

ALEX VAN WEEZEL
EDITOR

HUMANIZAR Y RENOVAR
EL DERECHO PENAL
ESTUDIOS EN MEMORIA
DE ENRIQUE CURY

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

REFLEXIONES EN TORNO A LA CALIFICACIÓN DE IDONEIDAD
DE LA SANCIÓN PENAL DE ADOLESCENTES CONFORME
AL MODELO REGULADO EN LA LEY 20.084

FRANCISCO MALDONADO FUENTES*

I. PRELIMINARES

La idoneidad de la pena de adolescentes aparece descrita en la Ley 20.084 como un referente del proceso de individualización de la sanción (artículo 24 letra f). En dicho lugar cumple un papel preciso que se encuentra delimitado por los objetivos propios de la determinación judicial de la pena y que decantan en exigencias de fundamentación que pesan sobre la judicatura, de cara al control de la racionalidad de la decisión que subyace a la imposición de una pena. Pero además la idea de idoneidad nos evoca una noción algo más general, referida a la natural pretensión de que la pena impuesta se muestre útil para alcanzar los fines que la sociedad persigue a través de la intervención penal. A partir de ello se extrae un concreto efecto limitativo: la pena inútil (esto es, inidónea) no se justifica. Ambos razonamientos (el de la determinación de la pena y el de la valoración de su mínima aptitud para cumplir sus fines) se rigen por objetivos concretos y contenidos diversos, siendo necesario que su desarrollo sea acometido por el juez cada vez que deba preparar una sentencia condenatoria que haga efectiva la responsabilidad penal de un adolescente. Nuestro objetivo apunta a compartir algunas reflexiones sobre estas exigencias vinculadas estrechamente a la noción de idoneidad, orientados por la convicción de que es necesario proponer criterios de discusión en un ámbito que, tanto a nivel general (determinación de la pena) como en particular en el régimen

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Talca.

penal de adolescentes, carece de la debida atención de parte de la doctrina especializada¹.

He escogido esta temática en esta ocasión pues, en buena medida, el hecho de que el derecho penal de adolescentes haya ocupado un lugar preminente en el ámbito de mis ocupaciones profesionales se debe a nuestro homenajeado. Enrique Cury fue determinante en mi vocación docente y en mi interés por el derecho penal. Además, me dio la oportunidad de compartir su dedicación al ejercicio profesional y me apoyó en el emprendimiento en instancias superiores de formación. Pero, más que todo ello, y tal vez de forma inadvertida, fueron las recomendaciones que de forma absolutamente desinteresada y gratuita extendió en mi favor, las que marcaron un punto inicial en mi relación con el ámbito de los derechos de la infancia, nexo que, en definitiva, determinó el destino de mi desempeño profesional.

II. INTRODUCCION

La Ley 20.084 considera un original mecanismo de determinación de la sanción aplicable a los adolescentes que son condenados por algún delito, carente de precedentes en nuestro ordenamiento y escaso en modelos comparados de similares características. Estos elementos, unidos a los casi cinco años que tiene la vigencia del nuevo sistema, han motivado una serie de cuestionamientos acerca de la forma cómo deben entenderse, interpretarse y aplicarse varias de las instituciones que configuran este sistema de fijación de pena², en el que se inserta la valoración de su idoneidad. Si bien

¹ *Medina Schulz*, "Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 11, CEJ (2009), p. 204.

² Una breve revista de dichos cuestionamientos puede consultarse en *Bustos Román*, "Derecho Penal del Niño-adolescente. Estudio de la Ley de responsabilidad penal del adolescente" (Ed. Jurídicas, Santiago, 2007), p. 65; *Cerdá y Cerdá*, "Sistema de responsabilidad penal para adolescentes (2ª ed., Librotecnia, Santiago, 2007)", pp. 133 y 134; *Cillero Briñol*, "Ley 20.084 sobre responsabilidad penal de adolescentes", *Anuario de Derechos Humanos* (2006), pp. 193 ss. y en, *del mismo*, "Comentario a la ley de responsabilidad penal de adolescentes de Chile", *Justicia y Derechos del Niño* N° 8 (2006), pp. 108 ss.; *Durán Magillari*, "Análisis político criminal de la Ley de Responsabilidad Penal adolescente y sus modificaciones", *Estudios de Ciencias Penales. IV Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Valdivia (2007), pp. 30 ss.; *Horwitz Lenon*, "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 7, CEJ (2006), *passim*, cfr.

se trata de un problema que también afecta a otros ámbitos de esta nueva normativa, presenta una especial relevancia práctica, atendido que se trata de una temática de alta y generalizada incidencia en la medida que afecta a la amplia mayoría de los casos que deben ser resueltos por el sistema en base a la emisión de un veredicto condenatorio. Además constituye de suyo un tema que goza de una particular trascendencia en el ámbito de la responsabilidad penal de adolescentes, atendidos los caracteres especiales del modelo que la rige³.

Entre las dificultades interpretativas que se deben enfrentar y resolver en este ámbito destacan particularmente las relativas al sentido que es posible atribuir a los parámetros que son dispuestos por el legislador

Continuación nota 2

precisamente, pp. 102, 104 a 106 y 112 a 115; *Medina Schulz* (supra nota 1), pp. 212, 216 a 218; *Iorgas Pinto*, "La determinación judicial de la sanción penal juvenil", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIV (2010), pp. 476, nota 2, 477, 480, 481, 483, 484 y 487. Al respecto conviene tener en cuenta que los cuestionamientos respecto a la interpretación y más precisamente al propio modelo de determinación de la pena instaurado en la Ley 20.084 se hicieron notar desde antes de su vigencia, motivando incluso ajustes legales dirigidos a clarificar el sentido de varias de las disposiciones relativas al tema, que fueron ponulgadas pocas semanas antes de la puesta en marcha del nuevo sistema (Ley 20.191). En dicho caso, fue la convicción acerca de que la profundidad y disparidad de criterios interpretativos impediría un adecuado funcionamiento del modelo lo que motivó la decisión política de llevar a cabo dichas reformas. Sobre ello, muy elocuentemente, consultar Primer Informe Comisión de Expertos Responsabilidad Penal Adolescente (octubre, 2006), pp. 10-13 y Segundo Informe Comisión de Expertos Responsabilidad Penal Adolescente (abril, 2007), pp. 4-8, ambos en <http://www.pazciudadana.cl/publs.php?show=CAT&idCat=26&view=A>.

³ La individualización de la pena constituye uno de los ámbitos donde en mayor medida se hacen notar los caracteres especiales del sistema, esto es, aquellos que permiten diferenciarlo y fines de la sanción general aplicable a los adultos. En este sentido, *Cillero Briñol*, "Proporcionalidad e idoneidad de la sanción penal de adolescentes: consideraciones para la aplicación del criterio de Deterrosoria Penal Pública, serie Informes de Derecho Penal Juvenil I, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública", *Estudios de Derecho Penal Juvenil* 1, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, serie Informes de Derecho N° 5 (2009), p. 137; *Hernández Basualto*, "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 (2007), p. 197; *Maldonado Fuentes*, "La especialidad del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado", *Justicia y Derechos del Niño* N° 6 (2004), pp. 122-123 y en, *del mismo*, "Responsabilidad penal juvenil: estado actual y perspectivas", documento electrónico disponible en: <http://www.microjus.com>, N° Identificador: MICH_MJD372 | MJD372, 2009, p. 3. En *Tiffer Sotomayor*, "Fines y determinación de las sanciones penales juveniles", *Estudios de Derecho Penal Juvenil* N° 2, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública (2011), pp. 35 ss., se expresa a través del denominado "Principio de flexibilidad".

para que el juez proceda a individualizar la sanción, en el contexto de un esquema que le concede una mayor libertad a su apreciación (artículo 24). Se trata en todos los casos de elementos o criterios que son descritos en la ley aludiendo a una fórmula normativa y que reclaman, por ello, imperativamente, razonar en base a un conjunto de contenidos materiales que permitirán al sentenciador justificar en cada caso su decisión particular. El objetivo de este mecanismo es alejar a dichas resoluciones (y al modelo) de cualquier sospecha de arbitrariedad, dando cuenta de esta forma de las exigencias que impone la legalidad y, en definitiva, el propio Estado de Derecho⁴.

Las dificultades antedichas parecen incluso más agudas si el sentenciador carece de referentes o precedentes que coadyuven con la tarea interpretativa que dicha dinámica le demanda que es donde cobra especial relevancia la escasa preocupación que la doctrina ha demostrado respecto de estas cuestiones⁵. Lo dicho ha generado (y estandarizado) una tendencia en la judicatura que consiste en recurrir a parámetros que resultan más familiares para asignar sentido a las tareas que demanda la individualización de la pena de adolescentes, ya sea privilegiando el papel que cumple la determinación legal de las sanciones (basada precisamente en reglas de determinación de la pena del régimen de adultos), recurriendo a criterios propios de la legislación penal en general ("de adultos") con perjuicio directo de la especialidad que emana de la condición particular de la adolescencia⁶ o, finalmente, omi-

⁴ Concretamente sobre el sistema penal de adolescentes, *Bastos Ramirez* (supra nota 2), p. 64; *Horvitz Lenon* (supra nota 2), pp. 101 ss.; *Medina Schulz* (supra nota 1), pp. 205, 214-215 (con cita a *Ziffer*, Lineamientos de la determinación de la pena) y 224 ss. y 233 ss. Asimismo, vid. *Maldonado Fuentes*, "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", *Ius Et Praxis*, año 17, N° 2 (2011), pp. 507 ss.

⁵ En el mismo sentido *Cillero Brunaol* (supra nota 3), p. 139. A ello se suman otros componentes que afectan al buen funcionamiento del modelo, destacando el bajo estándar que alcanza la especialización de los actores, la falta de implementación por parte de la autoridad de una oferta que de cuenta de todo el marco de sanciones que propone la ley, la falta de definiciones conceptuales acerca del modelo de intervención, entre otras.

⁶ Conviene apuntar al respecto que este contenido de especialidad constituye una exigencia de base constitucional, a partir del contenido de los instrumentos internacionales que versan sobre la materia. La fuente principal se ubica en los artículos 37 y 40.3 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (1989), especialmente en el artículo 39. Sin embargo,

tiendo la consideración de todas las reglas y criterios que el texto vigente le propone aplicar o valorar⁷.

Dichos déficits se hacen sentir con particular energía a la hora de enfrentarnos con el criterio que obliga al sentenciador a vincular la pena aplicable a la idoneidad que presente la sanción que se pretenda imponer para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social en cuanto además el sentenciador carece en este caso de referentes análogos en la regulación de adultos y en nuestra tradición dogmática, siendo además nulos los datos que aporta la historia de la ley (elemento interpretativo que suele ser de gran utilidad en los casos en que el legislador acomete la tarea de materializar reformas jurídicas de carácter integral)⁸.

De ahí que nos haya parecido necesario motivar un debate sobre el particular tomando como base el rol en particular que el legislador asigna a este contenido en la ley.

Continuación nota 6

debe además considerarse el contenido de las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores (Beijing) (1985), artículos 2° inciso 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). No está de más recordar que todos estos instrumentos (individualmente considerados) conforman un estatuto o corpus que pasa a integrar el contenido del artículo 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 (Guatemala), 1999; *Walter Bulacio* (Argentina) e "Instituto de reeducación superior" (Paraguay), y en la Opinión Niño" (2002), instrumento interpretativo de validez general. Bajo estas premisas la competencia de los órganos establecidos en el Pacto para conocer de vulneraciones a los contenidos de dichos instrumentos no parece discutirse. Tampoco está sujeto a controversia la recepción de la Ley 20.084 ("En la aplicación de la presente Ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las Leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes").

