



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Vargas Pinto, Tatiana

La determinación judicial de la sanción penal juvenil

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXIV, 2010, pp. 475-501

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173616611014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA
 SANCIÓN PENAL JUVENIL**
 [“Judicial Determination of Criminal Sanctions for Juvenile Offenders”]

TATIANA VARGAS PINTO*
 Universidad de los Andes

RESUMEN

El proceso de determinación de la pena en el sistema penal adolescente no es claro y presenta varias dificultades. Además de mostrar sus etapas y criterios, se analizan básicamente dos problemas: las consecuencias de la repetición y confusión de pautas de valoración para la selección de la clase y medida de pena y la consideración de ideas que parecen contraponerse, la responsabilidad del joven infractor y sus necesidades de integración social.

PALABRAS CLAVE: Adolescentes – Determinación de la pena – Individualización de la pena – Responsabilidad penal adolescente.

ABSTRACT

The process to determine the sanction in the legal system for juveniles is not clear and poses problems. Besides evidencing its stages and criteria, two problems are analyzed: the consequences of the disorder and repetition of guidelines for assessment regarding the selection of sanction types and measures and the reflection on apparently conflicting ideas, namely, the liability of the young offender and their need to be integrated in society.

KEYWORDS: Juveniles – Sanction determination – Characterization of the sanction – Juvenile's criminal liability.

* Profesora de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Dirección postal: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: tatianavp@uandes.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación de un hecho punible y la participación de algún sujeto terminan finalmente con la imposición de una sanción penal. ¿Cómo se castiga exactamente la realización de un homicidio?, ¿qué pena ha de aplicarse? La determinación de la clase y cantidad de pena que ha de imponerse en concreto supone un proceso complejo que toma normalmente penas divisibles con amplios márgenes, pues aun las penas indivisibles (presidio perpetuo simple y calificado) se combinan con penas divisibles, como la sanción del homicidio calificado, presidio mayor en grado medio a presidio perpetuo (artículo 391 N° 1 CP.). Así, se ha de decidir no sólo una clase de pena o grado¹, sino también su concreta duración dentro de marcos que pueden llegar a tener diferencias de cinco años, como el presidio mayor en grado medio que va desde los 10 años y 1 día hasta los 15 años. No es fácil la decisión sobre la respuesta que cabe ante el concreto homicidio sobre la base de penas divisibles de amplios márgenes y sin mayores pautas para tal selección². Las dificultades se agravan en el sistema de responsabilidad penal juvenil, a pesar de que la imposición de consecuencias es fundamental aquí.

La relevancia de la respuesta penal para el adolescente infractor aparece ya con el reconocimiento de su responsabilidad, que supone asumir las consecuencias de las conductas realizadas e imputadas, y se refuerza con los objetivos de la ley que establece este régimen penal, que “*regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas*” (artículo 1 de la Ley N° 20.084³). Sin embargo, el sistema de determinación de penas es más complejo que el de adultos ya desde el comienzo, al establecer una escala general de sanciones para los delitos y no una consecuencia determinada para cada ilícito. Luego, se establecen reglas y se señalan criterios para la elección de la clase y cuantía de pena, pero de

¹ Cada pena es un grado y cada grado una pena, artículos 57 y 58 CP.

² Se describen criterios generales, como el grado de desarrollo del delito, la clase de participación y las circunstancias atenuantes y agravantes, y sin efectos precisos. Si bien en el grado de desarrollo la participación influye por grado (uno según cada elemento), las pautas son vagas para las atenuantes y agravantes, especialmente en la cuantía exacta, que repite factores sin regla alguna.

³ La idea se refuerza en el “Mensaje” de la ley de agosto de 2002 (N° 68-347). “*El presente Proyecto de Ley tiene el propósito de reformar radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revisten carácter de crimen o simple delito cuando ellos son cometidos por personas menores de dieciocho años [...]*”.

forma desordenada y poco clara (artículos 21 a 24 de la ley). Semejante fórmula se explica precisamente porque las formas de reacción –clases de pena– y su elección se adaptan al comportamiento de estos jóvenes agentes⁴. Cambian básicamente las consecuencias y su régimen de determinación, no los delitos y las reglas generales que los rigen⁵.

Si bien el actual sistema penal juvenil hace aplicable el régimen de los adultos sólo a las conductas delictivas, existe también cierta remisión respecto de las penas. La fijación de la pena supone un proceso que comienza en la ley y finaliza en la sentencia con la precisión de su exacta duración. Desde el comienzo el legislador se remite al *Código Penal*, pues toma como base de la pena que allí se asigna a cada delito, a pesar de la escala de sanciones que se menciona. Esta pena se disminuye en el caso de los adolescentes para luego aplicar reglas y criterios propios de la ley, que tienen especialmente en cuenta la condición del adolescente y suponen, por tanto, mayor flexibilidad. También se recurre a criterios que establece dicho código sin orden ni jerarquía especial. Se mezclan reglas de ambos sistemas en un proceso con etapas difusas y con menores límites para el juez, que tiene más espacio de decisión. El proceso, que va desde la determinación legal a la individualización judicial de la pena y que continua durante su ejecución (determinación administrativa o ejecutiva), es complejo y presenta varias dificultades que interesan destacar y que en su mayoría se

⁴ Así se evidencia de las finalidades que se asignan a las sanciones. Artículo 20: “*Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social*”.

⁵ Alguna mención se hace de las faltas, que sólo se aplican a los mayores de 16 años (artículo 1 inciso 3º), y de ciertos delitos sexuales, que no proceden en los casos del artículo 4. Esta omisión se admite en la práctica. La Corte Suprema, en sentencia de 21 de agosto de 2007 (rol Nº 3498-2007), señala que se establece un “*régimen penal diferenciado*” y no un catálogo propio de ilícitos, por lo que “*todos aquellos aspectos relacionados con el desarrollo del delito, los referentes a la autoría y participación criminal, se regirán por las disposiciones que se establecen para los adultos en el texto punitivo nacional*”. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito*, en *Revista de Derecho*, 20 (2007) 2, pp. 198-201, critica esta omisión y extiende las reglas de los delitos sexuales a otros justamente por la condición del adolescente y el sentido de las normas. COUSO, Jaime, *Notas para un estudio sobre la especialidad del Derecho penal y procesal penal de adolescentes: El caso de la ley chilena*, en *Justicia y Derechos del Niño*, 10 (Unicef, 2008), pp. 105 y 106, señala que la condición del adolescente exige flexibilidad al calificar jurídicamente los hechos punibles precisamente por las diferencias en las formas de interacción y valoración que hacen de ciertos conflictos.

generan al considerar el desarrollo del joven infractor, sus necesidades de reinserción y la gravedad del hecho delictivo.

II. PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PARA EL JOVEN INFRATOR DE LA LEY PENAL

El legislador establece una serie de reglas para guiar al juez en su labor de determinación de la pena concreta. El proceso no se aprecia claramente desde un comienzo. La pena establecida en la ley como punto de partida no se fija directamente para cada delito. En principio, la escala general de sanciones (artículo 6 de la ley⁶) parece apartarse de la determinación legal de penas del sistema de adultos. Luego, el artículo 21 de la ley remite este punto de partida directamente al *Código Penal*. Es más, la remisión es doble: indica que para establecer la duración de la pena el juez debe partir de la sanción señalada en la ley para el delito rebajada en un grado y aplicar después las reglas generales de determinación del *Código Penal* (párrafo 4º del título 3º del libro I, es decir, artículos 50 al 78). Se excluyen las pautas del artículo 69, la mayor o menor extensión del mal causado y las circunstancias atenuantes y agravantes, que regulan la cuantía exacta de pena. Así, se llega a un cierto grado de pena desde el que procederían parámetros propios para juzgar las infracciones de los adolescentes⁷. Para tal fin la ley se ocupa de fijar límites para esa base. El artículo 22 señala que la sanción calculada según la disposición anterior debe someterse a los límites del artículo 18, máximo de 5 años para sanciones privativas de

⁶ De hecho, expresamente señala que se establecen en sustitución de las penas del *Código Penal* su artículo 6: “*Sanciones. En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley sólo se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes:/ a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social;/ b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social;/ c) Libertad asistida especial;/ d) Libertad asistida;/ e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad;/ f) Reparación del daño causado;/ g) Multa, y/ h) Amonestación. Penas accesorias:/ a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados, y/ b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias*”.

⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal del niño-adolescente (estudio de la Ley de responsabilidad penal del adolescente)* (Santiago, EJS, 2007), pp. 57, 58 y 61, señala que esta es la única interpretación posible, claro que antes de la modificación de la Ley N° 20.084 en 2007, donde la rebaja se dejaba en un solo artículo (artículo 21) y otro se remitía a los criterios de determinación del CP a partir de ese grado base. El cambio es formal y esta interpretación no debiera alterarse. Así lo afirman CERDA SAN MARTÍN, Mónica - CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes* (2^a edición, Santiago, Librotecnia, 2007), pp. 108, 109, 111.

libertad (internación en régimen cerrado y semicerrado) si el joven tiene entre 14 y 15 años y máximo de 10 años si es mayor de 16 años. Esta declaración refuerza la idea de que aquí se trata de la determinación de un solo grado⁸.

Por su parte, el artículo 23 contiene reglas para definir la naturaleza de la sanción, que funciona como guía para seleccionar sanciones de la escala general del artículo 6º. Consagra cinco supuestos con atención a la extensión de la pena ya determinada, es decir, desde el citado grado base: *i)* Si éste excede los 5 años de, el juez está obligado a aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; *ii)* Si el grado es de 3 años y 1 día a 5 años de privación de libertad o una pena restrictiva de libertad mayor de 3 años, se puede optar por internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial; *iii)* Cuando el grado establezca una pena privativa o restrictiva de libertad entre 541 días y 3 años, se puede elegir entre internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad; *iv)* Si el grado impone una pena privativa o restrictiva de libertad entre 61 y 540 días, se puede optar entre internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado; y *v)* Cuando el grado es igual o menor a 60 días o si no señala una pena privativa o restrictiva de libertad, se puede elegir entre prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

Finalmente, la ley contempla criterios de determinación de penas, aunque vuelve a referirse a la determinación de su naturaleza. El artículo 24 habla de “*criterios de determinación de la pena*” y señala seis criterios que el juez debe atender “para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos”, debiendo dejar constancia de ello en su sentencia. Los criterios que menciona son: *i)* La gravedad del ilícito; *ii)* La participación del adolescente en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; *iii)* Las circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad que concurren; *iv)* La edad del adolescente infractor; *v)*

⁸ En este sentido nuestros tribunales no parten de un marco completo inferior sino de un grado menor al mínimo de pena, por ejemplo, si la pena es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo se toma como base de la sanción juvenil el presidio mayor en su grado mínimo. Ver sentencia del 6º TOP de Santiago, 10 de diciembre de 2007 (RUC N° 0.600.869.183-3); TOP de Angol, 18 de abril de 2008 (RUC N° 0700896953-6).

La extensión del mal causado con el delito; y *vi)* La idoneidad de la pena para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

La disposición puede ser confusa, no sólo porque habla de determinación de la naturaleza al igual que el artículo 23, sino también porque menciona criterios ya considerados según lo dispuesto por el artículo 21, que se remite a las reglas del *Código Penal*. Tampoco queda del todo claro qué ocurre con la fijación de la duración exacta de pena ¿Esos criterios sólo interesan para determinar la naturaleza de la sanción y no su duración? No parece suficiente considerarlos únicamente para seleccionar la naturaleza de la pena sin que existan parámetros para establecer su cuantía exacta, sobre todo cuando uno de ellos –la extensión del mal causado por el delito– es un factor determinante para precisar el *quantum* de pena en la responsabilidad penal de adultos (artículo 69 CP.).

Se presentan varias dudas con relación al proceso de determinación de la sanción penal en caso de jóvenes infractores, desde la propia determinación legal por las remisiones al régimen de adultos (artículo 21) hasta la selección de la pena exacta. El juez debe elegir la sanción según el orden y forma que establece el legislador. Sin embargo, las etapas no están bien definidas y tampoco la forma y momentos en que han de apreciarse los criterios que se contemplan. Los términos de la ley no ayudan cuando se habla de determinación de pena en todos los casos, menos cuando se utiliza una misma expresión para referirse a situaciones distintas, como la “determinación de la naturaleza de la pena” en los artículos 23 y 24, cuando uno contempla clases de pena y el otro criterios de apreciación. De todas formas, el orden para la aplicación de reglas se puede deducir de la lógica descrita en las diversas disposiciones citadas. Así, la Corte Suprema⁹ describe una serie de pasos para decidir sobre la duración y la naturaleza de la pena: *i)* Rebaja en un grado al mínimo de la pena establecida en la ley (artículo 21), a la vez que el artículo 18 establece límites de duración; *ii)* A partir de la determinación del artículo 21 se aplican las reglas generales del *Código Penal*. Selección que definirá las clases de pena según el artículo 23; *iii)* Efectuado el paso anterior se “permite conocer en concreto

⁹ Corte Suprema, 21 de agosto de 2007 (rol N° 3498-2007). Por ejemplo, la sentencia de TOP de Arica, de 17 de julio de 2006 (RUC N° 0500349171-6), desde la pena impuesta para el delito de microtráfico (presidio menor en su grado medio a máximo) aplica la rebaja del artículo 21, que la deja en presidio menor en grado mínimo. Luego considera las atenuantes –esto es, las reglas generales– que permite bajarla un grado más (prisión en su grado máximo), para imponer finalmente la pena de amonestación según los artículos 23 y 24.

la ‘extensión o duración de la pena’”, corresponderá la aplicación de los artículos 23 y 24.

