adecuación social, al respecto vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, pp. 206 y ss.

consagración en el régimen general se cumplen, se pueden cumplir y, en su caso, el que sean *replicables* en el modelo dirigido a adolescentes⁴⁰.

Se trata de una tarea que en términos de HERNÁNDEZ B. deviene en forzosa para el intérprete a partir de exigencias de rango constitucional⁴¹, y que resulta plenamente aplicable al régimen de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal⁴².

Las características generales de la especialidad del modelo y la orientación de sus fines gozan de un tratamiento distendido en nuestro medio⁴³. Se basan, por lo demás, en una conocida doctrina (“*de la protección integral de los derechos del niño*”) cuyos pilares radican en un conjunto de instrumentos cuya aplicabilidad se encuentra reglada en nuestro medio a través de lo dispuestos en el inciso segundo del art. 2° de la Ley 20.084⁴⁴. De ahí que sólo nos concentraremos en destacar los siguientes contenidos que parecen relevantes a los efectos de nuestro objetivo:

- a) El modelo previsto en la Ley 20.084 se define como un modelo de justicia especial, basado en el reconocimiento de la autonomía y de las diferencias presentes en el menor edad. Las premisas que lo sostienen son las siguientes:
 - i. Su primer presupuesto emana de la legítima pretensión de hacer efectiva la responsabilidad en que incurrir los menores de edad en caso que cometan delitos y, con ello, la posibilidad de aplicar consecuencias sancionatorias restrictivas de derechos sobre dicha base. Dicha premisa se basa en el reconocimiento (ma-

⁴⁰ El sustento normativo de esta construcción emana de lo dispuesto en el art. 10 N°2 del Código Penal. dicha disposición excluye de forma absoluta la aplicación del régimen previsto en el Código Penal respecto de los menores de 18 años, de donde se colige el que ninguna de las disposiciones que lo conformen resultan *per se* aplicables en el subsistema especial. Su aplicabilidad emana del reenvío que establece el ya mencionado inciso final del art. 1° de la Ley 20.084, lo que obliga a dar lectura a dichas disposiciones desde el punto de vista que es propio a dicho cuerpo especial.

⁴¹ HERNÁNDEZ, p. 198.

⁴² HERNÁNDEZ, pp. 214 y ss.

⁴³ Vid. la síntesis expuesta en COUSO SALAS, 2012, p. 151, nota 3.

⁴⁴ La fuente principal se ubica en los artículos 37 y 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), especialmente en el art. 39. Sin embargo debe además considerarse el contenido de las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores (Beijing) (1985), arts. 2 inc. 2°, 5.1, 6.1, 7.1 a) y 18.1; de las Reglas mínimas para la protección de menores privados de libertad (1990) y de las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Riad) (1990). Al respecto se debe tener en cuenta que la propia Corte Suprema reconoce la plena aplicabilidad de los criterios que informan el modelo en base a lo dispuesto en el art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 20.084, lo que califica como un “*reconocimiento legal*” de dichos instrumentos (*Considerando Duodécimo*, causa rol 4760-12 de la Corte Suprema).

terial y normativo) de la capacidad de autodeterminación que dichos individuos detentan en forma natural⁴⁵.

- ii. Resulta indispensable, sin embargo, complementar dicho presupuesto con el reconocimiento de que dicha responsabilidad es necesariamente diversa a la que es posible afirmar a partir del comportamiento de un adulto, en tanto la caracterización de la personalidad de un adolescente es esencialmente diversa a la de aquél, con particular reflejo en ámbitos que inciden directamente en la forma como opera el sistema de control penal: en cuanto atraviesa por una etapa de desarrollo progresivo, cuyos caracteres inciden directamente en la forma como ellos procesan y reaccionan frente a las herramientas de que se sirve el derecho penal (normativas y materiales), se deben adaptar los contenidos y finalidades del sistema penal en forma coherente a dichas características.
 - iii. Ambos componentes dan forma al contenido de su responsabilidad especial, constituyendo referentes indispensables de tener en cuenta a la hora de definir los caracteres del modelo de intervención correspondiente⁴⁶. Su omisión (de cualquiera) constituye por ello un déficit que llega a ser catalogado como una infracción de los derechos propios de los menores de edad⁴⁷. Asimismo, anticipa una intervención ineficaz, en la medida que el medio escogido para intervenir se muestra inidóneo para alcanzar los objetivos que pretende.
- b) A partir de esas bases los fines pretendidos por el legislador a través de la intervención penal adquieren una fisonomía particular, reflejándose en contenidos precisos que, en nuestro caso, reciben consagración positiva. Prueba de ello es:

⁴⁵ En efecto, al reconocer la titularidad de derechos subjetivos y la presencia de niveles importantes de ejercicio autónomo de los mismos, se asume la posibilidad de extraer consecuencias derivadas de la administración de dicha autonomía, incluyendo entre ellas, como base o fuente primaria, la responsabilidad que deriva de su ejercicio individual. Al ser posible afirmar dicha responsabilidad se hace posible, a la vez, extraer de ella consecuencias. De ahí que sea una consecuencia irrenunciable del reconocimiento que se hace respecto del menor de edad del carácter de ser titular y sujeto de derechos en propiedad.

⁴⁶ Al respecto, BERRÍOS D., pp. 169 y ss.

⁴⁷ No está de más recordar que todos los instrumentos internacionales que dan forma a esta doctrina conforman un estatuto o corpus que pasa a integrar el contenido del art. 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) conforme al criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos Villagrán Morales, conocido como <niños de la calle> (Guatemala), 1999; Walter Bulacio (Argentina) e Instituto de reeducación del menor 'Panchito López' (Paraguay), y en la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana: "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" (2002), instrumento interpretativo de validez general. Bajo estas premisas la competencia de los órganos del Pacto no parece discutirse. Al respecto Vid. DUCE J., pp. 77 y ss.

- i. Que las consecuencias de la responsabilidad penal de los adolescentes son cualitativa y cuantitativamente distintas a las previstas para los adultos (previstas en los arts. 6 y 7 de la Ley 20.084 respecto de las contempladas en el art. 21 del Código Penal)⁴⁸;
- ii. Que se dispone de un mecanismo de determinación de dichas consecuencias igualmente diverso, que concede mayores espacios a la individualización judicial⁴⁹, en atención a la mayor variabilidad de significados que propone el delito cometido por adolescentes;
- iii. El que dicho procedimiento se encuentra regido por objetivos precisos, también diversos al del régimen de adultos, fijados positivamente en el art. 20 de la Ley 20.084 en los siguientes términos: *“Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.”*.

Dos son entonces los objetivos a los que apunta el legislador (la responsabilidad por el acto propio –comúnmente asociada a objetivos retributivos, culpabilísticos o preventivo generales- y la integración social –referida a prevención especial-), cuya sistematización y síntesis se demanda del sentenciador en cada caso particular en que deba resolver una condena. El desafío consiste en la necesidad de compatibilizar el que se trata de sujetos en formación (esto es, en plena consolidación de las definiciones propias de su personalidad y de sus habilidades de relación e interacción) con el contenido de autonomía que les debe ser reconocido en términos igualmente propios. Dicha síntesis apunta a precisar una pena ajustada a las necesidades sancionatorias (o de “responsabilización”), de la que se esperan efectos pedagógicos propios, que debe integrarse en un contexto que favorezca la inserción⁵⁰.

Esta precisión permite reforzar en el contenido material de las sanciones dirigidas a adolescentes todo tipo de nociones relativas a la auto-responsabilidad, asunción de deberes, aceptación de los mismos, ética de la responsabilidad, etc., todo ello a partir de valoraciones centradas en la conciencia del daño individual y social aso-

⁴⁸ Vid. al respecto, MEDINA SCHULZ, p. 212, quien integra dicho contenido con el tratamiento de la individualización.

⁴⁹ En este sentido HORVITZ L., p. 102; NÚÑEZ / VERA, p. 180.

⁵⁰ No es por ello sólo a partir del contenido de la pena que esperamos efectos asociados a la inserción del adolescente, sino que es ésta la que debe procurarlos (y justificarlos) a partir de un contexto más amplio en el que se integra. Se podrá apreciar que dicha noción (reitero, regulada en términos positivos y con ello imperativa) constituye una modalidad diversa a la forma de comprensión tradicional de la lógica de la inserción social. De ahí que, por ejemplo, no sea posible sostener la necesidad de alcanzar efectos preventivo especiales o disuasivos a partir de una simple extensión cualitativa o cuantitativa de la pena, pues dicho razonamiento no da cuenta del mandato legal.

ciado al delito⁵¹. Permite asimismo suprimir pretensiones de inculcación coactiva de conceptos o formas de vida, en todo lo que vaya más allá de una oferta, definida en términos equivalentes a como se desarrolla en medio libre, en condiciones de normalidad. Finalmente, posibilita trabajar las instancias asociadas a reinserción (presentes o ausentes en el condenado) a partir de su adhesión⁵².