⁷ Vid. al respecto *Kargas Pinto* (supra nota 2), p. 477, nota N° 5.

⁸ Al respecto, vid. *Cillero Brunaol* (supra nota 3), p. 138, nota N° 3, quien destaca las únicas cuestiones relevantes que constan en las actas de las sesiones de sala y Comisión en el Congreso se refieren al contexto de su incorporación.

III. GENERALIDADES SOBRE EL JUICIO DE IDONEIDAD

El concepto de *idoneidad* nos refiere directa y primariamente a una idea de adecuación: su utilización —en cualquier contexto— se dirige a atribuir una *cualidad* en virtud de la cual se afirma que un *supuesto* (s1) pasa a ser calificado como apto, adecuado o apropiado para alcanzar otro que corresponde a una función, fin u objetivo determinado (s2)⁹. Es a partir de dicha relación funcional de donde emana la calificación que da sentido a la idea de idoneidad¹⁰. Se realiza a través de una valoración, procedimiento que conlleva análisis y razonamiento dirigido a verificar la presencia de elementos que sirvan para vincular el supuesto que será objeto de cualificación con los objetivos que operan como parámetro definitorio (funciones descritas por el legislador). Desde esa perspectiva se trata de apreciar el mérito de dicho supuesto para alcanzar determinados objetivos en un escenario concreto.

En nuestro caso los supuestos vinculados a través del concepto corresponden (s1) a una sanción penal determinada (esto es, una que ha sido precisada en su naturaleza y en su extensión), y (s2) a un conjunto de objetivos asociados a su imposición y ejecución (en concreto “*fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas*” y “*sus necesidades de desarrollo e integración social*”).

Con ello el primer elemento a tener presente a la hora de analizar el significado de su uso en la Ley 20.084 (y, a decir verdad, en cualquier cuerpo normativo que lo utilice) es que se trata de una noción que en términos generales es esencialmente vacía o neutral, en cuanto sus contenidos dependen de los supuestos que lo componen en cada caso al que se aplique. Lo segundo, es que se trata de un concepto que se define o afirma a través de un *proceso de asociación funcional* preciso y determinado, que supone por ello la realización de una dinámica o valoración acorde a parámetros prefijados.

Esta aproximación esquemática brinda enorme utilidad para precisar las tareas que supone la aplicación del juicio de idoneidad y que se extienden tanto a la precisión de los supuestos de referencia (en atención a que aportan el contenido material que debe ser valorado) como también a la fijación de los objetivos y la forma cómo se debe desarrollar la propia dinámica de valoración, aspecto menos evidente pero igualmente relevante de clarificar en atención a que se trata de un contenido que admite algunas variantes (puede llevarse a cabo de forma diversa). Así, por ejemplo, la pregunta por la idoneidad que presenta una sanción completamente individualizada para satisfacer una determinada función (precisa y exclusiva) decanta en un resultado binario, correspondiente a la afirmación o negación de la cualidad, dinámica que puede, a su vez, y alternativamente, ser ponderada en abstracto o en concreto (acorde al nivel de efectividad en el juicio conclusivo que proponga). Por el contrario, la pregunta acerca de la idoneidad que puede predicarse de un conjunto de reacciones en torno a una finalidad determinada se responde en términos graduales, aportando como resultado una selección de aquellas que *en mayor medida* satisfacen dicha calificación (idónea o, si se prefiere, la más idónea) aunque lo hagan de manera parcial o escasa.

Por su naturaleza parece adecuado iniciar el tratamiento de dichas cuestiones a partir de esta última, esto es, las características del método que propone desarrollar. Ello demanda revisar los objetivos tenidos en cuenta por el legislador a la hora de ocupar este criterio como referente y la variabilidad asignada a los contenidos de referencia, pues dichas opciones determinarán la naturaleza y entidad (nivel de abstracción) de la tarea que conlleva el juicio de idoneidad. Todo ello nos obliga a contextualizar la dinámica de valoración, lo que, en este caso en particular, decanta en el proceso ponderativo de individualización de la pena.

IV. EN QUÉ CONSISTE EL JUICIO DE IDONEIDAD QUE DEMANDA LA LEY 20.084

La necesidad de valorar la idoneidad de la pena de adolescentes constituye una tarea que en términos de derecho positivo se ubica concretamente en el conjunto de disposiciones que regulan la determinación de la pena (párrafo 5º del título I, que va desde el artículo 20 al 26) y más precisamente en

⁹ Tomado de la voz “*aptitud*” en el diccionario de la Real Academia española de la Lengua. Ambos conceptos (idoneidad y aptitud) son sinónimos (aptitud, competencia, capacidad, suficiencia, etc.).

¹⁰ Medina Schulz (supra nota 1), p. 224, en un sentido similar, lo define como un *contenido* regido por la idea de *orientación a fines*.

la fase de individualización judicial de la misma (básicamente regida por el artículo 24). Esta última tarea obliga al sentenciador a decidir la pena a imponer tomando en cuenta un conjunto de referentes que deben ser ponderados en función de la satisfacción de objetivos específicos también prefigurados (artículo 20) entre los que se incluye (junto a otros cinco, con sus respectivos matices) al criterio de idoneidad.

En concreto, el juez debe ponderar la *gravedad del ilícito* de que se trate; la *calidad* en que el adolescente *participó* en el hecho y el *grado de ejecución* de la infracción; la *concurrentia de circunstancias atenuantes o agravantes* de la responsabilidad criminal; la *edad* del adolescente infractor; y la *extensión del mal causado* con la ejecución del delito, además 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*”, todo ello a fin de “*hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan*” en términos “*que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social*”.

De ello se colige directamente una primera conclusión relevante, cual es, el que la idoneidad no es un referente que detente propiedades, mérito o funciones absolutas como factor de fijación de pena, en cuanto constituye sólo de uno de los parámetros a considerar¹¹. Su *consejo* debe por ello ser sopesado con el que plantean los demás parámetros definidos por el legislador, en un proceso que ofrece al sentenciador una orientación concreta como conjunto, esto es, con sus respectivas coincidencias y antinomias. Dicha tarea demanda por ello un ejercicio en el que se deben sopesar objetivos que no son necesariamente coincidentes, lo que obliga a determinar si la relación entre todos puede llevar a que sus efectos se deban anular, limitar o ponderar, concurriendo en este último caso en torno a un máximo potencial de satisfacción individual¹².

Idoneidad no es por ello equivalente al proceso completo de individualización (uno que consista en buscar una sanción adecuada para alcanzar los

¹¹ En el mismo sentido, Medina Schulz (supra nota 1), p. 208.

¹² En este sentido, sobre el proceso de individualización de la pena en la Ley 20.084, véase Pino (supra nota 2), pp. 489 ss.

objetivos de la intervención penal) lo que se confirma, además, si tenemos en cuenta que los parámetros previstos para esta dinámica general (artículo 20) son diversos de aquellos que define el legislador para el juicio de idoneidad (artículo 24 letra f)¹³. En efecto, mientras que en el primer caso el sentenciador debe orientar su decisión a “*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*”, en el juicio de idoneidad debe más bien atender a “*fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social*”¹⁴.

Esta constatación (la idoneidad sólo opere como uno de los criterios de selección) lleva a sostener que para el legislador sus resultados no son en modo alguno concluyentes, en cuanto es posible que la sanción considerada *mas idonea* no sea, en definitiva, la alternativa escogida. Resta aún el proceso de valoración conjunta de todos los criterios necesarios de considerar, dinámica regida por los objetivos generales atribuidos por la ley a la sanción penal de adolescentes: “Es ahí donde el sentenciador deberá dar cuenta (además de la precisión de las razones sobre las cuales sostiene su valoración de aptitud de la pena) del máximo grado posible de satisfacción del criterio de idoneidad en función a las exigencias que demande la consideración de los demás factores en juego¹⁵, arribando a una conclusión que pretenda alcanzar en la mayor medida posible y en condiciones de plena igualdad, la mejor consideración de todos y cada uno de ellos.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que la tarea encomendada al sentenciador en la individualización apunta a escoger una sanción precisa y determinada (en naturaleza y extensión¹⁶) de entre aquellas que nos ofrece

¹³ Implícito en Tiffer *Sotomayor* (supra nota 3), p. 41, quien destaca la existencia de una conexión entre ambos grupos de finalidades, en torno a objetivos de prevención especial.

¹⁴ Oo. en Medina Schulz (supra nota 1), p. 225, quien vincula la valoración de idoneidad a los mismos criterios generales previstos en el artículo 20 de la Ley 20.084.

¹⁵ Medina Schulz (supra nota 1), p. 208.

¹⁶ Se trata de un aspecto que originalmente suscitó dudas en atención a que el legislador define los términos del artículo 23 como parte de la fijación de la extensión de la pena haciendo lo propio con el artículo 24 en torno a la precisión de su naturaleza (Véa. San Martín, “Valoración de circunstancias concurrentes no constituye doble valoración prohibida, ni admite revisión

el proceso de valoración que ha efectuado el legislador (determinación legal de la pena) que en este caso se refleja en los respectivos rangos que se establecen en el artículo 23. De esta forma el juez deberá valorar dichas alternativas a partir de los parámetros de referencia establecidos, entre los que se inserta la idoneidad. Por ello la calificación de idoneidad consistirá, por regla general, en una valoración paralela y comparativa de las opciones en juego, que lleva a proponer la consideración preferente de aquella que presente un mayor grado de satisfacción del baremo de aptitud o adecuación. En dicho supuesto siempre habrá una sanción *idónea*, que, a decir verdad, corresponderá a *la más idónea* de entre todas las concurrentes¹⁷.

De ello se colige que el resultado de dicha valoración se refleja en una conclusión sesgada, en cuanto no supone una afirmación conclusiva sobre la aptitud (o idoneidad) real del supuesto que sea seleccionado. Esto es, no se pregunta por la sanción efectivamente más idónea de aplicar, sino por una que detente el mayor grado de *aptitud* para ello *acorde a las alternativas disponibles*. No se trata, entonces, sólo de razonar acerca de si las diversas alternativas de sanción son o no idóneas para alcanzar dichos fines, sino de *graduarlas* en relación a la *mayor o menor potencialidad* que presentan para satisfacerlo, en un contexto que, por lo demás, se apoya en una especie de presunción inicial de aptitud general de todas y cada una de ellas, acorde a la valoración realizada en abstracto por el legislador.

Se trata de una conclusión que es además coherente con la naturaleza que detenta el uso de este criterio en la ley, en cuanto opera específicamente *como parámetro de selección* y no como requisito o presupuesto operativo o de legitimidad. La exigencia de aptitud real opera en un nivel superior, debiendo igualmente ser satisfecho a cabalidad, en cuanto se desprende

Continuación nota 16

Via recurso de nulidad: comentario fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Recurso 62/2009^o. Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 38 [2009], p. 297). No obstante, se han consolidado las opiniones que entienden que todo el proceso de determinación de la pena (desde el artículo 20 al 25) apunta a ambos factores. En este sentido, *Maldonado Fuentes* (supra nota 3); *Medina Schulz* (supra nota 1), pp. 210 y 211; *Largas Pinto* (supra nota 2), p. 487.