Las dificultades existen y se pueden sumar otras más específicas vinculadas tanto con la consideración de unos mismos factores en diversos momentos, como con el posible conflicto entre la culpabilidad del joven infractor y sus necesidades de reinserción social reflejadas en la pena asignada. La mencionada remisión al *Código Penal* exige recurrir a criterios de determinación del sistema de adultos que se repiten en el de adolescentes, que dificultan la selección de la pena y presentan varios problemas al valorar sus efectos¹⁰. ¿Cuándo y cómo se aprecian? ¿Existe distinción entre la selección de la modalidad de pena y la fijación de su duración? Éstas son algunas de las cuestiones que se abordarán a continuación en orden a establecer cómo el juez llega a definir la sanción para el caso concreto, qué considera y cuáles son los principales problemas que enfrenta.

III. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y SUS PRINCIPALES DIFICULTADES

La determinación comienza con la fijación de una pena disminuida en relación con la que correspondería a un adulto, como base “legal” en abstracto. La determinación legal de las sanciones penales juveniles se fija en un grado menos al mínimo que se establece para el delito respectivo (el artículo 21). Después se aplican las reglas de determinación del *Código Penal* para precisar aun más el grado de pena, a pesar de que siempre se parte de un único grado. Podría pensarse que la consideración de tales reglas está todavía dentro de esa base legal, por la descripción actual del artículo 21 que incluye ambas referencias. Antes se separaba ese grado mínimo legal de la aplicación de reglas generales a partir de ese grado¹¹.

¹⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *Comentario a la Ley de responsabilidad penal de adolescentes*, en *Justicia y Derechos del Niño*, 8 (Unicef, 2005), pp. 109-111, destaca los problemas formales y las dificultades que genera la vinculación al sistema de adultos, normas contrapuestas o alternativas, repetición de criterios, etc. Explica las deficiencias por las modificaciones hechas en el Senado, agregadas al proyecto presentado por el ejecutivo y que supusieron duplicidad de algunas reglas y pérdida de sentido de otras.

¹¹ Artículo 21: “*Penas asignadas a los delitos. Para los efectos de la presente ley, se entenderá que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente*”; Artículo 22: “*Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena señalada en el artículo precedente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código*”.

La alteración es más bien formal, pues mantiene la consideración de los criterios del *Código Penal* desde el grado inferior establecido. El punto a definir es cómo se toman esos elementos y reglas, sobre todo si se tiene en cuenta que muchos de ellos se repiten en el artículo 24, como las circunstancias atenuantes y agravantes, el grado de participación o el grado de desarrollo del delito.

Las reglas y criterios del *Código Penal* aparecen como factores que ha de considerar y valorar el juez desde el mínimo legal antes de la selección de la naturaleza de la pena y su duración¹². Esta primera determinación judicial precisa el grado base para luego ubicar las opciones de sanción que correspondan según el artículo 23. Así, la sentencia del 5º Tribunal Oral Penal de Santiago, de 14 de julio de 2008 (RUC 0700318767-K), después de establecer el grado mínimo legal, considera las circunstancias atenuantes y agravantes para rebajar en otro grado dicha pena¹³. Desde tal precisión entiende que “el tribunal queda entonces facultado para recorrer la pena así aplicable al delito en toda su extensión”. Esta definición apunta a la posibilidad de elegir la clase de sanción. De hecho, la misma sentencia expresa que dentro de esa extensión cabe aplicar el artículo 23, es decir, procede seleccionar la naturaleza o modalidad de pena. Esta elección se muestra como una fase posterior, que no parece separarse de la determinación de su duración exacta¹⁴. Se ocupa de la naturaleza y del *quantum* de pena de modo conjunto y considera los criterios del artículo 24 sin distinción. Entre ellos, vuelve a referirse a las dos atenuantes, una de ellas calificada, y a la agravante que había considerado para bajar en un grado más la pena base. La consideración de unos mismos criterios en momentos distintos puede

¹² Así lo reconoce MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de penas*, en *Ius et Praxis*, 14 (2008) 2, pp. 547 y 548, aun en casos de concurso de delitos y reiteración. La concreción que permite comparar penas deberá ser posterior a la aplicación de las reglas generales no sólo por la exclusión del artículo 69 CP., sino también porque entiende que el adolescente “no necesita sufrir” la misma pena que correspondería a un adulto.

¹³ Así en general, 1º TOP de Santiago, 18 de marzo de 2009 (RUC N° 0800973863-1). No siempre se consideran las reglas generales en tal sentido y simplemente se señalan los criterios de determinación en dos oportunidades, claro que parece que el artículo 24 se aplica después de los que contempla el *Código Penal*, por ejemplo, TOP de Angol, 18 de abril de 2008 (RUC N° 0700896953-6); TOP de Angol, 26 de julio de 2008 (RUC N° 0800119553-1).

¹⁴ Por ejemplo, la Corte Suprema, en sentencia de 6 de agosto de 2009 (rol N° 5339-09), separa dos etapas de determinación de la pena, su duración conforme los artículos 21 y 22 y su naturaleza según los artículos 23 y 24, sin distinguir entre clase y cuantía exacta.

presentar problemas de valoración, básicamente frente al “*non bis in idem*”. La estructura de este proceso exige examinar los conflictos que se pueden presentar al respecto y cómo se ha procedido en la práctica.

1. *Doble valoración de criterios en la determinación judicial.*

La primera dificultad aparece con la consideración del grado de desarrollo del delito, la clase de participación y las circunstancias agravantes y atenuantes en distintas oportunidades, luego de la base mínima de pena establecida, para seleccionar su naturaleza y duración. Mónica y Rodrigo Cerdá¹⁵ señalan que contemplar los mismos factores en dos fases diversas no sólo plantea la posible infracción del principio “*non bis in idem*”, sino que también tiende a confundir los distintos niveles en que operan las funciones de la pena. Sostienen que la gravedad del ilícito se considera al determinar la extensión de pena o grado base, es decir, en una primera fase. Entienden –citando a Horvitz¹⁶– que la decisión acerca de la naturaleza de la pena no debe guiarse por criterios de gravedad sino por fines preventivos, sobre todo especiales, y destacan la letra f) del artículo 24, que atiende a las necesidades de reinserción del joven infractor (“*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*”). El juez no debiera apreciar el desarrollo del delito, la clase de participación y las circunstancias modificatorias al determinar la pena según su gravedad “*sino sólo en su idoneidad preventivo-especial al caso concreto*”. Aluden en forma particular al criterio de la edad del adolescente [artículo 24 letra d)] porque, aunque no aparece en las reglas del *Código Penal*, juega un rol a la hora de fijar un límite máximo para la extensión del grado de pena (artículos 22 y 18). Para precisar su naturaleza, la edad no debiera servir para agravar la condición del infractor, sólo para beneficiarla, con especial atención a criterios preventivos especiales¹⁷.

¹⁵ CERDA SAN MARTÍN, Mónica - CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, cit. (n. 7), II, pp. 133, 134.

¹⁶ HORVITZ LENNON, María Inés, *Determinación de las sanciones en la Ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 7 (2006), p. 112, afirma que no pueden volver a valorarse elementos que fundan el ilícito, considerados por la ley al establecer el tipo y extensión de pena, en sentido negativo para determinar la naturaleza de pena. De modo que no niega una nueva apreciación de esos factores, sino que limita sus efectos. Podría decirse que sigue, como Bustos, una idea sustantiva del “*non bis in idem*”. Véase la nota 18.