Dichos objetivos se deben evaluar en conjunto de forma integrada conforme los antecedentes que aportan los criterios y elementos dispuestos por el legislador en el art. 24 de la Ley 20.084, debiendo el sentenciador dar cuenta del razonamiento que justifica, a dichos efectos, su utilización⁵³.

4.2 La cuestión central: aplicabilidad de la agravante de reincidencia en relación al “modelo”

Dicho esto, parece evidente la necesidad de cuestionar la aplicabilidad de la agravante de reincidencia en el régimen penal de adolescentes. Debemos a estos efectos reiterar –aunque suene majadero– que el análisis que se demanda apunta en exclusiva a evaluar la compatibilidad de los efectos asociados a dicha circunstancia en particular con el subsistema previsto en la Ley 20.084, sin que ello implique hacerse cargo, a nivel general, de otros contenidos afines (como el tratamiento que debe darse a la reiteración delictiva o a los demás casos donde exista recaída –más no reincidencia legal). La tarea consiste entonces en precisar *si tiene sentido predicar las razones te-*

⁵¹ Para CILLERO BRUÑOL, p. 22, dichos contenidos operan en términos limitativos, en cuanto nunca pueden servir para fundar la imposición de la pena. Sintéticamente, debemos agregar que sostiene su tesis en la eventualidad de que dicho expediente lleve a excesos *paternalistas*.

⁵² Lo dicho no implica que no existan instancias o contenidos obligatorios en el modelo de intervención. Estas provienen del régimen formal de administración de las respectivas sanciones (régimen diario, orden y control) y de las diversas fuentes que inciden en dinámicas obligatorias para los menores de edad (como el régimen de educación formal). De esta forma el que existan escuelas al interior de los *recintos penales* no es más que una consecuencia del derecho/deber que les asiste respecto de la educación, y no una consecuencia propia del régimen que impone la pena. Lo impropio sería que el régimen penal les impidiera satisfacer dicha instancia de inserción. A estos últimos apunta la referencia expresa del texto legal. Elocuente son, al respecto, los siguientes términos de COUSO, “Principio educativo”, p. 65: “(...) 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”, con cita de referencia a Roxin.

⁵³ También se debe utilizar un procedimiento similar a la hora de resolver la aplicación copulativa de sanciones, según detalla el propio texto del art. 25 de la Ley 20.084 en cuanto indica que dicha opción se debe justificar en base al “mejor cumplimiento o satisfacción” de dichos objetivos. En el mismo sentido HORVITZ L., p. 101.

nidas en mente por el legislador al regular la circunstancia agravante de reincidencia y sus *efectos* en dicho modelo.

Con respecto al fundamento que subyace a la agravante de reincidencia no parece posible sostener que el significado atribuido a su presupuesto se pueda replicar en términos equivalentes respecto del comportamiento de los adolescentes. Debemos tener en cuenta que el legislador ha seleccionado estos casos por considerar que en ellos se evidencia una animosidad o un móvil asociado a *contumacia*⁵⁴, “*rebel-día*” o “*desprecio por el derecho*”⁵⁵ o por “*el significado de la condena*”⁵⁶ -naciones que antiguamente se asociaban a una mayor *perversidad moral en el infractor*⁵⁷-, cuya concurrencia aporta un antecedente que hace (o haría) más grave lo injusto o (según se prefiera) la culpabilidad del infractor. Se trata en efecto de un contenido adicional en relación a aquellos que han sido valorados en el delito y que precisamente por ello traen aparejado un efecto incremental o agravatorio.

Si bien nuestra doctrina ha identificado también otros contenidos materiales como fundamentos potenciales de la agravante de reincidencia (en particular, la peligrosidad y, sobre todo, el fracaso disuasivo de la condena precedente)⁵⁸, se trata de alternativas que carecen de aplicabilidad por naturaleza o por razones de texto legal. La construcción clásica (el fracaso del efecto disuasivo atribuido a la condena impuesta), que ocupó un lugar predominante en nuestro medio en forma histórica desde las justificaciones propuestas por FUENZALIDA⁵⁹, ha perdido hoy en día cualquier sustento material, en atención a que la Ley 20.253 ha eliminado la exigencia de cumplimiento efectivo de las condenas precedentes que precisamente permitía darle asidero conforme a nuestro derecho positivo. Dicha contundente conclusión (destacada en el único texto posterior a dicha modificación⁶⁰) se acompaña además por argumentos de fondo que ponen de relieve la inutilidad de pretender utilizar reforzadamente una herramienta (la pena,

⁵⁴ NÚÑEZ / VERA, p. 191.

⁵⁵ ETCHEBERRY, T.II., p. 34. En el mismo sentido, MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 345.

⁵⁶ Da cuenta de ello, en cita al Mir Puig, KUNSEMÜLLER L., p. 64. Lo cita como fundamento del clásico Carrara, NOVOA MONREAL, T.II., p. 73.

⁵⁷ Da cuenta de ello, en cita a Rossi, KUNSEMÜLLER L., p. 64.

⁵⁸ Al respecto Vid. MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 345; CRUZ MÁRQUEZ, p. 125.

⁵⁹ Al respecto Vid. CURY URZÚA -con base en CARRARA- (p. 506.) ratifica que la actual regulación es tributaria de dicha concepción (a pesar de que cabe la reincidencia impropia y la genérica, lo que justifica en p. 508); ETCHEBERRY, T.II., p. 30; GARRIDO MONTT, T.I, pp. 207 y 208; KUNSEMÜLLER -citando a FUENZALIDA- en KUNSEMÜLLER L., en POLITOFF / ORTIZ, p. 213. También antes en KUNSEMÜLLER L., p. 64; MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 345; POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 516.

⁶⁰ Expresamente, en ese sentido, MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 345.

incrementada) que demostró concretamente su ineficacia⁶¹. Por su parte, la mera referencia a la peligrosidad ha sido contundentemente rechazada a dichos efectos (más allá que se la identifique tras el presupuesto de la repetición delictiva que da forma a la recaída)⁶². Para ello se ha tenido en cuenta que los elementos constitutivos de las respectivas causales de reincidencia no permiten siempre afirmar su concurrencia (que operaría en forma objetiva, aun y cuando dicho pronóstico no sea sustentable) de forma que necesariamente ha debido ser otro el elemento concurrente tenido en mente por el legislador⁶³. No se trata de desconocer que tras la recaída y la reiteración (en general) sea posible sostener un diagnóstico o pronóstico de peligrosidad (de hecho, así se hace) sino de estimar que dicha lectura del dato de la recaída lleva más bien a la asignación de efectos diversos, sea que se encuentren referidos al ámbito de las medidas de seguridad o, en su caso, al tratamiento de la habitualidad delictiva. Por lo demás, parece claro que también en las hipótesis de concurso real de delitos concurre este mismo supuesto (la reiteración de delitos) lo que obligaría a sostener en ellos, igualmente, el pronóstico de peligrosidad y sus efectos (en este caso, el aumento de la pena). Sin embargo, el efecto jurídico asociado es a veces nulo (en los casos regulados a través del art. 74 del Código Penal) o se traduce en una reducción del margen de aflicción global de la condena (cuando se trata de ilícitos de naturaleza similar regulados a través del art. 351 del Código Procesal Penal). De ahí que el fundamento de la agravante deba buscarse (forzosamente) en el dato que aporta la condena previa y no en la mera reiteración o repetición de delitos.

No obstante sucede que la recaída no detenta un significado similar en el caso de los adolescentes en términos que permitan atribuirle un carácter circunstancial o autónomo como manifestación diversa a la expresada en el propio delito⁶⁴. Se trata más bien de un contenido que subyace y precede a la propia decisión de delinquir, presente en buena medida (en común) en todos los delitos, sin que pueda predi-

⁶¹ A este respecto Cury destaca que "el fracaso de la primera pena induce a sospechar no que ella pueda haber sido insuficiente, sino que acaso por su naturaleza sea inidónea para lograr la resocialización del reconvicto. En este último caso, lo aconsejable no es exasperarla, sino sustituirla por otro género de medida más eficaz para tales circunstancias". CURY URZÚA, p. 506. Lo ratifica asimismo más adelante p. 507.

⁶² En este sentido GARRIDO MONTT, T.I, pp. 207 y 208; NOVOA MONREAL, T.II., pp. 74 y ss. Da cuenta de ello, en cita al positivismo, KUNSEMÜLLER L., p. 64.

⁶³ En este sentido CURY URZÚA, pp. 506 y 507; GARRIDO MONTT, T.I, p. 208.

⁶⁴ FREEDMAN destaca concretamente que dicha etapa puede producir sintomatología que es coincidente con patrones que en la vida adulta son considerados como evidencias propiamente patológicas (como sería la reiteración recaída en el delito) lo que confirma que detentan un significado diverso. En el sentido afirmado en el texto, CRUZ MÁRQUEZ, p. 130.

carse un contenido diferencial que lo vincule en exclusiva a la recaída y que ofrezca como resultado un “*incremento*” de lo *injusto* o de *la culpabilidad*⁶⁵.