¹⁷ Una opinión diversa sostiene *Cillero Briñol* (supra nota 3), pp. 169 y 170, quien, coherente con la asociación que propugna con el principio de proporcionalidad, entiende que se trata de apreciar *la mínima idoneidad* y no *la máxima*.

de las exigencias mínimas que impone el principio de proporcionalidad penal¹⁸. De ello nos ocuparemos más adelante.

Finalmente, y aunque no parece necesario debido a que el proceso de valoración de la idoneidad se da en el proceso de individualización de la pena, debemos dejar constancia de que dicho análisis de aptitud se debe desarrollar en forma circunstanciada, conforme a las características particulares del caso enjuiciado¹⁹. Si bien a nivel teórico se podría emitir anticipadamente un juicio de idoneidad o aptitud de carácter general a partir de los contenidos definitorios de cada sanción, ello no pasaría de ser una especie de diagnóstico preliminar, que no satisface la tarea encomendada, pues la determinación precisa e individualizada de una pena para un caso concreto²⁰. Dicha estimación necesariamente se alimenta de antecedentes que en exclusiva operan en base a supuestos (generales o estadísticos) y que carecen por ello de soporte en el proceso, con el consecuente déficit en las exigencias de especificidad que demanda el razonamiento que es propio de la individualización de la pena.

¹⁸ Oo, en *Medina Schulz* (supra nota 1), p. 224.

¹⁹ En el mismo sentido, si bien por motivos y con efectos diversos, *Largas Pinto* (supra nota 2), p. 495. No obstante, debemos dejar constancia que la selección de los contenidos que es necesario valorar (acorde a los parámetros legales) se debe regir por parámetros generalizadores. Al respecto hay que tener en cuenta la función de la idoneidad como referente de la sanción no puede configurarse de manera variable, a riesgo de afectar las exigencias de igualdad que pesan sobre la ley penal (como criterio de selección su contenido debe ser uno sólo y el mismo siempre). Una cosa es la definición de qué es *lo idóneo* (papel que cumplen los referentes que ahora analizamos) y otra es determinar cuándo un determinado elemento puede calificarse como tal. De esta forma no estamos en caso alguno afirmando que las condiciones particulares presentes en cada adolescente a la hora de enjuiciar su comportamiento delictivo no puedan ser consideradas, sino sólo especificando que dicha tarea se ubica en un lugar diverso de aquél que busca determinar el contenido de los parámetros de referencia que deben guiar la valoración de la idoneidad de la pena.

²⁰ Para graficarlo con un ejemplo claro podemos tomar como base las condiciones iniciales favorables que presenta una sanción de reparación del daño causado acorde a los parámetros legales, valoración que tiende a desvanecerse si se asocia su aplicación a un caso caracterizado por una elevada gravedad del hecho (un homicidio) y por un índice de reiteración presente en el infractor asociado a delitos de equivalente entidad. En dicho supuesto la selección realizada no sólo no contribuiría a la asunción de un mayor grado de valoración y respeto por los derechos ajenos sino que los debilitaría. Si además se complementa, por ejemplo, con la constatación de una temprana y actualmente existente deserción escolar, parece más bien carecer de todo sentido.

Si bien lo dicho parece casi una obviedad es necesario advertir que lleva a sostener que todo razonamiento judicial que se limite al desarrollo de argumentaciones propias de dicho nivel (generalizante) peca de incompleto, constituyendo una base insuficiente para medir y justificar una apreciación de idoneidad de la condena.

Conforme a todo lo dicho, la idoneidad de la pena en el derecho Penal de adolescentes cumple un papel concreto y preciso, cuyos efectos demuestran un ejercicio individual (conforme a parámetros propios) y uno global (comparativo con los demás factores mencionados por el legislador), que se desarrolla conforme a los caracteres concretos del caso en el que se aplica y cuyas conclusiones dan cuenta de un nivel de satisfacción esencialmente gradual. Dicho ejercicio, conforme a la ley, se encuentra regido por la potencialidad que ofrezcan las diversas alternativas para satisfacer (conjuntamente) dos objetivos específicos y determinados, a saber, "fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas" y las "necesidades de desarrollo e integración social" del adolescente.²¹

Al respecto, nos parece que la presentación de los caracteres que guían la valoración que supone el juicio de idoneidad no puede finalizar sin dejar constancia de la necesidad de que ambos referentes sean valorados, conforme a la decisión del legislador en cuanto concurren en condiciones y rango (o jerarquía) del todo equivalentes. El juicio de idoneidad es por ello una mecánica de ponderación que demanda equilibrar el máximo grado de satisfacción posible de alcanzar respecto de ambas orientaciones.²²

²¹ Estas orientaciones detentan un nexo directo con lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: "40.1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las Leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas Leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad".

²² En el mismo sentido, Medina Schulz (supra nota 1), pp. 224-225. Es indispensable por lo que el resultado que se proponga no permita sostener que se ha priorizado la consideración de alguno de dichos criterios por sobre los otros, caso en el cual el análisis (y la respectiva fundamentación) carecerá de respaldo legal. Una segunda conclusión es que se propone la medición de un índice de satisfacción del criterio de aptitud o idoneidad que resulta ser menos exigente en términos concretos en relación a aquél que podría demandar en abstracto o en valoraciones

V. REFERENTES (FINALIDADES O FUNCIONES) DEL JUICIO DE PONDERACIÓN DE LA IDONEIDAD DE LA SANCIÓN PENAL DE ADOLESCENTES CONFORME A LA LEY 20.084

1. Necesidades de desarrollo e integración del adolescente

Para una mayor claridad expositiva abordaremos el tratamiento de los referentes descritos en orden inverso a como los ha dispuesto el legislador, partiendo por el contenido y significado de la referencia a las *necesidades de desarrollo e integración del adolescente*. Como aspecto preliminar destacamos la estrecha vinculación de dichos objetivos con una orientación de carácter preventivo especial²³ y que lleva a excluir por ello de toda consideración a este respecto (el análisis de idoneidad asociado a dicho parámetro) a cualquier aspecto asociado a contenidos preventivo generales y retributivos o culpabilísticos²⁴⁻²⁵.

En este contexto conviene de inmediato descartar el que dicho concepto suponga vincular la calificación a un efecto que se persiga de la propia

Continuación nota 22

diversas de similares de características (por ejemplo, en la aplicación de la idoneidad en sede de proporcionalidad y en cualquier otro caso en que los referentes se construyen a partir de un único parámetro definitorio).

²³ Al respecto, vid. Conso Salas, "Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones". Estudios de Derecho Penal Juvenil N° 2, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública (2011), p. 289. Asimismo, Medina Schulz (supra nota 1), p. 208 (implicio) y explícito en p. 224; Vargas Pinto (supra nota 2), p. 495, si bien entiende que las finalidades preventivo especiales son siempre (en esta etapa) de carácter positivo.

²⁴ Ello no implica asumir que dichas orientaciones se encuentren del todo excluidas de consideración en el derecho penal de adolescentes (sobre los riesgos de dicho proceder y su plena coincidencia con sistema de carácter tutelar. Vid. Cerda y Cerda (supra nota 2), p. 130; Vargas Pinto (supra nota 2), p. 492. Tampoco permite sostener que este proceso se rija en exclusiva por fines rehabilitadores o resocializadores como veremos a continuación en el texto. Al respecto Conso Salas, "Derecho penal de adolescentes. ¿educación, ayuda o sanción? Revisión del sistema de medidas en el anteproyecto de ley sobre responsabilidad por infracciones a la ley penal", Universidad de Chile, Facultad de ciencias sociales / UNCEF (1999), p. 40; Tiffer Solomayor (supra nota 3), p. 15.

²⁵ Al respecto, vid., asimismo, Medina Schulz (supra nota 1), p. 224, quien identifica funciones preventivo generales positivas asociadas al grupo específico de destinatarios de las normas penales que configuran los adolescentes.

ejecución material de la sanción, esto es, que se encuentre asociado a un contenido inhabilitador o neutralizador²⁶. Se opone a ello la total ausencia de perspectivas de futuro de dicha función, incompatible con la conceptualización que es objeto de análisis ("*desarrollo*" e "*integración*"), con el sentido transitivo que la funda²⁷ (y que es propio de la condición del adolescente²⁸) y con el significado deshumanizante (o despersonalizador) que subyace a sus efectos (la mera contención implica un tratamiento *coercitivo*, que no considera en modo alguno las capacidades de decisión del sujeto²⁹) en cuanto supone una premisa incompatible con el carácter de sujeto de derechos que se le reconoce al adolescente en las bases del modelo³⁰.

De ello se extrae la necesidad de que los objetivos pretendidos (para calificar la idoneidad) se deban asociar a efectos esperados a partir de la ejecución de la sanción (es decir, posteriores a la misma), cobrando con ello relevancia el aporte que a dicho respecto se pueda identificar en cada alternativa de sanción. Éstos, en teoría, se pueden extraer tanto de las reacciones naturales que emanan de la *experimentación del contenido*.

²⁶ En el mismo sentido, *Conso Salas* (supra nota 23), pp. 274 y 275 y en, *del mismo* (supra nota 24), p. 43.

²⁷ Conviene a este respecto tener presente lo dispuesto en el artículo 44: "La ejecución de las sanciones privativas de libertad estará dirigida a la reintegración del adolescente al medio libre". Ello corrobora dicha perspectiva de futuro.

²⁸ No se puede atender a ellas en un ámbito en el que las miradas de futuro son esenciales a partir de la condición *transitiva* que caracteriza a la adolescencia.

²⁹ Altamente criticado a nivel general en el régimen de adultos. Sobre ello, *Cobo* (fin. Derecho penal. Parte general (5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999), p. 815; *Ullast* (fin. *García*, Derecho Penal. Parte General (7ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007), p. 488). Asimismo, con mayor detalle, *Feijóo Sánchez*, *Retribución y Prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal* (Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires, 2007), pp. 759 ss.

³⁰ A este respecto conviene tener en cuenta que el hecho de que la sanción cumpla estas de naturaleza similar (paradigmático en la privación de libertad) es algo inevitable: un *delicto* debe ser apreciado como antecedente a valorar, pero no como un efecto u objetivo *ocasional* de la calificación de idoneidad. De esta forma, puede ser considerado para sostener ciertos ránkmetros sean relevantes para el análisis acorde a los criterios que plantea el legislador. Véase *Schulz* (supra nota 1), p. 225, vincula dicha base argumentativa con la necesidad de considerar el interés superior del adolescente (consagrado en el artículo 2º de la Ley 20.084) con el *delicto* de idoneidad de la sanción (artículo 24 letra f).

do *aflictivo* de la sanción³¹ como también de los contenidos que forman parte de la propia ejecución y que se vinculan al logro de la denominada *reinserción*³².

En el primer caso (efecto de "*responsabilización*"³³) será el propio hecho de experimentar la condena y las restricciones de derecho que conllevan el que generará (o se espera que genere) efectos en la disminución de las posibilidades de recaída en el delito³⁴, consecuencia que en grado importante confía o depende de procesos internos que se adscriben a las esferas de la propia autonomía del adolescente³⁵. Hay que tener en cuenta que las reacciones posibles a este respecto pueden ser varias y van desde el incremento en la *rebeldía* (sobre todo presente en caso que la condena se considere injusta, el *escarmiento* o asunción del comportamiento esperado (ajustado a derecho) a objeto de evitar una nueva reacción adversa en el futuro (la pena), hasta la concientización del contenido de valor que se pretende transmitir a través de la norma de protección contenida en el delito. Cuál de ellas concurra dependerá de las definiciones personales del adolescente como de sus experiencias vitales, lo que nos orienta (naturalmente) hacia una valoración particularizada.