¹⁷ Esta consideración no es “nueva”, sino que recuerda una clásica regla jurídica o *regula iuris*: “*Fere in omnibus poenalibus iudiciis et aetati et imprudentia succurritur*” (“En casi todos los juicios penales se presta ayuda a la edad y a la imprudencia”), formulada por Paulo en D. 50,17,108. DOMINGO, Rafael (director), *Textos de Derecho romano* (Pamplona, Aranzadi, 1998), p. 314.

En similar sentido aborda este problema Bustos¹⁸. Los criterios del artículo 24 no se explican frente a la remisión a las reglas de determinación del *Código Penal*. Afirma que cabe interpretar de otra manera esa disposición. Ella se ha de aplicar con atención a principios de necesidad de pena y a la diversidad o alternatividad de las sanciones, es decir, respecto de las opciones del artículo 23 (naturaleza de las penas). De modo que los factores del artículo 24 no tendrían lugar en la determinación del grado de pena, sino en su naturaleza y obedecería a ideas preventivas. Sin embargo, la reiteración de criterios obliga al autor a pronunciarse respecto del grado de desarrollo del delito y de participación del adolescente, así como de las agravantes y atenuantes (letras b y c del artículo 24). Precisa el sentido del principio “*non bis in idem*” con un argumento de fondo para la valoración de tales elementos. La doble valoración se formula como una garantía personal ante el Estado, que impide excesos, por lo que no habría infracción si ella está para proteger a los sujetos. De allí que se pronuncie sobre las agravantes. El juez no podría –más bien, no debería– tomar unas mismas circunstancias agravantes para establecer la extensión del grado y luego para determinar la naturaleza de la sanción. Para este fin deberá recurrir a otros criterios, como la gravedad del ilícito.

El problema de la doble valoración tiene relevancia respecto de las circunstancias agravantes y de todos aquellos criterios que supongan aumentar efectos gravosos, siempre y cuando ya se hayan tenido en cuenta¹⁹. En realidad, este principio se afecta cuando un mismo factor, respecto de un mismo sujeto, se valora en un mismo sentido. Se habla de una “triple identidad”: sujeto, hecho y fundamento. Por lo que resulta clave, no sólo que se trate de un mismo criterio y de un mismo adolescente infractor, sino también que exista un fundamento idéntico. En principio, las reglas del párrafo 4º CP. se consideran para precisar el grado de pena sobre la base legal disminuida previamente (según el menor reproche que merecería el adolescente). Los elementos que se repiten en el artículo 24 interesan para la selección de la clase o naturaleza de la pena dentro del grado establecido. Su consideración en esta oportunidad tiene otro efecto, servir de guía al juez para optar la clase de sanción a imponer. Sólo si el grado de pena preestablecido es de más de 5 años la opción desaparece, pues se debe imponer la internación en régimen cerrado con programa de reinserción

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 7), II, pp. 64-66.

¹⁹ Semejante interpretación se funda en el sentido del *non o ne bis in idem*, para prohibir dobles sanciones o dobles procedimientos sancionadores cuando hay identidad de hechos, sujetos y fundamentos, que impide el ejercicio reiterado del *ius puniendi*. Véase: PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en “bis in idem”* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), pp. 24-27, 37, 39, 61-64, 114 y ss.

social (artículo 23 Nº 1). Aquí se consagra un modelo de pena, donde los criterios del artículo 24 tendrán poco que decir. Su consideración tendrá relevancia para la precisión de la duración exacta de pena.

Hasta el momento, la doble consideración de circunstancias y criterios se ha situado en la extensión del grado (artículos 21 y 22) y la naturaleza de la sanción (artículos 23 y 24). Sin embargo, si la valoración de las mismas circunstancias tiene objetos distintos –precisar el grado de pena y seleccionar su clase según ese grado– no cabe una real infracción del “*non bis in idem*”²⁰, pues no se estarían considerando para lo mismo. Su nueva apreciación cobrará relevancia cuando se trate de medir otra vez la extensión de pena, su cuantía exacta, y la reacción pueda agravarse por un mismo factor²¹. Tampoco debiera haber mayor discusión si se entiende que se trata de otra fase de determinación que opera dentro del grado ya fijado. Esto no es tan claro cuando se observa que la duración de las diversas opciones de pena puede exceder la extensión del grado base. Por ejemplo, un grado de 3 años y un día a 5 años permite al juez seleccionar entre internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial (artículo 23 Nº 2) y las penas privativas de libertad pueden extenderse hasta 5 años si el joven tiene menos de 16 años y hasta 10 si es mayor de 16²². El juez se enfrenta en dos situaciones a una decisión sobre la extensión de pena. Aun cuando la consideración de circunstancias en dos oportunidades aparezca con un objetivo idéntico, como la duración de pena²³, la infracción del *non bis in idem* exige valorar con igual funda-

²⁰ MEDINA SCHULZ, Gonzalo, *Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 11 (2009), pp. 212, 217, 219-222, entiende que no se infringe este principio si es posible una “diferenciación” en la expresión del fenómeno criminal. Las reglas generales sólo sirven para establecer un marco o rango que el juez debe concretar y cabe “refinar más” los criterios relativos al injusto [artículo 24 letra a)]. Así también se pronuncia respecto de los elementos que se repiten como criterios de determinación, ya provengan del régimen de adultos [artículo 24 letras b) y c)] o del propio de adolescentes [artículo 24 letra d)]. VAN WEEZEL, Alex, *Determinación de la pena exacta: El artículo 69 del Código Penal*, en *Ius et Praxis*, 2 (2001), pp. 404 y 405, se pronuncia sobre el artículo 69 del CP., que no vulnera el principio si la nueva consideración de circunstancias modificatorias de responsabilidad se hace globalmente según criterios preventivos.

²¹ En este sentido destaca la garantía del “*non bis in idem*” que impide considerar dos veces un elemento para agravar la situación del infractor.

²² Normalmente la pena se establece en el mínimo o se conserva la precisión del grado, por ejemplo, TOP de Antofagasta, 2 de junio de 2008 (RUC Nº 0700244421-0).

²³ Se verá que este objetivo no es tan idéntico en los dos momentos, por razones de concreción y no sólo de fundamentos.

mento. No existe triple identidad si ello no ocurre. Como se trata de una valoración que realiza el juez, interesa observar cómo procede respecto de la reiteración de circunstancias en estas fases de determinación penal.

a) Selección del grado de pena y de su naturaleza. La descripción de unos mismos criterios para precisar el grado y para elegir la clase de pena por de pronto no genera mayor dificultad frente a circunstancias que atenúan responsabilidad, por el contenido mismo del “*non bis in idem*”. Si existen atenuantes el juez puede bajar el grado base, pero si hay agravantes no puede subirlo, tiene un límite. Estas circunstancias sólo permiten alterar la extensión del grado, seleccionando un tramo mayor. De esta forma se pronunciaba la Corte Suprema con la redacción original de la Ley N° 20.084 en la sentencia de 21 de agosto de 2007 (rol N° 3498-2007). Afirma que luego de la rebaja del artículo 21, que fija como pena la de presidio mayor en su grado mínimo (cinco años y un día a diez años), las circunstancias agravantes supusieron la elección de su tramo superior (siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo) y la Corte explica que con ello el tribunal recurrió a la antigua opción del artículo 23 N° 1, decidiéndose por la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. La selección de la naturaleza de la pena es posterior y diferente a la extensión²⁴. Sólo llama la atención el recurso a la agravante para precisar la extensión del grado cuando este sistema excluye el artículo 69 y lo contempla en el artículo 24 para decidir luego la naturaleza de pena.