A este respecto debemos tener en cuenta que es usual que los adolescentes muestren una actitud retraída (lo que incide en una gran dificultad para la adaptación social) y que a la vez se manifiesten inconformistas⁶⁶, pero también el que se muestren obstinados, y presenten conductas desviadas, desadaptadas (socialmente)⁶⁷ o, lisa y llanamente, marginales, que constituyen expresiones concretas de una actitud rebelde o de “*desafío a la autoridad*”⁶⁸. Se trata de manifestaciones motivadas en la necesidad de refirmar los caracteres de su propia individualidad⁶⁹.

Estos dos elementos (el signo externo y la finalidad intrínseca que cumple) son precisamente características connaturales a esta etapa de la vida que permiten explicar por qué se detecta una mayor prevalencia de comportamientos disociales (incluyendo los delictivos) durante la adolescencia⁷⁰. Constituyen de hecho una muestra característica de su comportamiento habitual que detenta un carácter episódico, en cuanto desaparece (normal y naturalmente) en la medida que se alcanza la vida adulta⁷¹.

Lo más importante, se trata de un efecto estrechamente ligado al desarrollo y afirmación de las bases de su moral individual⁷². Hasta este momento el adolescente asimila la moral y los deberes asociados a la misma con la mera obediencia: el bien está definido por el respeto institucional a las definiciones adoptadas. De ahí que identifique “*el bien*” o “*lo correcto*” con la regla (antes, en la niñez, con la propia

⁶⁵ COLAS TUREGANO, p. 115.

⁶⁶ La incompreensión de la adolescencia está estrechamente ligada a la ausencia de signos visibles del proceso de integración del niño a la sociedad adulta, lo que es propio de sociedades más tecnologizadas. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pp. 145 y 146. De ahí que este mismo concepto se defina básicamente por condicionantes históricas y culturales. En efecto, el adolescente es un individuo biológicamente adulto a quien sociológicamente no se le considera como tal. Se aprecia gráficamente al apreciar sus capacidades de desenvolvimiento en materia de ejercicio de la sexualidad (Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pp. 141 y 142). Se trata, a fin de cuentas, de un aplazamiento sociocultural de condiciones biológicas que ya están definidas en la pubertad.

⁶⁷ Sobre dicha noción vid. GARAIGORDOBIL, pp. 198 y ss.

⁶⁸ A nivel general Vid. Informe CESC, p. 17.

⁶⁹ VERGARA, p. 2.

⁷⁰ La mayor prevalencia detectada en esta franja etárea supera los índices que naturalmente se presentan en la infancia y en la pubertad, pero también en la de la vida adulta.

⁷¹ Como indica TIFFER (p. 546) “*diversas investigaciones empíricas sobre la evolución de la criminalidad juvenil desde el punto de vista de su posible continuidad a lo largo de toda la vida del individuo han mostrado con claridad que, incluso en el caso de los denominados delincuentes múltiples o intensivos, la conducta punible sigue siendo más bien un <episodio>, y desaparece con el paso a la edad adulta*”.

⁷² COLEMAN J.C. / HENDRY, pp. 54 y ss.

autoridad que la dicta⁷³) y comprenda la sanción como una consecuencia asociada a la responsabilidad objetiva (carece de referentes de atribución subjetiva)⁷⁴. El desarrollo de la perspectiva crítica y la reflexión generan en esta etapa la necesidad de verificación de la adecuación “de” la regla⁷⁵ (y no sólo de la adecuación de los comportamientos a su contenido) fruto de lo cual adopta las normas y los valores que transmiten por adhesión, en base a su contenido intrínseco⁷⁶, y no por su carácter imperativo o por su asociación con la autoridad que la emite. De ahí que naturalmente sea habitual un comportamiento que en forma permanente cuestiona los signos de autoridad, la correspondencia de la ley (de las normas en general) a sus fundamentos y, además, el que tengan una fuente legítima. La idea es reforzar la *propia identidad* como ente autónomo generador y potencialmente incidente en dichas decisiones⁷⁷.

En tal sentido dichos comportamientos (y la tendencia a su desarrollo constante) constituyen una expresión práctica del proceso de aprendizaje que es propio de la adolescencia (referido a la asunción de su posición autónoma en la sociedad) y que se desarrolla naturalmente en base a experiencias de ensayo y error “*en un periodo en que la identificación dubitativa del adolescente [con su identidad] le autoriza precisamente a efectuar estas diversas tentativas*”⁷⁸. De ahí que sea “*habitual que*

⁷³ Asimismo SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 150, con cita a Rawls.

⁷⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 147.

⁷⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 149.

⁷⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 151.

⁷⁷ Este efecto también explica la relación (prototípica) que desarrolla con el grupo de pares (de mayor cercanía o *complicidad*) –como demuestra VÁSQUEZ GONZÁLEZ, p. 136- y con su entorno familiar donde suele desarrollar una interacción habitualmente definida en términos críticos (VERGARA, p. 2.). Lo relevante de entender es que se trata de una estructura que simboliza el conjunto de pautas o patrones estandarizados, impuestos por “*terceros*”, de los que hay que apartarse en cuanto desafían o constriñen el proceso de búsqueda personal y la propia afirmación de la individualidad.

⁷⁸ En el plano psicológico la adolescencia se caracteriza por un vertiginoso proceso de aceleramiento del desarrollo cognitivo, principalmente marcado por la comprensión del significado de la lógica abstracta, la conceptualización y su incidencia en el papel del razonamiento como facultad individual (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 143). Se trata de un contenido plenamente relevante que naturalmente lo lleva a interesarse por significados que trascienden a su posición individual frente a otros (sentido de la vida, realidades sociales, etc.) lo que incide en necesidades asociadas al fortalecimiento de su identidad (ve la necesidad de “*tomar postura*” –como indican COLEMAN J.C. / HENDRY, p. 51- y que incide en la necesidad de adopción de definiciones *morales* individuales (de donde emana la natural *reacción de rebeldía*). Ello se suma a un proceso más complejo y determinante en la formulación de la propia personalidad (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 142), marcado por el descubrimiento del “*yo*” y, con ello, el realce de su individualidad. Necesita definir y delimitar su propia identidad (precisar lo que lo asemeja y aquello que lo diferencia de los otros) lo que incide sensiblemente en los caracteres que adquiere su relación con los demás y, en

comportamientos antisociales e incluso delictivos se correspondan con una conducta normal del niño y adolescente, formando parte del proceso de crecimiento, aprendizaje y desarrollo social de los mismos."⁷⁹. La recaída en el delito constituye en estos casos una expresión de rebeldía, desafío o desprecio por las reglas y por la autoridad, que se identifica con dicho proceso propio de la adolescencia.

Para evitar equívocos conviene dejar constancia de que lo dicho no permite concluir la imposibilidad de fundar una atribución por dichos comportamientos, con base en la idea de que el *comportamiento desviado* constituye una "*expresión natural*" de la adolescencia. Al contrario, dicho proceso requiere de la *identificación* (formalizada) *del hecho de que constituye una manifestación errónea de la autonomía* y de la asunción auto-responsable de las consecuencias que de ello derivan para que dicha experiencia contribuya efectivamente al desarrollo de la propia individualidad y al proceso de socialización⁸⁰. Es por ello indispensable la *guía* que ofrece la *respuesta* que amerita dicho comportamiento⁸¹ y el que ésta se funde –expresamente– en la propia responsabilidad individual (en cuanto manifestación indiscutida de su propia autonomía)⁸².

Ya hemos visto que la incidencia de las particulares condiciones del adolescente en este plano se ha tenido en cuenta a la hora de prever una modalidad especial de reacción, diversa en todo sentido respecto de la que amerita la atribución en base a la responsabilidad que es propia de la adultez. Dicha definición no apunta

particular, con los entornos estructurados o institucionales que lo rodean, aquellos que inciden en sus decisiones y que hasta hace poco las determinaban en forma heterónoma.

⁷⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 152. La adolescencia constituye un periodo de experimentación y aprendizaje, motivado en el proceso de enfrentamiento al ejercicio de la autonomía individual y moral que es propio del paso e incorporación a la vida adulta. Los efectos de esta transición son múltiples, vertiginosos, y afectan al plano físico, psicológico y con ello el relacional. En este sentido COLEMAN J.C. / HENDRY, p. 44; VERGARA, p. 1; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 141. A este respecto hay que tener en cuenta que los procesos biológicos, psicológicos y sociales varían y lo hacen de manera no uniforme. Ello hace que un cambio físico, por ejemplo, incida en los demás ámbitos en forma negativa (por su falta de sincronización), con particulares efectos en el plano psicológico (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 146).

⁸⁰ De ahí el error de base que afecta al planteamiento tutelar o paternalista que supone la irresponsabilidad de todos los menores de edad.

⁸¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 152.