³¹ Se trata de un efecto que conecta con el sentido disuasivo o de intimidación individual (de carácter preventivo especial negativo) que conlleva implícita la ejecución de una condena penal. Al respecto, vid. *Conso Salas* (supra nota 23), p. 274, nota N° 7.

³² Conviene tener en cuenta que las funciones mencionadas no son equivalentes a pesar de se orienten por la consecución de objetivos preventivo especiales. Al respecto, vid. *Conso Salas* (supra nota 23), p. 288 o funciones completamente diversas.

³³ Dicha denominación evoca la conceptualización que en nuestro concepto refleja en mejor medida el efecto o función que se desea transmitir. También se ocupa a dichos efectos la idea de evocar los efectos educativos o pedagógicos del castigo.

³⁴ En el mismo sentido, *Medina Schulz* (supra nota 1), p. 225. Al respecto, vid. *Conso Salas*, "Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil". *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 14 (2005), p. 58. En dicho texto se presenta en forma nítida la vinculación de este efecto con un contenido *educativo* de naturaleza social ("*la educación del derecho penal de adolescentes [...] es la dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal*"). Lo reconoce como posibilidad *Valenzuela*, "La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil". *Revista de Estudios de la Justicia* N° 11 (2009), pp. 250 y 251.

³⁵ Al respecto vid. *Albrecht*, *El Derecho penal de menores* (Ed. PPU, Barcelona, 1990), pp. 273 y 274 (traducción de Bustos Ramiréz); *Conso Salas* (supra nota 34), p. 65.

En cuanto a los objetivos asociados a la idea de *reinserción* entendemos que el legislador invita al juez a valorar la naturaleza y características de la oferta de contenidos y programas considerados en las diversas alternativas de sanción dirigidos a completar el proceso (paulatino) de incorporación del adolescente en la sociedad. Sin embargo, no se trata de una tarea regida por la tradicional perspectiva reformadora o educativa de la pena, sino de algo más complejo.³⁶ Si bien el modelo asume como presupuesto que el Estado debe intervenir en el adolescente a partir del respeto a su autonomía (responsabilidad) conforme a los caracteres que son propios de la etapa de la vida que experimenta (la adolescencia) existen varias alternativas para determinar la forma cómo la pena debe incorporar la satisfacción de dicho deber.³⁷ Para algunos dicho objetivo se debe reflejar en contenidos propios de la sanción orientados en forma positiva y directa a su satisfacción (modelo educativo, sostenido, entre otros, por Tiffer³⁸), mientras que otros (Conso Salas, con matices, Maldonado Fuentes³⁹) entendemos dicho contenido de manera restrictiva, debiendo limitarse el contenido de la pena para no entorpecer el cumplimiento de dicho objetivo (prevención especial positiva como mandato de "no desocialización").

Al respecto, hay que tener en cuenta que la propia condición del adolescente demanda que en la ejecución de la pena se consideren espacios (e incorporen contenidos) orientados a la continuidad del proceso transitorio por el que dicho individuo atraviesa naturalmente⁴⁰, permitiendo que el infractor complete el desarrollo y configuración de los aspectos definitivos de su personalidad a pesar de la necesidad (igualmente legítima) de responder por sus actos a través una pena⁴¹. De ahí que el déficit de integración o inserción social que ello supone como presupuesto se sostenga

inicialmente a partir de condiciones naturales propias de la adolescencia y de características o etiquetas asociadas a la comisión del delito (como no de características de desocialización propias de la actividad o habitualidad delictual)⁴², a las que deben incorporarse las problemáticas de desarrollo social particulares presentes en el infractor (patologías de salud mental, problemas de rendimiento o escolaridad, etc.).

Lo determinante, a nuestro juicio, es que en todos estos casos es posible identificar la fuente de los deberes asociados a su constatación en un lugar previo a aquel en que se sitúa la intervención penal, debiendo ésta ofrecer los espacios necesarios para su desarrollo⁴³. Así, por ejemplo, la necesidad de que el adolescente participe del proceso formal de escolarización emana del derecho/deber correspondiente de radicación constitucional y no del dato que aporta la comisión del delito, constituyendo la misma fuente que lleva a considerarlo durante la ejecución de la condena⁴⁴⁻⁴⁵. De esta forma se trata de contenidos que deben ser recogidos y valorados en cuanto parte de la *oferta pública* que el Estado dirige a la adolescencia, tal y como se los caracteriza en el medio libre⁴⁶, y que, en tal carácter, resulta obligatorio considerar en las instancias de intervención penal⁴⁷, la que debe valorarse positivamente en la medida en que no constituya un obstáculo para ello.

³⁶ Tiffer Solomayor (supra nota 3), p. 21.

³⁷ Un planteamiento similar, pero con base en las necesidades que pesan sobre el propio sistema penal, en Bustos Ramirez (supra nota 2), p. 68.

³⁸ Al respecto (y con base en el mismo ejemplo), vid. Albrecht (supra nota 35), p. 216, con cita a un planteamiento de Wolf. Con matices derivados de la necesidad de compatibilizar dicho derecho (deber) con la autonomía moral del individuo, vid. Conso Salas (supra nota 34), p. 65.

³⁹ Este razonamiento explica el porqué también se consideraran obligaciones referidas a estos ámbitos en la ejecución del internamiento provisional, lo que sería inaceptable desde la perspectiva de la presunción de inocencia si se tratara de contenidos que forman parte de la ejecución de la pena.

⁴⁰ Conso Salas (supra nota 34), p. 58.

⁴¹ Al respecto, próximo, Conso Salas (supra nota 34), p. 60: "desde esta perspectiva, evidencias de que algo funciona", sino más precisamente, que no habiendo evidencias de que algo funciona mejor que la familia, la comunidad, la escuela y los servicios de salud, el principal objetivo de unas leyes y unos tribunales especiales para su menores infractores es evitar que éstos salgan de esos espacios sociales, o favorecer su más pronto regreso a los mismos".

³⁶ Vid. Conso Salas (supra nota 34), p. 58.

³⁷ Conso Salas (supra nota 24), pp. 41 y 42.

³⁸ Tiffer Solomayor (supra nota 3), pp. 19 ss. Sobre las críticas al sistema educativo, vid. Maldonado Fuentes (supra nota 3), pp. 12 ss. Asimismo, Tiffer Solomayor (supra nota 3), pp. 21 ss.

³⁹ Conso Salas (supra nota 34) p. 65; Maldonado Fuentes (supra nota 3), pp. 10 ss.

⁴⁰ En este sentido Bustos Ramirez (supra nota 2), p. 68. Lo vincula, además, a una obligación del Estado, derivada de que es éste el que priva al proceso de desarrollo del adolescente de su ejecución natural, a raíz de la imposición de la pena.

⁴¹ Tiffer Solomayor (supra nota 3), p. 20.

Lo dicho se confirma a través del texto de los parámetros propuestos por el legislador. El primero apunta a la (mejor) satisfacción de *sus necesidades de desarrollo e integración social*, es decir, de aquellas que son *propias del adolescente*, en una alusión directa a su condición *natural* en cuanto tal. Tal dicho texto se busca centrar el objetivo en las bases que permiten el ejercicio de la autonomía individual *en condiciones de normalidad*, esto es, acorde a los parámetros generales bajo las que se desenvuelve el comportamiento de los individuos (adolescentes) en el medio libre⁴⁸. El segundo apunta a aquellas condiciones que caracterizan la adolescencia como etapa progresiva dinámica (en desarrollo), que tiende naturalmente a la configuración de nuestra personalidad, y que por ello evidencia requerimientos particulares (también naturales o propios de la adolescencia).

A este respecto debemos tener en cuenta que el parámetro de referencia no es *el desarrollo o la integración* del adolescente, como referentes directos, sino *las necesidades* que éste presenta (como sujeto) a dichos efectos. Así, el aprendizaje de habilidades de relación interpersonal básicas, el inicio en el ejercicio de la sexualidad, el completar la educación formal e iniciarse en el camino de la instrucción laboral, son ejemplos concretos que pueden asociarse a dichos requerimientos.

Ahora, lo dicho no implica el que no se deban valorar (o considerar) contenidos o programas de similar orientación destinados a favorecer la incorporación en el adolescente (o en su modo de vida) de procesos y contenidos que contribuyan a mejorar su desenvolvimiento en sociedad y que desde esa perspectiva también incidan en (y refuercen) su reinserción (p.ej., en relación a la *oferta* sociolaboral o educativa de rango superior⁴⁹).

⁴⁸ Así (y siguiendo con el mismo ejemplo antes utilizado) la necesidad de que el adolescente continúe o complemente las instancias propias del proceso de educación formal presenta condiciones similares en una sanción de carácter ambulatoria y en una privativa de libertad (también) igualmente funcionales desde la perspectiva de la contribución a las necesidades (naturales) de desarrollo del adolescente, pero desiguales a la hora de evaluar su contribución desde la perspectiva de la integración social (normal o natural). Desde esta perspectiva la puesta por el legislador la condena privativa de libertad se muestra como una sanción que es abstracto es *menos idónea* a dichos efectos.

⁴⁹ Con referencia a la jurisprudencia alemana, vid. *Conso Salas* (supra nota 34), p. 65. Asimismo, en referencia al pensamiento de Gómez Da Costa, vid. *Conso Salas* (supra nota 24), p. 29.

Ello es posible en la medida en que carezcan de perspectivas ideológicas sesgadas (orientadas a la configuración de costumbres, imposición de valores o formas de vida⁵⁰), no se alejen de los objetivos propios de la intervención penal (por ejemplo, si persiguen un equilibrio positivo en las condiciones de vida del infractor —lo que es propio de la política social⁵¹—) y conserven un carácter voluntario⁵². La constatación de dichos *excesos*⁵³ constituirá un claro índice que incidirá negativamente en el juicio de idoneidad, en cuanto la intervención que se plante no podrá asociarse a *las necesidades* de desarrollo que sean *propias* del adolescente.

Ahora bien, se podrá advertir que ambas dimensiones conectan con características que son esenciales de considerar en el adolescente y que son diversas entre sí⁵⁴. Las funciones disuasivas (el efecto de escarmiento) conectan con el reconocimiento de autonomía que supone la condición de sujeto de derechos que es conatural en la adolescencia⁵⁵, mientras que la dimensión asociada al desarrollo e inserción social conecta con caracteres y particularidades propias de la adolescencia y que permiten diferenciarlos de los adultos. Se trata de aspectos que en conjunto responden a los presupuestos del modelo especial (a partir de la definición del adolescente como un individuo que se caracteriza como sujeto por el reconocimiento de una autonomía de carácter progresivo⁵⁶). De ahí que deba descartarse cualquier aplicación del juicio de idoneidad en el que se omita la consideración de

⁵⁰ *Conso Salas* (supra nota 25), pp. 288 y 345; *del mismo* (supra nota 24), p. 37; *Tijfer Somomayor* (supra nota 3), p. 21.

⁵¹ *Cillero Bruñol* (supra nota 3), p. 158; *Tijfer Somomayor* (supra nota 3), p. 24.

⁵² *Conso Salas* (supra nota 23), p. 288, quien destaca que la voluntariedad también constituye una exigencia en el régimen de adultos. Asimismo, *Conso Salas* (supra nota 34), p. 65.

⁵³ Al respecto conviene tener en cuenta que —en palabras de *Albrecht* (supra nota 35), p. 349—: “la educación” *sirve ampliamente como sinónimo para represión y prevención general*.”