Esta apreciación de circunstancias no cambia con la actual legislación. Así, la sentencia del Tribunal Oral Penal de Colina, de 20 de mayo de 2008 (RUC 0700692001-7), separa ambas etapas y limita los efectos de las circunstancias al seleccionar el grado de la pena. Se refiere a la valoración de las reglas del *Código Penal* antes de acudir a los criterios del artículo 24 para establecer la naturaleza de la pena, justamente porque la misma disposición manifiesta que ellos tienen lugar “*dentro de los márgenes antes establecidos*”. Para la primera decisión, expresa que la atenuante le impide aplicar el máximo del grado. Luego, se enfrenta a la elección de la clase de sanción según el N° 2 del artículo 23 y opta por la libertad asistida especial básicamente con atención al desarrollo del adolescente y a “*la necesidad de fortalecer su personalidad y lograr su plena integración a la sociedad*” [letra f) del artículo 24] y la impone en su máximo (3 años) por la gravedad del hecho [letra a) del artículo 24]. Por lo que toma diversos factores para

²⁴ De todas formas BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 7), II, pp. 65 y 66, se plantea el caso de las agravantes respecto de la elección de la naturaleza de la pena y señala que una misma circunstancia no puede considerarse de nuevo para esa decisión y plantea, por ejemplo, recurrir a la extensión del mal causado [artículo 24 letra e]).

precisar el grado de pena, su naturaleza y su cuantía exacta. En realidad, el principio tampoco se afecta en esta decisión, pues tienen objetos distintos: precisar la base para establecer el marco de pena y elegir su clase. Los mayores problemas se presentan con relación a la determinación de su extensión, pues el grado ya fija una extensión.

No parece haber en la práctica una preocupación especial por la doble valoración de criterios al decidir sobre la clase de pena y su duración exacta. No se hace una separación especial entre ellas, quizás porque no hay riesgo de agravar la sanción del condenado por una doble valoración de unos mismos factores. El posible conflicto se da entre la determinación del grado y la cuantía de la pena por la posibilidad de alterar la extensión final de la pena. La mejor comprensión de este proceso requiere definir las etapas que supone la determinación judicial de la pena frente a las características del delito y de la pena como su consecuencia clásica. Estudio que exige examinar, junto con las fases de este proceso, los criterios que intervienen, su forma de valoración y efectos.

b) Clase de pena y cuantía exacta. Como se ha señalado, el legislador no es claro respecto de la aplicación y efectos de los criterios que señala el artículo 24, pues habla de criterios de determinación de pena y agrega que se utilizan para seleccionar su naturaleza dentro de los márgenes establecidos anteriormente, el grado preestablecido. Tampoco los autores hacen mayor distinción entre naturaleza y cuantía exacta y se habla únicamente de la determinación de la naturaleza de la pena²⁵. La Corte Suprema²⁶ ha señalado que los criterios que allí se contienen “permiten fijar el quantum preciso del castigo” y no sólo la clase de sanción. Medina²⁷ expresa que no puede haber duda que este artículo se refiere a la cuantía exacta de la pena, justamente porque incluye elementos que se emplean para tal efecto en el sistema de responsabilidad penal de adultos, como la extensión del mal producido por el delito (artículo 69 CP.). Expresa que la disposición cumple una doble función: orientar la decisión sobre la clase de sanción y entregar criterios para establecer la cuantía de la pena.

²⁵ Aunque BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 7), II, pp. 64-68, hable de determinación concreta de la sanción penal, alude a la opción que se concede al juez para optar por una u otra pena.

²⁶ Corte Suprema, sentencia de 14 de julio de 2008 (rol Nº 316-2008).

²⁷ MEDINA SCHULZ, Gonzalo, cit. (n. 20), II, pp. 210 y 211. En el sistema español se reconocen como dos características de este sistema, la flexibilidad y la “valoración especial de las circunstancias psico-socio-familiares” del adolescente en la selección cualitativa de la pena y en su determinación cuantitativa. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo - DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La responsabilidad penal de menores* (Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007), p. 80.

Agrega que el juez al establecer la clase de pena debe justificar su decisión y añade ciertos parámetros para medir o apreciar los criterios y sus efectos²⁸. Los motivos que lleven al juez a elegir una sanción por sobre otra deben ser más fuertes mientras mayor sea la sanción. Como hay marcos de penas distintas sin distinción entre ellas, afirma que mientras más intensa sea la privación de libertad, más fuerte deben ser los antecedentes que la fundamenten²⁹. Luego, simplemente se pone en casos en los que no existe opción y refiere los argumentos derechamente a la determinación de su duración. Semejante aplicación supone considerar unos mismos criterios pero con diversos objetos. La cuantía exacta de la pena procede luego de la selección de su modalidad. No sólo se trata de la última fase de determinación judicial, sino que también tiene otro sentido, la extensión definitiva de la sanción y no su clase. Por eso los conflictos se pueden producir con la fijación del grado de pena, que también establece su extensión. Si se considera un mismo elemento respecto de un mismo infractor, es clave el fundamento de su aplicación en uno y otro momento para salvar o no el principio del *non bis in idem*. Problema que tiene directa relación con el sentido de la pena³⁰, si es que se atribuye alguno, cómo intervienen los distintos criterios en su precisión durante las distintas fases de determinación.

2. Fines de la pena en la determinación judicial.

La clásica tensión o conflicto que puede generarse entre los distintos fines de la pena, al interactuar exigencias de mayor y de menor reacción a la vez, parece no inquietar en el sistema de responsabilidad penal juvenil,

²⁸ MEDINA SCHULZ, Gonzalo, cit. (n. 20), II, p. 219.

²⁹ En todo caso la mayor flexibilidad o posibilidades de opción se da en los delitos de menor gravedad. Por eso la preocupación aquí por la elección de la respuesta adecuada, que se busca tanto en las características personales del adolescente como al hecho. Véase: ORTS BERENGUER, Enrique (coordinador), *Menores: victimización, delincuencia y seguridad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2006), pp. 134-135. Mayores razones asisten para considerar ambos aspectos cuando las sanciones implican mayores restricciones.

³⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*, en *Indret*, 1 (2007), p. 8, afirma que no es posible determinar la medida de la pena si no está referida a un fin. Por eso, se preocupa por criterios de necesidad desde una pena que se explica por culpabilidad, a modo de “teoría comunicativa de la culpabilidad”. Ver FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal* (Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007), pp. 625, 626, 628, 677 y ss. Los fines de la pena se han considerado para su selección, por ejemplo, TOP de Chillán, 30 de mayo de 2008 (RUC N° 0600889193-k), que sólo se explica adecuadamente dentro del proceso global de determinación de pena que busca la respuesta adecuada al caso y a su autor.

que privilegia la disminución e incluso sustitución de sanciones por orientaciones preventivas especiales. Ello se aprecia incluso frente a la valoración de unas mismas circunstancias, pues la posible infracción del “*non bis in idem*” se suele salvar por la primacía de criterios de prevención especial al individualizar la pena según la educación y reinserción social del adolescente infractor³¹. Se separan criterios de gravedad del hecho y de culpabilidad del agente de aquéllos relativos a su consideración personal. La culpabilidad se fijaría al señalar la base de pena en un grado menos que la del adulto³². Por su parte, la prevención especial guiaría no sólo la precisión del grado de pena sino especialmente la selección de su naturaleza y cuantía exacta según las características del infractor y las finalidades del sistema.

A partir de la base legal, el juez siempre podría rebajar la pena de acuerdo con las necesidades de reinserción social del agente, salvo en caso de que la base supere los cinco años. En tal caso el juez debe privar de libertad al aplicar sólo internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, que podría incluso llegar a los diez años. Como se dijo, en este caso la sanción podría aumentar el punto de partida legal y superar el grado determinado según criterios del *Código Penal*, si, por ejemplo, éste se establece en el mínimo del grado de presidio mayor en grado mínimo, que impediría una internación por diez años. Aun en este supuesto, la ley faculta al juzgador para modificar la pena durante su ejecución, si aparece más favorable para la integración social del infractor (artículo 53³³). De todas formas, el legislador nacional se ocupó de señalar que el sistema se crea para establecer la responsabilidad del adolescente infractor de la ley penal, para sancionar sus conductas delictivas y que tal sanción esté orientada a su educación e integración social (artículos 1 y 20). Por lo tanto, no interesan sólo ideas de resocialización. Dos son los pilares básicos de este régimen: responsabilidad e inserción social, aunque también se puede presentar un conflicto entre las necesidades de castigo y control versus las de educación y resocialización o socialización³⁴.

Cierta contradicción se ha hecho notar en nuestro medio justamente a partir de la primacía de criterios preventivos especiales. Mónica y Rodrigo Cerdá San Martín³⁵ señalan que una individualización semejante conlleva

³¹ Así, VAN WEEZEL, Alex, cit. (n. 20), II, pp. 404 y 405.

³² En general, CERDA SAN MARTÍN, Mónica - CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, cit. (n. 7), II, pp. 106, 129.

³³ Sólo establece como límite que en caso de internación en régimen cerrado el juez no puede sustituirla por las sanciones de las letras e) o f) del artículo 6 (prestación de servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño causado).

³⁴ De hecho, se suele hablar de un binomio control/educación de difícil equilibrio.

³⁵ CERDA SAN MARTÍN, Mónica - CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, cit. (n. 7), II, p. 130.

el riesgo de imponer una sanción según quien sea el menor imputado, lo que tenga o no, y no de acuerdo con lo que hizo. De allí que adviertan que las consideraciones familiares y económicas no deben operar en contra, es decir, para aumentar la pena. En realidad, una pena menor que otra en función de consideraciones personales también podría chocar frente a la gravedad de la conducta realizada. En este sentido, Feijoo³⁶ alude tanto a la inseguridad de una pena determinada por factores preventivos especiales, como a la inutilidad de una sanción que ofrece siempre la misma respuesta con independencia de la gravedad del hecho. Por eso destaca como aspecto positivo del llamado “neo-proporcionalismo” la vinculación de la determinación de la pena con un concepto material de delito, injusto y la culpabilidad³⁷.

En este régimen de responsabilidad parecieran primar consideraciones preventivo-especiales precisamente por las facultades que se conceden al juez para seleccionar la clase y medida de pena y los criterios conforme a los que ha de decidir, como la edad del adolescente o sus necesidades de reinserción social. Esta flexibilidad propia de los sistemas de responsabilidad penal juvenil importa reconocer márgenes de discrecionalidad, pero no se identifica con arbitrariedad. Las opciones elegidas han de explicarse según los factores o criterios contemplados, que no eliminan consideraciones objetivas³⁸. Así, no sólo se repiten elementos como el grado de desarrollo del delito o las circunstancias atenuantes y agravantes, sino que también se agrega la gravedad del ilícito (artículo 24 letra a) y extensión del mal causado por él (artículo 24 letra e). Se observa una interacción de criterios de merecimiento y necesidad de pena, que interesa examinar dentro de este proceso de determinación judicial.

IV. SISTEMA INTEGRADO DE DETERMINACIÓN DE PENAS

Según lo expuesto, el proceso de selección de la pena juvenil aplicable a los adolescentes comienza con una sanción reducida en relación con la impuesta para cada delito en el régimen penal de adultos. La reducción se realiza con atención a una culpabilidad disminuida justamente por el

³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Individualización*, cit. (n 30), II, pp. 12 y 13; EL MISMO, *Retribución*, cit. (n. 30), II, p. 689.

³⁷ Sólo critica ciertos conceptos materiales de delito, como el de Hörnle, por la primacía del resultado típico. FEIJOO SÁNCHEZ, *Individualización*, cit. (n 30), II, pp. 9 y 10; EL MISMO, *Retribución*, cit. (n. 30), II, pp. 691-693, 696, 700.

³⁸ De hecho se ha dicho que tal arbitrio ha de compensarse con un especial rigor en la fundamentación de la medida elegida. Ver URBANO CASTRILLO, Eduardo - DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, cit. (n. 27), II, p. 81.

menor desarrollo de las facultades intelectuales y volitivas de los adolescentes. Este menor merecimiento determina la llamada “base legal” e incluye consideraciones personales del infractor que, de cierta manera, explican una necesidad distinta de pena, de menos intensidad e incluso diversa naturaleza. Asimismo, en esta primera fase se envía un mensaje general que comunica la imposición de castigos reducidos en caso de infractores adolescentes, que admite responsabilidad por sus conductas delictivas de acuerdo con sus características y necesidades. Aquí ya se aprecia una interacción de criterios de merecimiento con criterios preventivos, especiales y generales.

Luego, el juez debe precisar el grado de pena conforme las reglas de determinación para la sanción de adultos, es decir, el grado de desarrollo del delito, la forma de participación en él y las circunstancias atenuantes y agravantes. De modo que se mantienen factores de gravedad del hecho, que toman en consideración ciertos aspectos personales, específicamente a través de circunstancias modificatorias de responsabilidad. Una vez fijado el grado, procede seleccionar la clase de pena de las alternativas que se asignan para ese grado, salvo si éste supera los cinco años (sólo procede internación en régimen cerrado, artículo 23 Nº 1), básicamente conforme criterios preventivos especiales³⁹. La variedad de sanciones facilita al juez la elección de la medida más adecuada según el caso y situación del condenado. En esta decisión priman necesidades del adolescente infractor, no sólo porque se incluyen ideas vinculadas directamente con la persona de este agente –como su edad y la idoneidad de la sanción para fortalecer su respeto por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social [artículo 24 letras d) y f)]– frente a factores objetivos repetidos, sino también porque la propia naturaleza de las sanciones incluyen aspectos que buscan en el fondo su educación, como los programas de reinserción social en las sanciones privativas de libertad.