⁸² Lo dicho se ratifica en el modelo previsto en la Ley 20.084, en cuanto se basa en una comprensión de la respuesta penal fundada en la responsabilidad individual. Lo ratifica la finalidad asignada (con texto positivo) a la propia sanción, tanto en cuanto constituye una instancia de socialización como por el hecho de que a través de ella se debe "*hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan*" (art. 20 de la Ley 20.084). Se confirma asimismo en la necesidad de considerar en la individualización de la pena la idoneidad de la sanción aplicable para "*fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas*", proceso de clara connotación subjetiva, interna e individual.

simplemente a la previsión de una reacción más breve, reducida o menos extensa respecto de la prevista para los adultos, sino de una cualitativamente diversa, definida en atención a que los caracteres del receptor (adolescente) lo ameritan para la consecución de sus fines (que también, y por las mismas razones, son diversos).

El punto es que, en dichas condiciones, no parece posible independizar el dato de la rebeldía de la valoración que expresa la propia comisión del delito o, en su caso, llegar a atribuirle un efecto particular diverso y adicional, lo que impide consignarlo como una *circunstancia* del mismo o asignarle efectos en tal carácter.

Debemos tener en cuenta además que, de forma excepcional, también resulta posible sostener que dicho significado, móvil o expresión puede no concurrir en un caso en particular. Así se sostiene respecto de los llamados casos de multioccasionalidad o en la recaída motivada por razones pasionales, la referida a delitos imprudentes, etc. La constatación de dicho supuesto no conduce sin embargo a un resultado diverso pues la aplicabilidad de la circunstancia deberá entonces ser desechada por un déficit asociado al contenido material que la justifica. En efecto, si bien hemos ya detallado que la concurrencia de los presupuestos de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal deviene en efectos imperativos, no se trata de una regla que permita llegar a justificar su aplicación en aquellos casos en que no cuenten con un respaldo de base material, asociado al fundamento que les da sentido. En síntesis, no es posible en dichos casos sostener el efecto agravatorio o atenuatorio correspondiente en la medida en que no concurre la razón que lo justifica. Así se sustenta y acepta en nuestro medio con total uniformidad respecto del empleo de veneno en el homicidio calificado⁸³, en la alevosía⁸⁴, en la nocturnidad⁸⁵, etc.⁸⁶

Ahora bien, tampoco el campo de los efectos asociados a dichas hipótesis parece aportar en sentido contrario pues el imperativo consistente en un incremento en el rigor penal no parece constituir una modalidad reactiva compatible con los objetivos que se persiguen con la sanción penal y en particular con el sentido que detenta la recaída.

El mero incremento cuantitativo del rigor penal apunta a un proceso de adhesión formal o externa a los imperativos del derecho: reprimir la “mayor” rebeldía de cara

⁸³ Por todos, POLITOFF /MATUS /RAMÍREZ, T.II, pp. 62 y ss.

⁸⁴ Por todos, CURY URZÚA, pp. 517 y 518.

⁸⁵ Por todos, CURY URZÚA, p. 538.

⁸⁶ Lo dicho no es más que una exigencia del principio de lesividad respecto de las agravantes. En efecto, su aplicación deberá estar respaldada por un incremento en el contenido de injusto del hecho (sea referido al resultado o al desvalor de la conducta) o de la culpabilidad. Para quienes sostienen la aplicación de efectos preventivos en la determinación de la pena deberá ser reflejo del respectivo pronóstico.

a la disuasión futura. Resulta en ello completamente irrelevante el que la pena llegue a cumplir funciones asociadas a lograr una adhesión interna a los bienes, valores o intereses que protege la norma o a fortalecer su imperio como forma única de orden social. En el adolescente dicho efecto es limitado (si es que no puede ser considerado incluso como nulo) en la medida en que el sentido de la mera *obediencia a la autoridad* es precisamente rechazado en forma natural. Sobre esa base es bastante poco lo que se puede esperar del mismo, con el riesgo adicional de que sus consecuencias puedan llegar a ser contraproducentes, en la medida en que refuerza la perspectiva crítica que *naturalmente* concurre en el adolescente⁸⁷.

De ahí que se sostenga en forma profusa que intervenciones de esta naturaleza (u otras que igualmente omitan dar cuenta de la complejidad del fenómeno) puedan llegar más bien a perpetuar (o, cuando menos, a alargar) un proceso que habitualmente debiese tener carácter transitorio⁸⁸, lo que minimiza las perspectivas preventivo especiales que caracterizan el modelo, resultando además incompatible con los objetivos y finalidades previstas en la ley⁸⁹. A nivel general no contribuye a los objetivos referidos a *responsabilizar* al adolescente *por el hecho* cometido (se trata de supuesto que va más allá de su propia responsabilidad) ni *favorece* su *integración social* (sino al contrario)⁹⁰. A nivel particular tampoco contribuye a “*fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas*”⁹¹.

Hemos ya aclarado que ello no se traduce en una política asociada al *non intervention*, sino en la necesidad de una aproximación más completa y compleja (propia de un fenómeno que se presenta en forma diversa a como se caracteriza naturalmente

⁸⁷ Si lo que se espera es precisamente un efecto inhibitorio o disuasivo a partir de la mayor aflicción del *dolor penal* los caracteres del adolescente lo entenderán o interpretarán su significado como una manifestación de mera constricción de su propia individualidad, operando en favor de un incremento de la rebeldía. Se refuerza a partir de la natural resistencia a los cambios impuestos en la adolescencia (VÁSQUEZ GONZALEZ, p. 153).

⁸⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pp. 144 y 145. Hemos ya visto que el comportamiento antisocial o disruptivo que surge en la adolescencia constituye un dato de validez general (abarcando a la amplia mayoría de los casos) que se caracteriza por lo mismo como *transitorio*, en el sentido de que suele no superar dicha etapa de la vida (COLEMAN J.C. / HENDRY (p. 193). Por lo mismo, se trata de una característica que no suele arrojar efectos negativos (VÁSQUEZ GONZALEZ, p. 135; TIFFER, p. 546). Con cita basada en datos empíricos, SANABRIA y URIBE lo ratifican respecto de la amplia mayoría de los jóvenes entre los 12 y 18 años, incluyendo también casos en los que no hay noticia de que hayan delinquido (pp. 206 y 213). BERRÍOS D. (p. 185) lo asocia directamente al dato que aporta la constatación de que las cifras de reincidencia en adolescentes sean mas altas en sanciones privativas de libertad.

⁸⁹ Concretamente se sostiene en forma idéntica en Informe CESC, p. 313.

⁹⁰ Art. 20.

⁹¹ Art. 24 letra f).

en el comportamiento adulto)⁹² que permita extraer de la recaída los contenidos relevantes de considerar a partir de una valoración que integre perspectivas cualitativas. Es indispensable contar con una dinámica en la que se refuercen aproximaciones individualizadas al fenómeno de la recaída, centradas por ello en las características particulares del hecho que sean relevantes de valorar y de su correlato en las características de la sanción⁹³.

En cuanto a los presupuestos parece claro que los potenciales significados asociados a los casos de recaída en el delito, son considerablemente más amplios que la mera constatación de la rebeldía. A la valoración de las particulares características asociadas a un pronóstico de recaída (peligrosidad) o a la caracterización del individuo (habitudinalidad, profesionalización, etc.) se suma la frecuencia, la naturaleza de los diversos ilícitos (homogéneos, heterogéneos) sus relaciones (asociadas a un sujeto pasivo, a un tipo de escalada nociva, etc.), dando forma a diversos “*patrones de conducta*”⁹⁴.

En cuanto a las modalidades de intervención es claro que la propia ley refuerza una aproximación centrada en una perspectiva individualizada. En este contexto, la efectividad asociada a la intervención (preventiva, particular o especial y de largo o mediano plazo, en adolescentes) debe vincularse a un proceso de asunción de los mandatos que provenga de dinámicas internas que se espera desarrollar en el adolescente, vinculadas a la aceptación de las reglas imperantes en razón de su contenido (fortalecer el respeto por ellos) o, en su caso, como parte de la adhesión (interna) al papel que cumplen como reglas de juego (fundamentales o mínimas) de la convivencia. A ello apunta las denominadas teorías fundadas en la obtención del “*desistimiento*” que en la actualidad ofrecen las perspectivas más optimistas de orientación de los modelos de intervención penal⁹⁵.

En efecto, nadie desconoce que la presencia de un determinado patrón de conducta asociado al delito constituye de hecho un *factor de riesgo*. También lo integra el dato que ofrece el hito simbólico que representa la condena precedente (y, en su caso, el que se puede predicar de la misma ejecución de la condena, si ha llegado a producirse). Sin embargo, y considerando el nexo de dicho componente con el comportamiento propio en la adolescencia, parece atendible centrar la intervención en algo más que en la mera constatación de la “*carrera delictiva*”, “*trayectoria*

⁹² Al respecto vid. Informe CESC, pp. 14 y ss. y, en especial, 19.