⁵⁴ Vid. *Bustos Ramirez* (supra nota 2), p. 16.

⁵⁵ Lo pone de relieve, desde su particular configuración del modelo, *Valenzuela* (supra nota 34), p. 251.

⁵⁶ Vid., a nivel esencial, *Cillero Bruñol*, “Adolescentes y sistema penal. Proposiciones de derecho y justicia sobre los derechos del niño”, en *Cillero y Madariaga* (coord.): *Infancia, Santiago, 1999*, pp. 49 y 50. Sobre el concepto de autonomía progresiva, vid. *Cillero Bruñol* (supra nota 3), pp. 67 a 69.

alguna de ellas, en cuanto supondrá un juicio parcial e incompleto de la personalidad (propia) del adolescente⁵⁷.

Ello no sólo implica abordar los efectos disuasivos o de inserción en forma complementaria, sino también el llevar a cabo una valoración conjunta de sus presupuestos. A este respecto hay que tener presente que el efecto disuasivo (de escarmiento), orientado por la idea de responsabilización, también admite vinculación directa con las necesidades de desarrollo e integración del adolescente, en atención a que ofrece efectos de carácter pedagógico que pueden incidir en las potencialidades (de autocontrol, respeto, tolerancia, etc.) del infractor para desarrollar un comportamiento futuro acorde a las exigencias y límites que impone la convivencia en sociedad⁵⁸. Por su parte, ya hemos destacado que la incidencia de la intervención sobre las necesidades de desarrollo e integración propias o naturales de la adolescencia en la consolidación de su autonomía es precisamente el objetivo que orienta (y debe orientar) en este caso al sentenciador⁵⁹.

Sin embargo, conviene también advertir que en ambos casos la tarea demanda una valoración en su justa medida, pues el efecto de potenciales excesos redunda directamente en un alejamiento de los parámetros previstos por el legislador. Ya hemos advertido que el riesgo de adoctrinamiento lleva a una reducción en la valoración de idoneidad, lo que se refuerza pre-

⁵⁷ En este sentido debe entender la referencia que expone Medina Schulz (supra nota 1), p. 225, relativa a la necesidad de considerar el interés superior del adolescente en las valoraciones propias del juicio de idoneidad.

⁵⁸ Se trata de un contenido que por ello presenta cierta ambivalencia, como acertadamente destaca Albrecht (supra nota 35), pp. 272 y 273, en torno a lo que clasifica son medidas de corrección (amonestación, reparación del daño, multa, arresto), brindando utilidad para ambas perspectivas a partir de su contenido aflictivo. Al respecto conviene tener en cuenta que, en palabras de Cillero Bruñol (supra nota 56), p. 86: "el aprendizaje de la vida social regula el derecho, no puede ser adquirido a partir de la idea de irresponsabilidad; debe ser desampliado paso a paso a través de la adquisición paulatina de la conciencia de propiedad de los propios actos y del autodomínio".

⁵⁹ Al respecto, vid., asimismo, Cillero Bruñol (supra nota 56), p. 86: "es fuerza concluir que la adquisición de la responsabilidad personal dependerá, en gran medida, de la intervención del sujeto con sus agentes socializadores y, en especial, adquirirá una gran importancia para el adolescente su relación con el mundo normativo y de control social formal, que expresa fundamentalmente a través del sistema jurídico de dictación de normas y regulación de la vida social".

cisamente por el hecho de que materializa un tratamiento que incide en los espacios legítimos de decisión autónoma del adolescente⁶⁰. Por su parte, un exceso en las pretensiones de escarmiento derivado de la aplicación de un índice (excesivamente) elevado de aflicción en la pena no sólo hacen discutible el que con ello se pretenda incidir en las decisiones futuras del individuo (se acerca a la idea de mera contención), anulando con ello los efectos pedagógicos pretendidos (y con ello su incidencia en el desarrollo de la personalidad del adolescente) sino que, además, redundan en una afectación directa de su inserción⁶¹.

Sostener lo contrario resulta hoy en día inaceptable. Supone, por un lado, que una mayor rigidez en la pena (y con ello una mayor disuasión) habilitará a una mejor integración en medio libre en el futuro, siendo por todos conocido el que la restricción de derechos conlleva la incorporación en el adolescente de modos de vida diversos a los que se desarrollan en condiciones de normalidad. Al respecto resulta nuevamente paradigmático el ejemplo de la pena privativa de libertad (en torno a la llamada *subcultura carcelaria*). Se trata de una consecuencia que emana del hecho que el control que conlleva la ejecución de cualquier sanción de carácter penal y el menor espacio que ello supone para el desarrollo, ejercicio y sobre todo para la ejercitación de la autonomía, necesariamente alejan dicho régimen de las condiciones naturales de desenvolvimiento en medio libre, efecto que incluso se incrementa con el tiempo por efecto del acostumbramiento.

2. El fortalecimiento del "respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas"

Ahora bien, conforme a la fórmula legal debe además valorarse la contribución que potencialmente puede generar la ejecución de la sanción para el fortalecimiento del "respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas". Dicho referente también se encuentra ligado a una orientación

⁶⁰ Constituye de hecho un riesgo permanente en la implementación de intervenciones de esta naturaleza. Al respecto, vid. *Curso Salas* (supra nota 24), p. 24.

⁶¹ Más categórico incluso Medina Schulz (supra nota 1), pp. 224-225.

preventivo especial de la pena⁶², en cuanto se asocia a una cualidad personal que se mide o evalúa concretamente como un *parámetro de socialidad* (suya ausencia, a la inversa, constituye por ello un *factor de riesgo, evidenciado con el delito*⁶³) y cuya constatación o fortalecimiento permite pronosticar un mayor índice en la posibilidad de evitar la recaída. De esta forma de lo que se trata es de valorar los efectos que la sanción produce en las capacidades (o potencialidades) de autogestión de dicha cualidad.

Un primer aspecto relevante de considerar dice relación con el hecho de que el objetivo propuesto constituye una condición determinante para una adecuada interacción con los demás⁶⁴, cuya asunción se alcanza a través de procesos internos de diversas características. Para algunos dicha (auto) limitación emana de una adhesión interna al respeto que se debe brindar a los valores o derechos comprometidos; para otros se vincula al respeto que debe brindarse al sistema de reglas previstas para su protección (al imperativo de las normas); finalmente, también puede provenir de la simple decisión de que estas últimas deben ser acatadas (por temor a sus efectos adversos).

Detrás de esta constatación se podrá apreciar que el nivel de compromiso interno del adolescente con los valores implícitos que ello representa es un principio algo irrelevante, pues de lo que se trata es de la asunción del límite, cualquiera sea la vía a través de la cual se alcance dicho objetivo.

De ello no se colige, sin embargo, la total irrelevancia de dicho componente pues a mayor nivel de compromiso interno mayor será también la estabilidad, permanencia o duración de la actitud respetuosa de los derechos de los demás, constituyendo un aspecto que debe ser valorado como deseable en la oferta de intervención, incidiendo con ello en la calificación de idoneidad.

⁶² En este sentido Bustos Ramírez (supra nota 2), p. 68.

⁶³ Se infiere tras su consideración el entendimiento del delito como un déficit en dicha cualidad, esto es, como expresión de una falta de consideración de los espacios de desarrollo que son propios de los demás y un exceso en los límites propios de nuestro desarrollo autónomo (el derecho de cada uno llega hasta el límite que plantean los derechos de los otros).

⁶⁴ Desde esa perspectiva se trata de un objeto esencial conforme a los caracteres definitorios de un modelo centrado en la responsabilidad del adolescente. Al respecto, vid artículo 40.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Asimismo, vid Chileo Bernal (supra nota 56), p. 83.

Una segunda cuestión relevante apunta a tener en cuenta que dicho referente no propone un juicio de carácter definitivo, es decir, uno que se centre en las posibilidades que ofrece la sanción para la obtención o logro efectivo de dicha cualidad (asunción o aceptación). Se trata más bien de valorar la *contribución o aporte* que la sanción propone para el asentamiento en cualquiera de dichas modalidades, lo que sitúa el análisis en el contexto de una expectativa posible. En dicho contexto el sentenciador debe evaluar si la sanción ofrece dicho efecto en atención a *los efectos disuasivos* (de escarmiento) que provienen de su afluencia como también, y particularmente, de los contenidos pedagógicos que este mismo efecto produce⁶⁵. Pero además esta valoración permite asignar una calificación positiva a otros contenidos (más específicos) que pueden formar parte de la ejecución de la sanción, como la presencia de instancias que lleven al condenado a *enfrentarse con el daño ocasionado, con la víctima* o, en general, con los efectos generales del delito cometido⁶⁶. También se incluyen en el mismo nivel las instancias de formación o desarrollo personal asociadas a dicha cualidad⁶⁷.

En este contexto es evidente que la mayor presencia de factores que potencialmente pueden incidir en un efecto de adhesión personal de la cualidad en comento (el respeto por los espacios que son propios de los demás) ofrecen un mayor índice de adecuación o idoneidad, que tiende a

⁶⁵ *Conso Salas* (supra nota 34), p. 58, quien, según vimos, lo asume como un "efecto educativo de la retribución", siguiendo a Albrecht.

⁶⁶ Al respecto, vid. *Conso Salas* (supra nota 24), p. 44.

⁶⁷ Debemos desde ya excluir de toda consideración el aporte que en torno a ello pudiere atribuirse desarrollo de formas de vida regladas en base a regímenes de control, características y de libertad asistida o controlada. Dicha exclusión se basa en que, según ya hemos visto, la anomalía de dicho régimen y sus aspectos coactivos se encuentran estrechamente asociados y dependientes de la propia ejecución de la condena, siendo escasos los elementos que permitan pronosticar efectos permanentes en este plano que vayan más allá del término o cese de su algún grado de adhesión (consciente o no) a formas de relación determinadas y adecuadas acorde al parámetro que ahora nos ocupa, se trataría de una disposición que sólo encuentra su sentido dentro del régimen de ejecución de que se trate, con lo cual, las modificaciones que sí pudiere experimentar y los cambios en el entorno físico y personal que conlleva el egreso definitivo incidirán, con seguridad y de forma decisiva, en una modificación a las bases que sostienen dicha actitud.

desdibujarse en la medida que dicho efecto se va confiando en la sola y exclusiva consideración de la afflictividad natural de la pena, esto es, en la mera disuasión de la fuerza o coacción. Si bien es evidente que se trata de una cuestión que depende de la reacción autónoma del adolescente frente a los contenidos que lo orientan y que buscan motivar en él un cambio de actitud o la consolidación de la que ya concurre en el mismo, es el mayor pronóstico de permanencia asociado a la asunción del valor presente en dicha cualidad lo que lleva a dicha priorización, conforme a los caracteres que deben regir esta mecánica de valoración en particular.

VI. PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS DE LA IDONEIDAD COMO CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA PENA DE ADOLESCENTES

El resultado esperado a partir de la valoración de la idoneidad de la pena en el derecho penal de adolescentes se refleja en la precisión de las razones que llevan al juez a sostener una determinada conclusión acerca del grado de satisfacción de los parámetros de referencia, razonamiento que debe estructurarse a partir del conjunto de caracteres concretos que plantea el caso. Será el contraste entre éstos y los *parámetros de referencia* (en ese orden) los que le permitirán indicar por qué se ha escogido tal o cual sanción como la más idónea entre las alternativas disponibles en el respectivo marco penal (conforme al respectivo tramo del artículo 23), conclusión que sólo se puede afirmar si se profundiza también en el contenido concreto y particular de cada una de las sanciones posibles de considerar.⁶⁸

De esta forma el ejercicio de individualización lleva a contrastar el efecto que las diversas sanciones pueden producir de cara a la satisfacción de los objetivos legales, lo que se mide a partir de las características del hecho enjuiciado, las condicionantes personales del infractor que sean relevantes, como también del análisis particular de las propias alternativas de sanción, en cuanto las modalidades bajo las cuales se dispone su ejecución admiten también variantes y particularizaciones.