Podría decirse que dentro de un “marco” de penas⁴⁰ –salvo el caso del

³⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 7), II, p. 64, señala que este artículo 24 sólo se explica por el principio de necesidad de pena y el de diversificación o alternatividad de las sanciones, pues opera en la selección de su clase o naturaleza. HORVITZ LENNON, María Inés, cit. (n. 16), II, pp. 112-115, privilegia la prevención especial positiva, sobre todo frente a la posible infracción del “*non bis in idem*”. Algunos han entendido que esa es la orientación de la “sanción juvenil” porque tiene objetivos distintos a la pena, no busca dar su merecido ni tranquilizar a la sociedad. Ver ORTS BERENGUER, cit. (n. 29), II, p. 136.

⁴⁰ MEDINA SCHULZ, Gonzalo, cit. (n. 20), II, pp. 210 y 217, habla de la determinación de un “marco sancionatorio”, un catálogo de sanciones, topes máximos y mínimos por la aplicación de reglas generales. Así también la CS., 6 de agosto de 2009 (rol Nº 5339-09), entiende que el artículo 23 contempla “cinco marcos pena-

artículo 23 Nº 1 – establecido según el hecho injusto y la culpabilidad del joven agente, modificada según su particular condición, el juez elige la más adecuada conforme necesidades preventivas especiales. Así, sobre una base determinada por un merecimiento reducido existe un ámbito de opciones que se precisa por factores preventivos especiales, que podría asimilarse a un “espacio de juego” limitado por la culpabilidad⁴¹. Sin embargo, aparecen elementos de apreciación del hecho diferentes, como la extensión del mal producido por el delito [artículo 24 letra e)] y su misma gravedad (artículo 24 letra a), además de otros ya considerados (grado de desarrollo del delito, participación, atenuantes y agravante). Por lo que en esta elección también tiene relevancia la conducta realizada. ¿Cómo o en qué forma interviene ahora, la gravedad del hecho cuando ya sirvió para establecer un grado de pena y, con ello, fijar las opciones de pena que corresponden? Aunque la decisión entre clases de pena parece privilegiar otra vez los aspectos preventivos, la gravedad de la conducta y su reproche son elementos que pueden exigir una determinada pena por sobre otra que sólo se oriente por necesidades del adolescente infractor, como internación en régimen cerrado o semicerrado por sobre una libertad asistida.

Puede ocurrir que la preeminencia de ideas preventivas especiales suponga dejar a un lado la clase de conducta delictiva con el peligro ya advertido de discriminar ante unos mismos ilícitos por consideraciones personales gracias a la excesiva discrecionalidad del juzgador. Este riesgo explica que Medina⁴² se muestre partidario de una determinación basada en la gravedad del hecho, aun al individualizar la pena. Aunque rechaza tanto la teoría del espacio de juego como la de la pena puntual y entiende que la opción preferente es apreciar los criterios según la magnitud del injusto⁴³,

les diferentes, asociando su gravedad a la extensión temporal de los mismos, y en cada marco, a su vez, contempló dos o más sanciones de igual o diferente naturaleza”.

⁴¹ La idea de la teoría del espacio de juego (“Spielraumtheorie”) que señala un marco de pena adecuado a la culpabilidad, no una pena exacta, dentro del cual se selecciona la adecuada según criterios preventivos no es nueva. FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución*, cit. (n. 30), II, pp. 112-114, 700, 701, aclara que no sólo está en Hegel, sino que se ha aceptado en las tesis retribucionistas clásicas. El MISMO, *Las teorías clásicas de la pena*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 11-12 (1998), t. VII-VIII, p. 349. El proceder también se asemeja a la tesis de JESCHECK, Hans-Heinrich - WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5^a edición, Berlín, Duncker und Humblot, 1996), pp. 874-881, de la pena conforme a la culpabilidad relativizada por consideraciones preventivas, con la diferencia de que aquí existen distintas opciones de pena y no una exacta, aun en el caso de que sólo se permita la internación en régimen cerrado.

⁴² MEDINA SCHULZ, Gonzalo, cit. (n. 20), II, pp. 206-209, 211, 212, 219 y 224.

⁴³ Tesis que se enmarca dentro de las llamadas “neoproporcionalistas”. De hecho,

señala que no parece adecuado aceptar una sola teoría de determinación de pena. Expresa que en nuestro medio no se justifica una separación entre la consideración de la culpabilidad y la apreciación de cuestiones preventivas y por eso critica también la teoría del valor relativo o posicional⁴⁴. La combinación de criterios es más evidente cuando alude al último criterio de individualización del artículo 24 y expresa que “la orientación al hecho es tan obligatoria como la orientación a fines”. Luego precisa, eso sí, que la orientación a fines debe ser un criterio posterior a la consideración de aquéllos vinculados con el injusto. Tesis que no se distingue tanto de la del valor relativo y puede calzar también con la del espacio de juego. La consideración del injusto culpable se explica por la relación entre la teoría del delito y la teoría de la pena.

Toda consideración en torno al delito cometido se concreta en la pena como respuesta. Esto explica que se vinculen los criterios para decidir acerca de la imposición de una pena, del establecimiento de un delito, con los que sirven para su determinación⁴⁵. Como la determinación de la existencia de un delito decide la aplicación de un específico marco penal, Silva⁴⁶ entiende que la selección de la pena es una dimensión cuantitativa de la teoría del delito, “determinación del exacto contenido delictivo del hecho”, y que ambas teorías (del delito y de la pena) deberían dejar de entenderse como un sistema binario. Por eso vincula injusto y culpabilidad con fines de la pena desde un particular proceso de determinación penal y observa ya en el marco penal una respuesta preconcebida ante hechos que se consideran delitos, en el que se contienen elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de tal marco. Entiende que la

rescata la teoría de Hörnle, aunque no privilegia el resultado típico, y considera también el desvalor de conducta. Próximo a estas tesis proporcionales es la de Silva Sánchez que ya en el marco penal observa una respuesta ante hechos que se consideran delitos en el que se contienen elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de tal marco.

⁴⁴ La “Stellungswerttheorie” atribuye a la culpabilidad y a la prevención un “valor de empleo” diferente al separar las etapas de determinación judicial y decisión sobre la clase de pena a ejecutar. JESCHECK, Hans-Heinrich - WEIGEND, Thomas, cit. (n. 41), II, p. 880, destacan el rechazo de esta tesis según el modelo alemán, porque también la culpabilidad es relevante para la selección de la clase de pena y la prevención especial lo es para la determinación de su cuantía.