⁹³ Como indica BERRÍOS D. (p. 186) “*es necesario contextualizar las nuevas infracciones en este proceso. En el desarrollo de futuras investigaciones debieran considerarse estos factores al evaluar el cumplimiento del objetivo de integración social y evitación de la reincidencia.*”

⁹⁴ Como indica BERRÍOS D., p. 186 “*La seriedad y frecuencia de los nuevos delitos no puede ser algo indiferente en su análisis.*”

⁹⁵ Vid. al respecto, CID MOLINÉ / MARTI OLIVÉ, pp. 10 a 31.

criminal” o simplemente en la *reiteración*, para ocuparse más bien de las razones que permitirán interrumpirla, lo que excede el campo de los elementos de juicio que ofrecen dichos presupuestos considerados en forma aislada. Como destaca CRUZ MÁRQUEZ (en cita al estudio de Sampson) “*centrar la atención en la interrupción de la carrera criminal en lugar de en su continuación, permitió comprobar que la pauta general es el desistimiento, que tiene lugar en un determinado momento de la vida de todas las trayectorias señaladas*”⁹⁶.

Lo dicho se apoya además en el hecho de que la delincuencia en la adolescencia es fruto de la interacción de factores personales y ambientales, sin que existan determinantes que permitan identificar variables precisas con carácter o validez general⁹⁷. De ahí que podamos concluir que el dato de la recaída es relevante pero también el que ofrece una información muy *pobre* si se lo considera y valora en exclusiva o de forma aislada. De cara a la satisfacción de los fines pretendidos por el modelo y, en particular, para satisfacer los objetivos asociados a la fijación de las consecuencias concretas que tendrá la responsabilidad penal, se demanda un análisis más completo y en cierta medida complementario, asociado a los caracteres particulares del patrón que evidencie y de los que a este respecto ofrece la perdona del condenado. Todo ello resulta incompatible con la asignación genérica de efectos que no dan cuenta de dicha particularización y con su asociación a fines objetivos de carácter agravatorio vinculados en exclusiva al plano cuantitativo de la reacción (como la agravante en cuestión).

De todo lo dicho se colige el que no hay razones que permitan asignarle un efecto agravatorio en particular *por regla* o uno que permita diferenciar hipótesis específicas de recaída que detenten en exclusiva dicha propiedad (como las propuestas tras las definiciones legales de la reincidencia que ofrece el legislador penal común)⁹⁸. No se trata por ello -al igual a como acontece con la propia posibilidad de responsabilizar al adolescente por su comportamiento desviado- de anular su consideración, sino de constatar que ésta no se encuentra vinculada a las razones que en el régimen de adultos llevan a asignarle el carácter de una circunstancia particular del hecho (adicional a la valoración del mismo) con efectos (imperativos) agravatorios de la responsabilidad.

4.3 Síntesis

En síntesis: La reiteración se muestra en la adolescencia como una manifestación propia de la personalidad, centrada en la rebeldía; en tal calidad, no ofrece crite-

⁹⁶ CRUZ MÁRQUEZ, pp. 135 y ss. En el mismo sentido BERRÍOS D., p. 186.

⁹⁷ Al respecto VÁSQUEZ GONZALEZ, pp. 137 y 141; GARAIGORDOBIL, p. 198.

⁹⁸ COLAS TUREGANO, p. 115.

rios que permitan atribuirle un contenido especial, circunstancial al delito cometido; tampoco ofrece criterios que permitan distinguir determinados casos de otros a priori (en abstracto); la atribución de efectos, por ello, es necesaria, pero es más compleja, siendo insuficiente y contraproducente una lectura de la rebeldía que se traduzca, lisa y llanamente, en una consecuencia incremental del rigor de la pena. Bajo estas premisas, “*la agravante de reincidencia*” (no la consideración y valoración de la recaída) carece totalmente de sentido en un modelo penal orientado a adolescentes, caracterizado conforme a la doctrina de la responsabilidad especial.

4.4 La regla de “*inherencia*” (fundada en el *non bis in idem*)

Finalmente, debemos tener en cuenta que el hecho de que estas consecuencias emanen de caracteres prototípicos de la personalidad de los adolescentes hace que las conclusiones expuestas se refuercen en base a una fuente normativa diversa. A estos efectos quisiéramos destacar que entre las normas contenidas en el “*Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal*” aplicables en la dinámica de determinación de la pena de adolescentes conforme dispone el art. 21 de la Ley 20.084, se incluyen dos disposiciones dirigidas a “*filtrar*” el contenido de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que deben ser objeto de valoración en el proceso de determinación de la pena.

La premisa que las justifica apunta a reconocer que no todas las circunstancias modificatorias de la responsabilidad que objetivamente concurren en los hechos acorde a las reglas generales deben ser objeto de valoración⁹⁹, debiendo excluirse aquellas que sólo deban surtir efectos en determinadas personas en atención a su carácter subjetivo o personal (art. 64) y aquellas cuya consideración conllevaría una vulneración del principio *non bis in idem*, materia que se encuentra tratada por el legislador en el art. 63 del Código Penal¹⁰⁰. Entre estas últimas se incluyen no solo

⁹⁹ SALINERO ALONSO, p. 120.

¹⁰⁰ La regulación propuesta en este caso en particular no da lugar a una cláusula cerrada. Como destacan MATUS / VAN WEEZEL (en POLITOFF / ORTIZ, p. 350) el fundamento de la disposición corresponde a un principio jurídico de carácter general que configura por ello un de criterio interpretativo que demanda aplicación sobre toda la legislación penal. De ahí que la judicatura deba darle aplicación (evitar un *bis in idem*) en todos los casos en que concorra dicho fundamento y no sólo en los casos previstos en el art. 6. En el mismo sentido RUDNICK VIZCARRA, p. 20 y BORJA JIMÉNEZ, p. 179. Sobre el nexo de la regla prevista en esta disposición con el principio *non bis in idem* CARNEVALI / KÄLLMAN, p. 18; COUSO, en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 572; MATUS / VAN WEEZEL en POLITOFF / ORTIZ, p. 350; NOVOA MONREAL, T.II., p. 101; POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 518; VAN WEEZEL, pp. 466 y ss. En relación al derecho español (relevante por contar con un texto positivo idéntico al nuestro), con abundante cita de respaldo, SALINERO ALONSO, p. 122 y BORJA JIMÉNEZ, pp. 174 y 175, habiendo puesto de relieve antes (p. 171, con cita de referencia) el que constituye una relación obvia y (posteriormente, en p. 178) el que constituye una interpretación uniforme.

aquellas “que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo”, sino también aquellas “de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

Concentrándonos en esta última disposición podemos dar cuenta desde ya que, conforme ha resuelto doctrina y jurisprudencia en forma dominante, la denominada reincidencia impropia prevista en la segunda parte del art. 12 N° 14 del Código Penal (cometer el delito después de haber quebrantado la condena) se encuentra precisamente en el primero de los casos mencionados, careciendo por ello de toda aplicación¹⁰¹. Por su parte en el último de dichos casos (referido a la denominada *inherencia tácita*¹⁰²) se ubican no sólo aquellas situaciones en las que la agravante correspondiente está implícita en alguno de los elementos descritos en el tipo penal (cuya constatación emana de un análisis abstracto de la ley, como –paradigmáticamente- ocurre con la alevosía en el infanticidio¹⁰³), sino también aquellas donde las particulares *circunstancias de comisión del hecho* permiten sostener que *no se podría haber ejecutado el delito sin su concurrencia* y también aquellas en las que dicho resultado emana de *cualidades o características personales o actitudes subjetivas del hechor*, en la medida en que concurra en dichos casos la misma razón¹⁰⁴.

Se podrá apreciar que en aquellos casos donde se debe recurrir a un análisis circunstanciado (es decir, en los dos últimos) el argumento centrado en la prohibición de incurrir en un *bis in idem* se acompaña muy de cerca por un motivo asociado a las exigencias que impone el principio de culpabilidad, pues, sea que se trate de

¹⁰¹ Al respecto COUSO, en COUSO /HERNÁNDEZ, pp. 573 y 574 (con cita de casos adicionales al ya mencionado); CURY URZÚA, pp. 508, 509 y 765; ETCHEBERRY, T.II., p. 31; KUNSEMÜLLER L., en POLITOFF / ORTIZ, pp. 209-210; MATUS / VAN WEEZEL en POLITOFF / ORTIZ, p. 351; MERA FIGUEROA, en COUSO / HERNÁNDEZ, pp. 342 y 343. NOVOA MONREAL (T.II., p. 81 y, especialmente, 99) concede (en el último lugar citado) una convincente y lata explicación del problema aludido en el texto, que decanta –razonablemente- en la afirmación de su inutilidad. Con matices, finalmente, también lo sostiene GARRIDO MONTT, T.I, pp. 209 y 210.

¹⁰² CARNEVALI / KÄLLMAN, p. 19. Se diferencian por ello de los casos en que la circunstancia haya sido *expresad[a por el legislador] al describir[] y penar[]* el delito, donde el riesgo de *bis in idem* es evidente. Dicha hipótesis, consideradas en la primera parte de la disposición, dan lugar a la denominada *inherencia expresa*.