⁶⁸ No hay que olvidar que resulta erróneo centrar el análisis de la idoneidad en exclusiva de los objetos o parámetros de referencia (fines señalados en la ley) obviando el aporte sustancial que introducen las propias características de las sanciones potencialmente aplicables, en cuanto ambas operan, a fin de cuentas, como variables a contrastar.

VII. CUESTIONES ASOCIADAS AL HECHO

El primer indicativo que aporta el hecho cometido a estos efectos se vincula al índice de gravedad o entidad que presenta y que se determina a partir de dos instancias o procesos valorativos diversos. El primero emana de las valoraciones sociales generales, apreciación que se extrae del índice que proporciona el proceso de determinación legal de la pena adolescente (conforme a los artículos 21 a 23 de la Ley 20.084). No se trata en este caso de tener en cuenta *la pena* correspondiente al régimen de adultos corregida acorde a la regla establecida en el artículo 21, sino el índice de gravedad comparativa que propone dicha mecánica y que debe ser situada en el conjunto global de las sanciones previstas en el propio modelo de adolescentes⁶⁹. En síntesis, se trata de un valor correspondiente a un estándar de gravedad abstracto que cumple funciones precisas en el régimen de adolescentes, siendo del todo secundario el que se exprese en un rango de penas propias del régimen de adultos⁷⁰.

El segundo elemento emana de los caracteres particulares que reflejan la gravedad del delito desde la perspectiva adolescente, contenido que debe ser sopesado conforme al artículo 24 letra a), y que lleva a considerar la presencia o ausencia de aquellos elementos que tienen un especial sentido en su concurrencia en el delito adolescente. Existen buenas razones para sostener que en nuestro modelo el injusto penal juvenil reclama atenciones en función de la especialidad del sistema que provienen de la particular condición que caracteriza al adolescente en la sociedad. Se trata de tener en cuenta que para los adolescentes el sentido de determinados comportamientos puede ser diverso al que es propio de un adulto en su relevancia o significado concreto, adquiriendo naturalmente —y eso es lo importante— una perspectiva que puede ser diversa a la prevista por el legislador a partir del mismo contenido en la tipificación general de un delito (pensado para un sujeto adulto)⁷¹. Lo deter-

⁶⁹ *Maldonado Fuentes*, "Determinación de la pena y concurso de delitos en la Ley 20.084", *Estudios de Derecho Penal Juvenil* N° 2, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública (2011), pp. 199 ss.

⁷⁰ Lo relevante es el índice de gravedad comparativa que representa y que busca reflejar la gravedad del hecho y asegurar que la pena del adolescente no supere la de un adulto. Vid. *Maldonado Fuentes* (supra nota 69), pp. 199-204. Asimismo, vid., *del mismo* (supra nota 4), pp. 515 y 516.

⁷¹ Vid. *Conazo Salas*, "Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: El caso de la Ley chilena", *Justicia y Derechos del Niño* N° 10 (2008), p. 105

minante es el significado individual y social que dichas conductas detentan en el contexto en que se producen, siendo factible asignarle una relevancia diferenciada a factores como la modalidad de interacción (p. ej., en atención a las condicionantes concurrentes en los adolescentes en torno a la actuación en pandilla o masas)⁷² o al rol que juega en sus particulares representaciones el actuar rozando los límites de lo permitido (p. ej., en base a la trascendencia en dicha etapa del comportamiento experimental)⁷³.

Así, por ejemplo, se pueden advertir diferencias valorativas a la hora de ponderar la exigencia que conllevan nociones normativas como el cuidado debido, la diversidad de representaciones que configuran la fase cognoscitiva del dolo, el baremo con que se deben medir nociones como *la adecuación social del actuar* o la determinación de las atribuciones de sentido que contienen las normas penales en relación a las que el adolescente está en condiciones de configurar⁷⁴. Así se expresa por vía ejemplar en la norma especial prevista sobre los llamados delitos sexuales en el artículo 4° de la ley⁷⁵, y se confirma en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 18.314 (sobre Conductas Terroristas)⁷⁶ y en el régimen de las faltas⁷⁷.

⁷² *Carnovali y Killman*, "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", *Política Criminal* N° 4 (2007), http://www.politicacriminal.cl/n_Odd_1_4.pdf. También en *Caso Salas* (supra nota 71), pp. 107-108.

⁷³ *Albrecht* (supra nota 35), p. 78; *Caso Salas* (supra nota 36), p. 60.

⁷⁴ *Vid. Hernández Basualto* (supra nota 3), pp. 201 ss.; *Maldonado Fuentes* (supra nota 3), pp. 4 ss.

⁷⁵ Artículo 4°.- Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quater del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concierne ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dieciséis años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos."

⁷⁶ "La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años".

⁷⁷ Al respecto, el inciso final del artículo 1° de la Ley 20.084 señala: "Tratándose de las, sólo serán responsables en conformidad con la presente Ley los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 1 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la Ley 20.000. En los demás casos se estará lo dispuesto en la Ley 19.968".

Ahora bien, conviene aclarar que esta dinámica no opera en exclusiva en dirección a la exclusión de presupuestos de imputación, esto es, reflejándose en un resultado que siempre se traduzca en una condición más favorable para el adolescente (eximente o aminorante de la responsabilidad). Sus particulares condiciones también permiten desarrollar una valoración de los elementos y circunstancias del delito que se traduzca en la atribución de una relevancia diversa a la que tiene su significado en las reglas generales. Ello, pues también la averiguación del sentido particular de determinados contenidos o elementos pueden llevar a asignarles un papel más trascendente en relación al que representan en el comportamiento general de un adulto, como sucede, por ejemplo, con el carácter *violento* que pudiere revestir el comportamiento punible. Constituyen, en tal virtud, elementos de juicio que cobran un especial cariz a la hora de valorar las consecuencias de la responsabilidad penal⁷⁸.

De ahí que el sentenciador pueda recurrir al índice de gravedad propio del régimen de adolescentes que se exprese en el comportamiento desplegado para valorar el grado de disuasión individual que puede representar la pena para el infractor como también para apreciar la profundidad del compromiso que éste presenta en relación al respeto por las consideraciones que emanan de la personalidad de los demás y, consecuentemente, de sus derechos, lo que incide en la determinación de sus propias *necesidades* de intervención.

VIII. ASPECTOS RELEVANTES PRESENTES EN EL SUJETO⁷⁹

En cuanto al sujeto condenado, parece evidente la necesidad de que el sentenciador cuente con antecedentes detallados, que van más allá de los requerimientos básicos de información sobre su contexto familiar y de vida

⁷⁸ No esta de más recordar que los anteproyectos y borradores preparatorios del proyecto de ley que dio lugar a la Ley 20.084, el factor *violencia* constituía uno de los elementos de juicio determinantes de la calificación de gravedad de las respectivas tipologías, lo que incluso cuenta con aval de texto en los propios instrumentos internacionales (por ejemplo, artículo 7.1 letra c de las reglas de Beijing). La relevancia de ello es que en dicho esquema sólo los delitos considerados graves podían recibir una sanción privativa de libertad.

⁷⁹ Conviene tener en cuenta que *Cilleró Briñol* (supra nota 3), p. 154, sostiene un criterio más restrictivo a este respecto, asumiendo que sólo pueden admitirse las consideraciones personales *referidas al hecho*, sin especificar, en todo caso, a cuáles corresponde.

más próximo o cercano. Destacan entre ellos el historial delictivo, que pasa a ser considerado como índice y no a los efectos de desarrollar un antejuicio asociado a culpabilidad⁸⁰. Se trata de un dato que aporta para la valoración de los efectos disuasivos que se pueden esperar de la sanción y que limita a dicho objetivo su aporte fundamental.

Se debe además contar con información concreta del proceso educativo, intereses recreativos (de cualquier naturaleza) pertenencia o asociación con bandas o grupos de interés, habilidades manuales o intelectuales asociadas a actividades formativas, presencia de sintomatología asociada a patologías de salud mental, etc.

Los antecedentes relativos a la condición social del adolescente son en principio irrelevantes⁸¹. Su utilidad es bastante acotada a estos efectos y se vincula en exclusiva a las consideraciones que puedan afirmarse en materia de integración. Nos referimos a datos asociados a la disponibilidad de recursos públicos de uso colectivo (instalaciones deportivas), a la existencia de instancias sociales organizadas (clubes de barrio, etc.), de programas municipales de interacción, formativos o de aprendizaje, etc., siendo los únicos que podrían darle cuerpo a dichos contenidos a efectos del análisis de idoneidad. Con ello se evita que la ausencia de instancias de apoyo se traduzca en un endurecimiento de la reacción, bajo la lógica de respetar en todo momento el que se trata de supuestos que no le son en modo alguno imputables al infractor.

A este respecto conviene apuntar algunas precisiones relevantes de considerar. En primer lugar, hay que tener presente que la consideración de dichos elementos no debe en caso alguno llevar a asumir que se está operando en la lógica del derecho penal de autor. Ella se excluye a partir del uso de parámetros generalizadores en la medición de los contenidos que deben ser tenidos en cuenta y en la necesaria separación que debe existir entre el debate que lleva al veredicto de culpabilidad y el que aborda la

⁸⁰ No hay que olvidar que nos encontramos específicamente en instancias donde se valora la individualización de la pena, contando por ello ya con un veredicto de culpabilidad. Cuestión de más está señalar que su consideración o siquiera su anuncio o en etapas anteriores resultan del todo objetable.

⁸¹ Vid. al respecto en el mismo sentido, *Medina Schulz* (supra nota 1), p. 225.

fijación de la pena, conforme lo dispone el artículo 40. Pero, además, pues si bien el criterio presenta un contenido *cargado* hacia lo personal, se trata de un análisis acotado en exclusiva a la valoración de idoneidad, que, según vimos, cumple sólo una función parcial en el modelo de individualización. Debe por ello pasar a conjugarse (sobre todo en casos de antinomia) con los demás factores y parámetros que deben ser considerados y que dan cuenta del marco de valoraciones propias del hecho⁸².

En tercer y último lugar, debe tenerse especialmente en cuenta la necesidad de excluir de toda consideración positiva a la identificación de particulares falencias de desarrollo o de integración que sean atribuibles al medio o historia de vida del condenado⁸³. En dichos casos se tratará de antecedentes que, a lo sumo, contribuirán a darle un menor peso relativo al juicio de idoneidad en relación con los demás criterios a ponderar, pero que no deben afectar el proceso de valoración que lleva al mismo.

A este respecto quisieramos explicitar una afirmación que parece claramente intuitiva del desarrollo expuesto, y que se vincula a que la consideración de cualquier tipo de antecedentes asociados a una perspectiva terapéutica o referida a la valoración psicológica o psiquiátrica del adolescente no es necesaria o esencial. Y es que la presencia de condiciones que pasan a ser definidas en el plano de la anomalidad no son, en principio, determinantes, a menos que aporten contenidos asociados a los factores ya mencionados. Se exceptúan por ello, exclusivamente, aquellos antecedentes que permiten valorar la presencia de alguna condición especial que incida de manera determinante en las características del proceso educativo que debe cursar (aspectos diferenciales) o sus facultades de interacción, que se

⁸² Se hace presente que también compare este carácter el análisis de la edad del adolescente infractor contenido en la letra d) del artículo 24.