¹⁰³ Vid., por todos, CURY URZÚA, p. 766 (y, a nivel más general, en p. 518).

¹⁰⁴ El que la disposición transcrita se refiere a todos los casos mencionados constituye doctrina dominante en nuestro medio. Al respecto COUSO, en COUSO /HERNÁNDEZ, p. 578; MATUS / VAN WEEZEL en POLITOFF / ORTIZ, p. 353. Las (solitarias) opiniones minoritarias se expresan por NOVOA MONREAL (T.II., pp. 100 y 101), quien entiende que la inherencia debe corresponder a un análisis abstracto referido al tipo de delito y no a circunstancias particulares derivadas de la modalidad o forma de comisión escogida por el autor del mismo; y, finalmente, por CURY URZÚA (pp. 766 y 767) quien rechaza la consideración de circunstancias personales en atención a que entiende que ello implicaría negarles cualquier tipo de efectos, haciendo ilusoria su consagración legal.

circunstancias del hecho o más bien personales o motivacionales, se presentarán como condiciones que no resultan *evitables* para el hechor¹⁰⁵. Su exclusión (imperativa para el juez¹⁰⁶) emana en forma precisa de la constatación de que no se puede cometer el delito sin ellas o, si se prefiere, que el autor no puede o no le corresponde evitarlas¹⁰⁷, constituyendo elementos que no pueden serle atribuidos en algo que vaya más allá del reproche por la comisión del delito^{108/109}.

De ahí que la doctrina destaque que el concurso aparente de leyes penales que se regula en estos casos en particular (entre la norma que tipifica el delito y la que regula -y, en ese sentido, tipifica- la circunstancia correspondiente) se resuelve por aplicación del principio de consunción o absorción¹¹⁰, en clara alusión al hecho de que se trata de un contenido que ya se encuentra valorado en el tipo a la hora de sopesar los elementos (principales) del delito.

En el caso de la reincidencia parece claro que quien se encuentra en alguna de las hipótesis previstas en el art. 12 N° 15 o 16 no puede cometer el delito obviando dicha circunstancia¹¹¹. No obstante resulta igualmente claro que una interpretación que por ese solo hecho las entienda incorporadas en el ámbito de la exclusión exigida por la inherencia debiese concluir su inaplicabilidad con carácter general (como destaca y denuncia Enrique Cury¹¹²). En tal caso, resultaría efectivamente absurdo entender que el legislador haya previsto los casos de reincidencia como circunstancia agravante, sin que sea posible (nunca) llegar a utilizarla a dichos efectos.

¹⁰⁵ Nítido en POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 522.

¹⁰⁶ Destaca este papel en relación a la obligatoriedad de aplicar las circunstancias, RODRIGUEZ COLLAO, p. 425. En efecto, tan obligatorio es considerar aquellas que concurren como excluir aquellas que no deben ser consideradas conforma a las reglas reseñadas.

¹⁰⁷ CARNEVALI / KÄLLMAN, p. 19.

¹⁰⁸ El nexa que supone con la culpabilidad se destaca en SALINERO ALONSO, p. 124 y en BORJA JIMÉNEZ, p. 185. Este mismo principio ha sido también desarrollado por la doctrina alemana en función del denominado "*principio de división del trabajo entre el Juez y el legislador*" (al respecto SALINERO ALONSO, pp. 123 y 124; BORJA JIMÉNEZ, pp. 174 y ss.).

¹⁰⁹ El fundamento es análogo al que se emite para atribuir a la alevosía un carácter subjetivo, siendo insuficiente el que objetivamente concorra una condición de ventaja para el hechor, en la medida en que en éste, en dicho caso, no habría podido ejecutar el hecho de forma diversa. Vid. CURY URZÚA, p. 517 con citas adicionales al pie de página.

¹¹⁰ En este sentido NOVOA MONREAL, T.II., p. 361; en relación al derecho español BORJA JIMÉNEZ, pp. 187 y 191; SALINERO ALONSO, p. 128. Asimismo en MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN (pp. 118 y 532) dicha constatación les permite vincular la regla de inherencia con el principio de legalidad. El nexa también se destaca por BORJA JIMÉNEZ, pp. 179 y 180.

¹¹¹ Lo dicho resultaba aun más claro en el texto primitivo del numeral 16 en cuanto señalaba que la agravante se configura por el hecho de que el infractor "*ser reincidente*".

¹¹² CURY URZÚA, pp. 766 y 767.

No obstante, dicha aproximación se basa en una simplificación de las descripciones, en la medida en que identifica la condición o motivación personal relevante (aquella de la que no puede desprenderse el hecho y que hace que no pueda ejecutar el hecho sin ella) con aquella que ha sido seleccionada por el legislador como circunstancia. En términos más sencillos, se ocupa una aproximación de tipo abstracto para la evaluación de una causal correspondiente a las circunstancias concretas del hecho, debiendo más bien emplearse una aproximación de naturaleza particular¹¹³. El punto radica en que existen numerosos casos donde concurre una condición personal o un móvil que incide en el carácter inherente de una circunstancia que no es necesariamente la misma que da forma a dicho factor personal y cuya valoración en calidad de tal sería, por lo mismo, difícil de justificar (pues no se podría atribuir al individuo en forma independiente del delito).

Así sucedería, por ejemplo, si se pretendiera incrementar la responsabilidad de un parálitico que decide dar muerte a un tercero por el hecho de utilizar para ello un arma de fuego, teniendo en cuenta que no cuenta con otra opción plausible de lograr dicho objetivo. En dicho caso es precisamente una cualidad personal la que le impide ejecutar el delito sin la concurrencia de la agravante respectiva, siendo por ello necesario que su valoración quede relegada en exclusiva en el ámbito de la tipicidad.

Lo determinante, en síntesis, no es la naturaleza subjetiva o personal de la circunstancia que en definitiva terminará siendo excluida por no poder ejecutarse el delito sin ella (respecto de la cual si sería ilógico entender que el legislador la ha previsto sin que sea posible aplicarla), sino de aquella condición subjetiva, personal o motivacional de carácter particular que opera como fuente motivadora de dicho supuesto y de la inherencia.

En nuestro caso lo relevante consiste entonces en destacar que determinados caracteres presentes en el adolescente, inherentes o propios de su comportamiento en cuanto tal permiten sostener que el fundamento tenido en cuenta por el legislador para prever la agravante de reincidencia es parte expresiva del mismo¹¹⁴.

¹¹³ Reconocemos que el carácter conceptual que caracteriza a las categorías en juego incide en que, casi siempre, sea compleja la tarea de determinar en concreto qué casos deben ser objeto de dicha exclusión. Sobre la complejidad natural de esta tarea ver BORJA JIMÉNEZ, pp. 168 y 171.

¹¹⁴ En este caso el factor personal relevante (e inherente) está constituido por un elemento definitorio de la personalidad de los adolescentes y no por la reincidencia, la que, en cuanto circunstancia, se vería afectada en su aplicabilidad a partir de su sentido o significado. De esta forma, lo relevante en este caso no está dado por el hecho de que se detenta dicha cualidad en particular (centrada en el delito precedente y sus efectos en la cualificación personal del infractor) sino en el hecho de que se ha cometido un *nuevo delito*, es decir, que se ha *recaído en el delito*. Por lo demás, sostener lo contrario implica radicar la reincidencia en un supuesto de autor (el "ser reincidente") lo que resulta contrario a las exigencias de la culpabilidad.

5. Conclusiones

Conforme al desarrollo expuesto es posible arribar a las siguientes conclusiones en relación al problema planteado:

- a) Las disposiciones contenidas en los arts. 21 y 24 de la Ley 20.084 no contienen ningún elemento de juicio que permita sostener la aplicabilidad de las agravantes de responsabilidad criminal asociadas a la *reincidencia*. Ello pues la parte de su contenido que se vincula a las mismas se limita a establecer reglas sobre la valoración de dichas circunstancias, sin referirse a la definición de cuáles son las que deben ser incluidas en dicho procedimiento. Ello depende –al igual que en el régimen de adultos- de definiciones que se ubican en lugares o normas diversas.
- b) En el caso en particular del art. 21, su fundamento material aporta más bien una razón para excluir dichas agravantes del procedimiento que regula, efecto que también se sostiene por aplicación de la regla de inherencia contenida en el art. 63 del Código Penal, cuya aplicación se manda en dicha disposición (art. 21).
- c) La regulación contenida en el Decreto Ley 645 de 1925 tampoco permite apoyar la idea de que la agravante de reincidencia debe ser considerada en tal carácter en el modelo previsto en la Ley 20.084. La expresión *reincidencia* que se utiliza en su texto es tomada en un sentido natural, como sinónimo de *recaída en el delito*, permitiendo la aplicación de todo tipo de efectos fundados en la existencia de condenas previas respecto de un enjuiciado adolescente.
- d) La (eventual) procedencia de la agravante de reincidencia se debe determinar a propósito de lo establecido en el inciso segundo del art. 1° de la Ley 20.084, **debiendo rechazarse su aplicabilidad** por cuanto su carácter circunstancial resulta incompatible con los caracteres que presentan los adolescentes en forma natural, acorde a los fundamentos que subyacen a la reincidencia legal; por fundarse en un presupuesto que carece de sentido valorar conforme a las características del modelo previsto en la Ley 20.084; y, por ofrecer efectos que tampoco resultan compatibles con los fines de la intervención y con los objetivos que se demandan del proceso de individualización de la sanción.
- e) Nada obsta a que se valoren los datos que aportan las condenas previas del infractor en la medida en que ello resulte necesario para la aplicación de los contenidos de alguna de los demás criterios o factores relevantes de ponderar en la individualización de la pena regulada en el art. 24 de la Ley 20.084. En particular, ofrece relevancia para valorar la “*idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.*”

6. Excurso: efectos de la reincidencia (en sentido natural) en la determinación de la pena de adolescentes

Si bien lo dicho permite agotar el contenido del problema que se nos ha planteado creemos conveniente introducir algunos comentarios generales referidos a los efectos que deben asignarse a la presencia de antecedentes penales (es decir, reincidencia en sentido natural) en el enjuiciamiento de un adolescente, a efectos de clarificar aun mas las consecuencias que derivan de la exclusión de su consideración en dicho procedimiento de aquellos casos que configuran una circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

- a) La reincidencia (en sentido natural) no tiene en la Ley 20.084 (y, específicamente en la aplicación del art. 24) el tratamiento propio de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal;
- b) De ahí que no sea forzoso considerarlos (a menos que sean relevantes a los efectos de la aplicación de algún factor o criterio diverso) y, en su caso, su valoración no tenga necesariamente aparejado un efecto agravatorio o incremental en la pena;
- c) Los efectos aplicables vienen entonces determinados por el factor o criterio que motive su consideración, siendo indispensable el que se cuente con una base normativa para poder justificarlos. En el régimen de adolescentes ofrece relevancia para valorar el dato que aporta el prontuario de condenas lo dispuesto en la letra c) y f) del art. 24;
- d) En torno a la letra c) el efecto se vincula a la anulación del efecto atenuante que pudiere asignarse a la irreprochable conducta anterior; En torno a la letra f) la incidencia de las condenas penales en la "*idoneidad*" que pueda predicarse de la sanción "*para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas*" como también para satisfacer sus propias "*necesidades de desarrollo e integración social.*" Se trata de objetivos que también apuntan a una síntesis entre contenidos asociados al binomio autonomía/responsabilidad y objetivos tributarios de la idea de reinserción, igual a como acontece con las finalidades generales de la intervención previstas en el art. 20¹¹⁵; se demanda en ello una tarea de análisis cualitativa, que apunta a la caracterización que ofrece en conjunto la trayectoria de adolescente, con incidencias que pueden producir efectos en la selección de la naturaleza de la sanción, su duración y en las con-

¹¹⁵ Oo. HORVITZ L., p. 114 y MEDINA SCHULZ, p. 208, quienes solo perciben objetivos tributarios de fines preventivos o directamente *resocializadores*.

diciones de su ejecución (incluyendo a las que se adoptan respecto del plan de intervención individual)¹¹⁶;

- e) A este respecto hay que tener en cuenta que la agravación no es el único efecto que se puede atribuir en abstracto a la reiteración sancionada (reincidencia en sentido natural) en el ámbito de la determinación de la pena. Tampoco se trata de un efecto necesario, existiendo razones que permitirían al legislador acordar otras consecuencias, sean éstas mayores, alternativas o incluso opuestas.

Las alternativas a este respecto¹¹⁷ van desde la posibilidad de haber previsto un efecto agravatorio especial ajeno a las reglas comunes de valoración de circunstancias (como el que prevén determinadas regulaciones para casos de multirreincidencia)¹¹⁸, su aplicación sólo respecto de determinados tipos o grupos de delitos¹¹⁹; o, finalmente, se le podría incluso asignar un efecto atenuante de la responsabilidad (probablemente con presupuestos diversos y mas acotados) con base en la menor culpabilidad que puede predicarse en el infractor habitual¹²⁰.

También el legislador puede optar por delegar parte de dichas definiciones en el sentenciador, sin regular en forma precisa los términos generales de sus presupuestos, permitiendo expresamente que los antecedentes penales sean valorados acorde a los (llamados) fines de la pena (preventivos) en el proceso

¹¹⁶ Bustos reconoce que puede servir para determinar la forma de ejecución de la pena (citado en KUNSEMÜLLER L., en POLITOFF / ORTIZ, p. 214).

¹¹⁷ Una síntesis, con base histórica, en RIVACOBÁ y RIVACOBÁ, pp. 477 y ss.

¹¹⁸ Respecto del régimen vigente en España Vid. CRUZ MÁRQUEZ, p. 128; CARDENAL M., pp. 670 a 682.

¹¹⁹ En el sistema alemán (de alta influencia en nuestra tradición jurídico penal) no existe una regulación legal específica o circunstanciada de la reincidencia.

¹²⁰ La idea de base apunta que el hábito y el acostumbramiento dificulta en mayor medida la inhibición por aquello de que *“es más fácil repetir lo ya realizado”*. Como señala ROXIN (en *“Qué queda de la culpabilidad”*, p. 676) *“la capacidad de resistir la tentación de cometer nuevos hechos punibles no crece con el número de condenas anteriores, sino que disminuye (...) en este sentido el reincidente (...) actúa con menor culpabilidad, porque, precisamente, le es más difícil obedecer la norma”*. En Alemania comparten este supuesto autores contemporáneos como BAUMANN (citado en MIR PUIG, p. 542), HAFFKE (p. 187) y FROSCH (citado por HAFFKE en pp. 187 y 188) siendo igualmente llamativo el que JAKOBS (p. 588) acepta implícitamente que dicha conclusión puede promoverse en el plano empírico. En España se sostiene por BACIGALUPO (en *“El principio de culpabilidad”* (1998), p. 140 y en *“El principio de culpabilidad”* (1999), p. 165.) y por MARIN DE ESPINOZA CEBALLOS (p. 178). Los antecedentes históricos se remontan a la época clásica en autores como KLEINSHROD (en Alemania) y BUCECELATI (en Italia), citados por SÁNCHEZ TEJERINA (p. 313), PUENTE SEGURA (p. 567) y BERGALLI (p. 81). En Chile dan cuenta de dicha lectura del dato de la recaída NOVOA MONREAL T.II. p. 74 y KUNSEMÜLLER L., en *“Anales”*, p. 123; y CRUZ MÁRQUEZ, p. 130.

de individualización judicial (como sucede en el modelo alemán¹²¹) o en función de la aplicación de criterios o factores diversos. Esto es precisamente lo que sucedería en nuestro caso en particular, siendo facultad del juez, en aplicación del art. 24 letra f), el valorar el significado concreto que posible atribuir a la recaída para determinar la sanción más idónea para “fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.”, todo ello acorde a las finalidades consignadas en el art. 20 (“hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.”).

- f) En relación a los casos en que los contenidos que ofrece la recaída demanden un tratamiento agravatorio de las consecuencias procedentes (por razones, por ejemplo, asociadas a las necesidades de responsabilización o de fortalecimiento del respeto por los demás, vinculadas, en todo caso, a la gravedad de los hechos) hay que tener en cuenta que en el modelo de adolescentes ello no se refleja en exclusiva en un incremento cuantitativo de la pena (como sucede en el régimen de adultos, en atención los caracteres propios del sistema de penas y de su determinación). Constituye de hecho un desacertado *lugar común* el asumir que el efecto agravatorio asociado a determinadas circunstancias se debe por ello traducir necesariamente en una incidencia cuantitativa, con expresión concreta en una mayor extensión en la duración o cuantía de la respectiva sanción. Una sanción penal también se torna más gravosa en la medida en que sus dimensiones cualitativas provocan una mayor reducción en los espacios de autonomía que serán reconocidos al individuo durante la ejecución de la condena. Ello puede suceder modificando la naturaleza de la pena, modificando las condiciones de su ejecución, o recurriendo incluso a alguna sanción que en abstracto sea menos aflictiva pero cuyas modalidades de ejecución demanden una restricción de la autonomía individual más invasiva (en términos prácticos, entre el internamiento en régimen semicerrado y la libertad asistida especial). Todo ello, en aplicación del art. 24 (25 o 19, en los respectivos casos que regula) de la Ley 20.084;
- g) Dicho contenido puede perfectamente tener reflejo en la justificación de un nivel de reproche reducido (menor culpabilidad), que puede incidir en una reducción del margen de aflictividad de la condena; y
- h) En caso alguno dichos efectos permitirían fundar una sanción que supere la gravedad del hecho, pues ello iría en contra del objetivo impuesto en la ley. El primer objetivo descrito en el art. 20 apunta a *hacer efectiva la responsabilidad por el*

¹²¹ Al respecto BORJA JIMÉNEZ pp. 172 y ss.

hecho cometido, lo que impone un criterio asociado al desvalor ejecutado. Un exceso en relación a ello constituirá un incumplimiento de dicho mandato legal.