⁸³ Ello también afecta al campo de los referentes concretos que deben (pueden) ser valorados considerando el permanente riesgo de que le interacción se determine a partir de las malas condiciones sociales, económicas y culturales presentes en el entorno de vida del infractor. Su consideración llevaría necesariamente a un tratamiento más duro y perjudicial, generado a partir efectos cuya causa no le sería en modo alguno atribuible al adolescente. En este sentido, *Conso Sada* (supra nota 34), pp. 67-68; *Durán Migliardi* (supra nota 2), p. 300; *Medina Schulz* (supra nota 1), p. 225. O, en *Cerdá y Cerdá* (supra nota 2), p. 130, si bien advierten la presencia de riesgos asociados a la ausencia de razones de merecimiento de pena que pueden influir en determinar la sanción en estos casos.

presentan en condiciones equivalentes, y no más o menos importantes, a las que se aportan como datos referidos a la escolaridad o formación laboral.

La incidencia o lugar propio de los demás antecedentes está asociada a la valoración de la culpabilidad, afectando consecuentemente en el proceso de determinación de la pena a la hora de valorar el índice de gravedad que propone considerar a partir de los caracteres del delito, cumpliendo funciones asociadas más bien a la proporcionalidad y a la prevención general, desde donde evidentemente inciden en lo pertinente.

IX. CONTENIDOS CONCRETOS DE LAS ALTERNATIVAS DE PENA

En lo relativo a las alternativas de sanción, y más allá de la evidente conciencia acerca de los límites bajo los cuales se puede caracterizar su extensión, debe el sentenciador contar con información suficiente y particularizada acerca de todos y cada uno de los aspectos singulares relevantes de tener en cuenta en la oferta. Se trata evidentemente de una tarea que requiere de una adecuada implementación en el nivel local (exigencia que se extrae de la necesidad de evitar la desestructuración de las redes propias del medio en que éste vive) y de un adecuado proceso de comunicación entre las autoridades encargadas de su administración y la judicatura, constituyéndose el ideal en una transmisión actualizada periódicamente de las características fundamentales y relevantes de los diversas sanciones con que se cuenta y su disponibilidad⁸⁴.

⁸⁴ Al respecto conviene tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 42 "Artículo 42.- Administración de las medidas no privativas de libertad. El Servicio Nacional de Menores asegura la existencia en las distintas regiones del país de los programas necesarios para la ejecución y control de las medidas a que se refiere esta Ley, las que serán ejecutadas por los colaboradores acreditados que hayan celebrado los convenios respectivos con dicha institución. Para tal efecto, llevará un registro actualizado de los programas existentes en cada comuna del país, el que estará a disposición de los tribunales competentes. El Servicio revisará periódicamente la pertinencia e idoneidad de los distintos programas, aprobando su ejecución por parte de los colaboradores acreditados y fiscalizando el cumplimiento de sus objetivos. En la modalidad de libertad asistida especial se asegurará la intervención de la red institucional y de prevención del Estado, según se requiera. Será responsabilidad del Servicio Nacional de Menores la coordinación con los respectivos servicios públicos. El reglamento a que alude el inciso final del artículo siguiente contendrá las normas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en este artículo".

Se trata, en concreto, que el juez conozca, domine o tenga acceso a la disponibilidad de oferta en los centros de internamiento y los programas vigentes para la aplicación de sanciones no privativas de libertad: del contenido programático que se ofrece en cada uno de ellos, diferenciándose la información entre aquellos que se disponen como parte del régimen de cumplimiento y aquellos que se consideran con carácter voluntario; siendo relevante el que también se conozca si dichas actividades tienen lugar en el propio centro o lugar de cumplimiento (o del domicilio del programa) o en el medio social, y la naturaleza del recinto en que se imparten en este último caso; el contenido programático con que se cuenta en cada una de dichas sanciones para el desarrollo de actividades relativas a la interacción entre los condenados y de éstos para con personas diversas, indicándose en cada caso la correspondencia que puedan tener con objetivos intencionales de tratamiento del comportamiento; y, finalmente, la presencia en dichos contenidos (obligatorios, voluntarios, educativos, formativos en general, talleres o actividades dirigidas a la interacción) de aspectos asociados al ejercicio y límites que conlleva la autonomía en libertad. Su nexa con el control y respeto a los espacios ajenos es evidente.

Dicha información genérica debe, además, ser complementada con aspectos individuales pertenecientes a cada tipo de sanción. Ello se vincula, en primer lugar, al índice de afflictividad que representa su imposición, lo que se determina en función a la naturaleza (abstracta) de los derechos que se comprometen o restringen (concretamente) con su ejecución; en atención al tiempo o extensión que abarcará dicha restricción; y en consideración a las limitaciones o controles que a nivel material importa para el desarrollo autónomo del individuo (grado de heterotutela o administración externa a las propias esferas de decisión).

Finalmente, dice relación con la forma como se plantea la continuidad de los aspectos formativos y de desarrollo propio del adolescente (en medio libre, controlado, cerrado, etc.) y el contenido programático asociado a dichos aspectos (incluyendo el mayor grado posible de segregación de la información, esto es, especificando los elementos referidos a los ámbitos educacional, formativo, laboral, etc., que se incluyan). Los espacios, actividades y forma de desarrollo de las actividades asociadas a la interacción personal y el medio o entorno en el que éstas se desarrollan; la presencia de aspectos definitorios de la sanción que vinculen al adolescente con el

enfrentamiento del daño causado o potencial asociado al delito; y la (eventual) presencia de actividades programáticas (formales) o extrajudiciales (talleres), sean formales o informales, dirigidas a este mismo objetivo.

X. IDONEIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL (DE ADOLESCENTES)

Todo lo dicho, permite caracterizar (al menos en sus aspectos esenciales) el ejercicio que plantea la valoración de la idoneidad de la pena como criterio de selección o individualización en el régimen previsto en la Ley 20/084. No obstante, con ello no se concluye la tarea de revisar las incidencias que plantea la noción de idoneidad de la pena en dicho régimen pues ya hemos advertido que dicho término también se vincula al análisis de la proporcionalidad de la pena, criterio legitimador y principio limitativo del derecho penal⁸⁵. El punto es que el concepto de idoneidad aparece recogido en una de las fases que caracterizan a dicho principio acorde a la configuración que éste presenta en la actualidad y que se exponen a través de una estructura tripartita, que demanda afirmar la *necesidad* o *subsidiariedad* de la pena, su *idoneidad* y, sólo posteriormente, el análisis estricto de proporcionalidad (esto es, la revisión de la razonabilidad del sacrificio que su imposición conlleva)⁸⁶.

⁸⁵ Sobre esta relación, *Cillero Bruñol* (supra nota 3), pp. 150 ss.; *Medina Schlez* (supra nota 1), pp. 224-225.

⁸⁶ *Sánchez García*, "El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal", *La Ley* 4 (1994), p. 1117; *Hassener*, *Fundamentos del Derecho Penal* (Ed. Bosch, Barcelona 1984), p. 279 (traducción y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero); *Cobo y Iñes*, *Derecho penal. Parte general* (5ª ed., corregida, aumentada y actualizada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999), p. 69; *Mir Puig*, "Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal", en *Felipe Balda* (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón* (Universidad de Deusto, Bilbao, 2002) p. 358; *Prieto Sanchis*, "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", *Cuadernos de Derecho Público* N° 11 (2000), pp. 22 ss.; *Aguado Correa*, *El principio de proporcionalidad en derecho penal* (Ed. EDESA, Madrid, 1999), p. 138; *De la Mata Barranco*, *El principio de proporcionalidad penal* (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001), pp. 138-148 y en "Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal", *ADPCP Tomo VX, Vol/Fasc. 1* (2007), pp. 165-204, p. 167. En torno al Derecho penal juvenil, de manera precisa, *Cillero Bruñol* (supra nota 3), pp. 150 ss. Un sector más bien minoritario independiza además una cuarta exigencia que se expresa en la necesidad de "identificar un bien jurídico protegido" (*De la Mata Barranco* [supra nota 86], p. 140) o un fin constitucionalmente relevante (*Lopera Meza*, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de

Dicha estructura se ha impuesto a partir del (creciente) desarrollo y utilización del principio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán⁸⁷ (siguiéndolo muy de cerca el español), y que se ha sido ampliamente difundido en nuestro medio.

A partir de esa base se describen los principios como *mandatos de optimización*, cuya satisfacción depende del contexto en que se pretenda o reclame su sustento o defensa y particularmente de la eventualidad de que se presenten en colisión con otros de igual naturaleza y rango. En dichos casos es la realidad la que obliga a un sacrificio⁸⁸ y por ello es que se sostiene que no se afecta la incolumidad del principio que, en definitiva, deba darle cuerpo a dicho costo. Todos los principios y garantías o derechos comprometidos mantienen por ello siempre su propia valía individual, siendo sólo una cuestión de necesidad fáctica la que motiva una decisión que lleva a que se acepte el costo que conlleva la pérdida de alguno de los intereses en juego⁸⁹. En consecuencia la presencia de cualquier elemento que permita asumir que dicha pérdida no ha sido estrictamente necesaria hace que la intervención sea calificable como injustificada, excesiva o, lisa y llanamente, desproporcionada.

Continuación nota 86

las Leyes penales", *Jueces para la Democracia* N° 53 (2005), pp. 39-53, y especialmente, p. 40; o, al menos, constitucionalmente legítimo (*Prieto Sanchis* [supra nota 86], p. 22).

⁸⁷ Por todos, *Aguado Correa* (supra nota 86), pp. 64 ss.

⁸⁸ De ahí que se suele afirmar que la ponderación es un ejercicio o dinámica de aplicación preferentemente judicial, en cierta forma vetada al legislador que sólo expresa sus valoraciones a través de decisiones de nivel general. En lo concreto el legislador puede ponderar, pero en un nivel más abstracto, referido a procesos generales que deben ser complementados en sede judicial. En los demás casos, esto es, aquellos en que resuelve directamente, lo que hace es aplicar criterios de resolución de antinomias de carácter jerárquico o temporal, donde no opera la ponderación en cuanto presupone igualdad de base en los intereses en juego. Vid. *Prieto Sanchis* (supra nota 86), p. 22.

⁸⁹ Como indica *Prieto Sanchis* (supra nota 86), p. 20: "La característica de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso: se trata, por tanto, de una jerarquía formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente".

Sobre esa base, y con total independencia de la relación de racionalidad que pueda establecerse entre los intereses en conflicto, es de toda lógica que se arrije a dicha conclusión si existen medios posibles de aplicar o implementar que sean menos perjudiciales respecto a aquél que esa siendo enjuiciado, esto es, si se vulnera la regla de subsidiariedad. Pero también si la consecuencia (y con ello el sacrificio) no es en modo alguno apta para alcanzar el fin que la justifica⁹⁰, caso en el que ni siquiera será posible realizar el análisis de subsidiariedad. Se trata, en dicho caso, de un problema de idoneidad que es lo que vincula este desarrollo a nuestra temática en particular⁹¹.