Bibliografía Citada

- BACIGALUPO, Enrique, “*Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturales en el derecho penal actual*”, en VVAA: “*Teorías actuales en el derecho penal. 75 Aniversario del Código Penal.*” Buenos Aires, 1998, pp. 131 a 152.
- “*Principio de culpabilidad e individualización de la pena*”, en VVAA: “*El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*”, Edit. Comares, Granada, 1999, pp. 33 a 48.
- BERGALLI, Roberto, “*La Recaída en el delito. Modos de reaccionar contra ella*”, Barcelona, 1980.
- BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, “*La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas*”, en Revista Política Criminal, N°11, Vol. 6, 2011, pp. 163 a 191.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “*El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal*”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLV, 1992, pp. 165 a 211.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “*Derecho penal del niño –adolescente*”, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2007.
- CAPDEVILA, M., FERRER, M., LUQUE, E., “*La Reincidencia en el Delito en la Justicia de Menores*”. Colección “*Justicia i Societat*” Núm. 26, Barcelona.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, “*La reincidencia en el derecho penal de menores*” en VVA “*Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*”, Edit. La ley, Madrid, pp. 661 a 683.
- CARNEVALI, Raúl; KÄLLMAN, Eva, “*La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración a la pluralidad de malhechores del artículo 456 bis n°3 del Código Penal*”, en Revista Política Criminal, N°4, 2007, secc. Documentos, pp. 1 a 24.
- CENTRO DE ESTUDIOS EN SEGURIDAD CIUDADANA (CESC) del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, “*Estudio modelo y medición de la reincidencia de adolescentes y jóvenes infractores de la Ley penal*”, Febrero 2012.
- CERDA SAN MARTÍN, Mónica; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes*, 2ª Edición, Librotecnia, Santiago, 2007.

- CID MOLINÉ, José / MARTÍ OLIVÉ, Joel, “*El proceso de desistimiento de las personas encarceladas. Obstáculos y Apoyos*”, Publicación del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2011.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “*Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción*”, en *Estudios de Derecho Penal Juvenil I*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Noviembre de 2009, pp. 137 a 171.
- COLAS TURÉGANO, Asunción, “*Aspectos característicos de la delincuencia juvenil*”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / CUERDA ARNAU, María Luisa (Coords.) “*Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*”, Ediciones Universitat Jaume I, Valencia, 2006, pp. 79 a 120.
- COLEMAN J.C. / HENDRY L.B. “*Psicología de la adolescencia*”, 4º edición actualizada, Edit. Morata, Madrid, 2003.
- COUSO SALAS, Jaime, “*Los adolescentes ante el derecho penal en Chile. Estándares de Juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva*”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, Volumen XXV, N°1, pp. 149 a 173.
- “*Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil*”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 14, 2005.
- COUSO SALAS, Jaime / HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dir.), “*Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*”, Edit., Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, “*Significado de la reincidencia en el derecho penal de menores: del pronóstico de peligrosidad a la culpabilidad*”, en *VVAA, Estudios de Derecho Penal Juvenil II*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, Diciembre 2011.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- DUCE JULIO, Mauricio, “*El derecho a un Juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*”, *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N°1, 2009, pp. 77 y ss.
- DUCCI CLARO, Carlos, “*Interpretación Jurídica*”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- ETCHEBERRY O., Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

- FUENZALIDA, Iván, “Anotaciones Prontuariales de los Adolescentes: Un Tema Pendiente.” En *Justicia y Derechos del Niño* N° 11, ediciones de Unicef, 2009, pp. 313 a 328.
- GARAIGORDOBIL LANDAZABAL, Maite, “Conducta antisocial durante la adolescencia: correlatos socio-emocionales, predictores y diferencias de género”, en *Revista Psicología Conductual* Vol. 13, N°2, pp. 197 a 215.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición, Tomos I y II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- HAFFKE, Bernhard, “Reincidencia y medición de la pena” en SCHÜNEMANN (Coord.): “El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario” (Introducción, traducción y notas de Silva Sánchez), Edit. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 179 a 195.
- HERNÁNDEZ, Héctor, “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia*, Vol. XX. N°2, Diciembre 2007, pp. 195-217.
- HORVITZ L., María Inés, “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 7, 2006, pp. 97 a 119.
- JAKOBS, Günther, “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.”, 2º Edición corregida, (Traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González, J.L.), Edit. Marcial Pons, Madrid. 1997.
- KUNSEMÜLLER L., Carlos, “Política criminal y reincidencia”, en *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, Quinta época, 2005 N°2, pp. 121 a 141.
- “La circunstancia agravante de reincidencia”, en *Gaceta Jurídica* N°212, 1998, pp. 61 a 71.
- MALDONADO FUENTES, Francisco, “Fundamentación y determinación de la pena en el derecho penal de adolescentes. a propósito del juicio seguido contra B. N. M., por delito de robo con intimidación (RUC 0900505404-1) en la V Región”, en *Revista Lus et Praxis* Año 17, N°2, 2011, pp. 505 a 536.
- “Determinación de la pena y concurso de delitos en la ley 20.084”, en *Estudios de Derecho Penal Juvenil II*, Diciembre 2011, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, pp. 169 a 237.
- “Responsabilidad penal juvenil: estado actual y perspectivas”, en www.microjuris.com, año 2009. Se cita MJCH_MJD372 | MJD372. Una versión levemente actualizada ha sido publicada en *Revista General de Derecho Penal* N°14, Noviembre 2010.

- MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, Elena, “*La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*”, Edit. Comares, Granada, 1999.
- MEDINA SCHULZ, Gonzalo, “Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N°11, 2009, pp. 201 a 234.
- MIR PUIG, Santiago “*La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10.14. 10.15, 61.6 y 516.3*”, Edit., Bosch, Barcelona, 1974.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno*, 3ª Edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- NÚÑEZ OJEDA, Raul / VERA VEGA, Jaime, “*Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el derecho penal de adolescentes chileno*”, en *Revista Política Criminal*, N°13, Vol. 7, 2012, pp. 168 a 208.
- POLITOFF, Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General y Parte Especial. 2ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004. (reimpresión de la parte especial de 2009).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / ORTÍZ QUIROGA, Luis (Dirs.), “*Texto y Comentario del Código Penal Chileno*” Tomo I, Libro Primero y Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo “*Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*”; Madrid, Edit. Colex, 1997.
- RICHARDS, K., “*What makes juvenile offenders different from adult offenders?*”. Trends & issues in crime and criminal justice. No. 409. Australian Government. Australian Institute of Criminology.
- RIVACOBIA y RIVACOBIA, Manuel, “*Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*”, en *Separata de Doctrina Penal* N° 43, Julio-Septiembre de 1988, Edit. Depalma, Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “*Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVI, 2011, pp. 397 a 428.
- ROXIN, Claus, “*Que queda de la culpabilidad en derecho penal*”. Cuadernos de Política Criminal N° 30, 1986, pp. 671 a 692.

- RUDNIK VIZCARRA, Carolina, “*La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena*”, Edit. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007.
- SALINERO ALONSO, Carmen, “*Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*”, colección Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Granada, 2000.
- SAN MARTÍN, María Angélica, “*Valoración de circunstancias concurrentes no constituye doble valoración prohibida, ni admite revisión vía recurso de nulidad: comentario fallo de la corte de Apelaciones de Antofagasta. Recurso 62/2009*”, en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 38, marzo de 2009, pp. 295 a 300.
- SANABRIA, Ana María / URIBE RODRÍGUEZ, Ana Fernanda, “*Conductas antisociales y delictivas en adolescentes infractores y no infractores*, revista pensamiento Psicológico, Vol. 6, N°13, 2009, pp. 203 a 218.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “*Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*”, Edit. Comares, Granada. 1998.
- SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías, “*Derecho penal español*”. Tomo I, Introducción y Parte General. 5° ed. Madrid, 1950.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, “*Introducción al Derecho*”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos / LLOBET RODRÍGUEZ, Javier / DÜNKEL, Frieder, “*Derecho Penal Juvenil*”, publicaciones DAAD, San José, Costa Rica, 2002.
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex, “*Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena*”, en Revista Chilena de Derecho Vol. 24 N°3, 1997, pp. 459 a 502.
- VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “*Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories)*”, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia, Vol. XIV, 2003, pp. 135 a 158.
- VERGARA, María de los Ángeles, “*Psicología del adolescente. Aspectos distintivos de la edad juvenil*”, Publicaciones de la Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, disponible en la web en <http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/manualped/PsicolAdoles.html> [visitada por última vez el 29 de Noviembre de 2012].