En dicho contexto la calificación de la idoneidad de la pena suele ser caracterizada en términos negativos a partir de un procedimiento de valoración de carácter preciso, atendido a que, conforme hemos visto, su función en dicho principio tiene un sentido esencialmente limitativo⁹². Se trata de una exigencia que analiza la legitimidad de definiciones uncadas en los límites de la intervención, dirigidos por ello en exclusiva y concretamente a impedir la aplicación de consecuencias que se aparten del *maximo tolerado*⁹³.

En concreto, la cuestión es que se reconozca al legislador un amplio campo de manobra a la hora de resolver y acordar la asociación de un determinado comportamiento punible con un abanico de posibles reacciones (constitutivas de un marco penal) que, en abstracto, se muestran como potencialmente aptas para satisfacer los fines y funciones que justifican recurrir a ellas, y cuyos extremos deben ser compatibles con un razonable sustento de dicha posibilidad⁹⁴. Por ello se debe sostener, al menos a este

⁹⁰ Prieto Sánchez (supra nota 86), p. 23.

⁹¹ Sobre la aplicación de estos contenidos en el derecho penal de adolescentes, a partir de la proporcionalidad, vid. Tiffer Solomayor (supra nota 3), p. 35.

⁹² Lo destaca Medina Schulz (supra nota 1), pp. 224-225, si bien a partir de asumir una relación de identidad con el criterio de idoneidad previsto en el artículo 24 letra f.

⁹³ Silva Sánchez, Aproximación al derecho penal contemporáneo (Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002), p. 259.

⁹⁴ Lopera Mesa (supra nota 86), pp. 42 y 48. La innegable presencia de dicho marco de alternativas dispuesto a la valoración legislativa no debe llevar a que se suponga la posibilidad de que entre ellas se admitan sanciones que no cumplan con la exigencia de idoneidad o en su caso que ésta resulte discutible. De ahí que no parezca acertado el proceder que en más de algunas

respecto (exigencia de idoneidad) una concreta vulneración del principio en caso que dicho juicio o valoración legislativa se desmienta, sea en el mismo nivel abstracto (desproporción en la norma por error en la valoración legislativa) o a propósito de que los caracteres particulares de un caso concreto lleven a excluir determinadas alternativas de sanción (desproporcionalidad en su aplicación). En ambos supuestos la reacción prevista o propuesta no se mostrará idónea o apta para los fines que la justifican⁹⁵.

Todo ello obliga a concluir que en este caso (y a diferencia de la valoración que supone la idoneidad en el proceso de individualización de la pena) nos encontramos frente a una aplicación de dicho concepto que no admite formulación gradual sino binaria (esto es, que lleva a sostener que la consecuencia "X" es o no es idónea para alcanzar el fin "Y") a pesar de su naturaleza mensurable como juicio de valor ("X" puede ser más o menos idónea para alcanzar "Y")⁹⁶.

Conviene destacar que la dependencia que en este contexto detenta dicho juicio respecto de la exigencia de que la reacción penal sea proporcional obliga a una aplicación del criterio acotada a sus aspectos limitativos. Su consideración no busca una pena ajustada a la medida de su estricta funcionalidad (lo que sería propio de un esquema estrictamente retributivo o de un objetivo diverso del que cumple el principio en cuestión) pudiendo ésta ser perfectamente menos gravosa a la que dicho consejo propone si resulta ser más acorde a la satisfacción adicional de los demás objetivos que son propios del sistema. De ahí que se defina alternativamente la proporcionalidad como una *prohibición de exceso*. De esta forma, si bien la idoneidad puede ser valorada por defecto y por exceso, su función en la proporcionalidad

Continuación nota 94

oportunidad ha adoptado el Tribunal Constitucional español al exigir que el déficit de idoneidad sea manifiesto o grosero, agregando indebidamente calificaciones especiales de la exigencia que dicho concepto impone (sobre ello Lopera Mesa [supra nota 86], pp. 50-51). Basta, entonces, con que aquella no se pueda afirmar (no suponer o intuir) para entender vulnerado el principio.

⁹⁵ Al respecto, vid. Tiffer Solomayor (supra nota 3), p. 13: "También en el Estado Democrático, la imposición de una sanción debe justificarse en sus fines, no sería aceptable una sanción penal ni para adultos, ni menos para adolescentes, que no cumpla una finalidad. La sanción por la sanción, resulta incompatible con los fines del Estado Democrático".

⁹⁶ Sánchez García (supra nota 86), pp. 1115-1116; Lacortain Sánchez, "La proporcionalidad de la norma penal", Cuadernos de Derecho Público N° 5 (1998), p. 185.

queda limitada a este último aspecto, en cuanto sólo es éste el que propone una restricción al ejercicio del *ius puniendi* estatal⁹⁷.

Ahora bien, todo ello permite confirmar que, a pesar de las coincidencias semánticas, nos encontramos frente a una función del término idoneidad que es diversa a la que opera como criterio de medición de la pena⁹⁸. En efecto, y como ya destacamos, una cosa es que se exija valorar la satisfacción de una exigencia de idoneidad ("X" es idóneo) o que, al contrario, se plantee verificar si un determinado objeto carece de dicha propiedad ("X" no es idóneo) y otra muy distinta es que se pretenda instar a que se utilice esta cualidad como parámetro regulatorio, donde la pregunta que se formula se refiere a cuál es el *grado de idoneidad* de "X" para alcanzar el efecto "Y", donde la ausencia o satisfacción ciertas de la *adecuación a fin* (idoneidad) constituyen sólo los extremos en un rango de múltiples y variadas posibilidades o alternativas intermedias⁹⁹. En este contexto tanto los grados o niveles de idoneidad, como su negación por exceso o por defecto, constituyen estados posibles de sostener como resultado de la valoración. Esto es lo que sucede en la determinación de la pena y en el uso coloquial del término en

⁹⁷ Conviene apuntar que las sanciones penales pueden perfectamente ser consideradas o calificadas como inidóneas en atención a su escasa relevancia o entidad. Se grafica ya en la decidida crítica que expone von Liszt acerca de la inutilidad de las penas privativas de libertad de corta duración. Se refleja, asimismo, en las exigencias de selectividad que pesan sobre el sistema penal y que obligan a dejar fuera de toda consideración a los comportamientos de bagatela. Al respecto, vid. *Aguado Correa* (supra nota 86), pp. 152-154. En este sentido, y precisamente aludiendo al criterio de la idoneidad, vid. SCA San Miguel 5.XI.2007, revista en los autos RUC 0700702671 y RIT 8395-2007. Tomada de: <http://www.mtcojuzs.com> Identificador del Documento N° MJCH_MJ116035 | ROL: 1.478-07.

⁹⁸ Oo. en *Cillero Bruñol* (supra nota 3), pp. 150 ss., llegando a sustentar que "la teoría de la proporcionalidad provee de elementos que pueden resultar esclarecedores para la interpretación del artículo 24 letra f) de la LRP". También se aprecia en *Medina Schütz* (supra nota 1), p. 224.

⁹⁹ *Sánchez García* (supra nota 86), p. 1116, destaca que en cumplimiento de esta función limitativa opera en su formulación negativa ("prohibición de exceso"), y no como nexo positivo, que es más bien una referencia a la idea de *justitia iudicialia*, donde se resalta la *gradabilidad*, más allá que utilice un nexo de corte retribucionista (la *justitia*) para resaltar al principio. En un sentido similar *Muñoz y García* (supra nota 29), p. 85. Debemos destacar que hay quienes también reconocen este carácter graduable dentro de su propia función limitativa. Así, por ejemplo, es esta característica la que lleva a *Lascarain Sánchez* (supra nota 86), pp. 176-182, a distinguir entre funcionalidad óptica, razonable y pésima, en cuanto a niveles de exigencia. Esta misma variabilidad lo lleva además a exigir cautela en su aplicación acordado que la subjetividad es más bien una característica inherente al mismo (p. 188).

dicha sede, cuando se plantea una interrogante acerca de la *potencialidad* de determinadas sanciones para adecuarse al fin que las justifica¹⁰⁰.

Queda, finalmente, por resolver si podemos entender que una valoración amplia y radicalmente negativa de las alternativas de sanción posibles de aplicar (esto es, el caso en que el juez llegue a la convicción razonada de que ninguna de las penas previstas en el marco penal respectivo presenta aptitud para los fines apuntados a nivel general y particular) por motivos de exceso debe ser entendida como un incumplimiento de las exigencias que emanan del principio de proporcionalidad. Con ello, dicho supuesto debiera traducirse en una declaración de renuncia a la imposición de pena alguna, apoyándose el juez en que la aplicación de todas y cualesquiera de las opciones dispuestas por el legislador resultarían ilegítimas en cuanto desproporcionadas (superarían, en todos los casos y supuestos, los límites de lo tolerable)¹⁰¹.

A este respecto entendemos que el punto de partida debe fijarse en la consideración de que el legislador ha realizado una valoración general y preliminar de aptitud o idoneidad respecto de todas las sanciones dispuestas al configurar los respectivos tramos o marcos penales. Con ello asumimos también el que resulta muy difícil llegar a calificar la absoluta falta de idoneidad de todas las alternativas posibles de considerar.

Ahora bien, ello no implica negar la posibilidad de que se pudiera corroborar que, en concreto, dicha valoración abstracta ha fallado, esto es, que no resulta posible afirmar siquiera un contenido mínimo de idoneidad acorde a las particularidades del caso que está siendo enjuiciado. Dichos casos no constituyen problemas que deban ser resueltos en sede de determinación de la pena sino a un nivel más general (no es un problema de fijación de penas sino de legitimidad de la misma o de acreditación de los presupuestos mínimos de la intervención) debiendo reclamarse la ilegitimidad de la condena directamente, ya sea en sede judicial a través de las alternativas que ofrece el recurso de nulidad o si se prefiere deduciendo las respectivas acciones

¹⁰⁰ *Cerdá y Cerdá* (supra nota 2), p. 100, nota 80, se refieren a este concepto usando como referente el término *proporcionalidad*, es decir, aludiendo a su formulación activa o positiva.

¹⁰¹ En este sentido, *Cillero Bruñol* (supra nota 3), pp. 164 ss.; parcialmente, según veremos, *Medina Schütz* (supra nota 1), pp. 224-225.

de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, tal y como operan los demás contenidos de la proporcionalidad (necesidad o subsidiariedad y proporcionalidad en sentido estricto) y como opera este mismo principio en sede de adultos. Concorre en su caso (al menos idealmente) la alternativa de que sobre esas bases el propio sentenciador justifique una renuncia a la imposición de pena alguna en lo que constituiría una concreta expresión del llamado proceso de *constitucionalización del derecho*¹⁰².

Ahora bien, lo que sí resulta factible de sostener en sede de determinación de la pena es la posibilidad de excluir de toda consideración a aquellas reacciones (no todas) que no presentan aptitud concreta para satisfacer los objetivos descritos por el legislador¹⁰³. En estos casos será el propio orden que se asigne a las alternativas posibles de considerar, acorde al parámetro de la idoneidad, el que permitirá arribar a dicha conclusión, constituyendo una consecuencia de dicha graduación y, por ende, de la consideración del criterio a dichos efectos, y no de la aplicación de la exigencia limitativa que se impone desde el principio de proporcionalidad.

¹⁰² Conviene destacar que a este respecto *Cillero Bruñol* (supra nota 3), p. 151, reconoce que el criterio de idoneidad, en el contexto de la proporcionalidad, detenta una funcionalidad amplia que por ello puede referirse a una asociación diversa a la señalada por el legislador.

¹⁰³ En este sentido, *Medina Schulz* (supra nota 1), pp. 224-225.