⁴⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Individualización, cit. (n 30), II, pp. 9 y 10, subraya esta conexión como un elemento positivo de los llamados neo-proporcionalistas, pero critica ciertas nociones materiales de delito, como la Hörnle limitada al desvalor de resultado. EL MISMO, *Retribución*, cit. (n. 30), II, pp. 628, 694-697.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, en *Indret*, 2 (2007), pp. 3, 5, 6, 9,

individualización ha de ser una concreción del injusto, la culpabilidad y la punibilidad⁴⁷. La consideración del hecho punible no deja fuera aspectos preventivos, sólo que éstos no se incorporan directamente sino a través de categorías dogmáticas que deben reconstruirse en “clave político criminal”, considerando finalidades preventivas y de garantía que legitiman el Derecho penal. El merecimiento de pena no se opone a su necesidad. Ambos pueden integrarse, como se verá, con una concepción amplia de proporcionalidad, que introduce elementos de idoneidad y necesidad a la imposición de la pena⁴⁸. Por eso precisa que la individualización no es sinónimo de retribución.

La flexibilidad de este sistema de determinación penal y la preferencia preventiva no suponen arbitrariedad. Así, se ha destacado la relevancia de criterios objetivos de determinación a pesar de las exigencias de flexibilidad, básicamente por cierto desencanto de ideas resocializadoras⁴⁹. De todas formas, ellas no se olvidan y se contemplan dentro de los esfuerzos por sistematizar criterios que puedan fundar la decisión judicial. En este sentido, se han distinguido criterios finalistas, criterios fácticos y criterios lógicos. Mientras los primeros justifican la elección con los fines de la pena, los fácticos tienen un nivel de concreción mayor. Éstos partirían de determinados criterios finales para seleccionar uno u otro elemento siguiendo las indicaciones legales. Por ejemplo, se señala que según consideraciones retributivas-preventivas generales se atenderá a criterios de responsabilidad por el hecho o de culpabilidad y si se toman ideas preventivas especiales

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, cit. (n. 46), II, pp. 6-8. Justamente esta idea de “punibilidad” como categoría se rescata en MAÑALICH R., Juan Pablo, *Retribución como coacción punitiva* [inédito], https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D125A0419/4/material_docente/objeto/248918, quien reconoce en la pena una respuesta coercitiva, que tiene interés presente y no sólo pasado. La pena envía un mensaje comunicativo y se corresponde recíprocamente con el delito como “hecho portador de sentido”. Explica la exclusión de fines preventivos en Binding por una noción de norma del Derecho en general y no jurídico penal. Además de considerar la protección de bienes penales, añade que la punibilidad se somete al filtro de las normas de sanción, que pueden establecer condiciones de punibilidad extrínsecas a la constitución del injusto culpable, como las condiciones objetivas de punibilidad. La infracción de la norma primaria, de conducta, se conecta con la norma secundaria, de sanción, como presupuesto para su aplicación. Así, la realización del injusto culpable aparece como base de la pena, sin eliminar consideraciones sobre su sentido, vinculadas con la norma secundaria, sus efectos sobre la determinación del comportamiento ajeno.

⁴⁸ Ver AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal* (Madrid, Edersa, 1999), pp. 138, 147 ss.

⁴⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito* (4^a edición, Pamplona, Thomson-Civitas, 2005), pp. 245-247.

importarán circunstancias personales. Los criterios lógicos tienen lugar al fijar la pena exacta conforme “la valoración global y compleja del delito”. Se reconoce que en esta última fase proceden los mismos principios que rigen las demás fases del sistema penal y se subraya el principio de legalidad y el de “jurisdiccionalidad”. Las garantías de ambos principios son básicas y su consideración en la individualización se explica justamente por la relación entre la investigación del delito y la determinación de la pena.

Interesantes resultan los criterios fácticos y los lógicos, en cuanto la selección de la clase y medida de pena está sometida a límites que conjugan elementos contemplados en la ley con factores relativos a la fundamentación (hecho punible) y sentido de la pena, aun dentro de este sistema de determinación más flexible. La decisión debería fundarse en los elementos que contempla el artículo 24⁵⁰ que se explican tanto por necesidad de pena como por gravedad y merecimiento. Esta combinación se observa incluso respecto de factores objetivos ya valorados al establecer el grado de pena, como el grado de ejecución del delito. Su nueva apreciación ahora para individualizar la sanción se realiza con otro fin más específico, decidir sobre la naturaleza de pena a aplicar, y no atiende sólo a un merecimiento reducido, pues en esta fase interesa observar la idoneidad de la clase de sanción para el particular agente, por lo que intervienen básicamente consideraciones preventivas especiales positivas⁵¹. Mayor dificultad genera la fijación de la extensión o duración exacta de la pena, sobre todo cuando no se regula expresamente y se extienden los mismos criterios del artículo 24 para tal fin. Esta fijación se hace en una fase posterior, en la clase de pena ya seleccionada. El objetivo ahora es concreto y se vincula con la duración no con la naturaleza. La individualización final obedece principalmente a

⁵⁰ La misma disposición establece que el tribunal debe dejar constancia de los criterios considerados para la naturaleza de las sanciones. MEDINA SCHULZ, Gonzalo, cit. (n. 20), II, pp. 214 y 215, incluso sostiene que el incumplimiento en la fundamentación de la sentencia es revisable por recursos de Derecho estricto, entre ellos el de nulidad, y no sólo por su omisión, también por fundamentación inadecuada.

⁵¹ VAN WEEZEL, Alex, cit. (n. 20), II, p. 403, expresa que la ponderación de fines preventivos pertenece a la naturaleza de la individualización. JESCHECK, Hans-Heinrich - WEIGEND, Thomas, cit. (n. 41), II, p. 877, a pesar de la relevancia de la adecuación a la culpabilidad, reconoce que en la individualización ya no se trata de justificar la actividad punitiva del Estado. Atiende no sólo al principio de retribución, sino también a la tutela de bienes jurídicos a través de consideraciones preventivas. La tesis de ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Munich, C.H. Beck, 2006), I, p. 87, refleja la combinación por etapas, con preferencia de la prevención especial justamente a partir de un joven infractor.

las necesidades del joven infractor, que no dejan de lado la gravedad del injusto y la culpabilidad⁵².

Si bien semejante combinación podría no servir para resolver los posibles problemas que genera la repetición de algunos criterios en la determinación de la pena exacta, se ha de tener presente los diversos momentos en los que se consideran y su valoración por el juez⁵³. En esta última fase de decisión la intensidad de los criterios de necesidad es mayor, aunque intervienen también criterios vinculados con el hecho punible. La individualización es la decisión de la pena adecuada al caso y su autor. Ella ha de ser una “respuesta necesaria”⁵⁴, que verifique la responsabilidad del agente por la conducta injusta realizada de acuerdo con su imputación personal (reducida) y que se explique o tenga sentido según las exigencias propias de este régimen de responsabilidad: las posibilidades de reinserción de este joven infractor y, en definitiva, el control y prevención de delitos. Si se entiende que la pena se justifica tanto por necesidad como merecimiento, ambas han de jugar un rol en las distintas fases de determinación de pena, aunque prime uno más que otro según la etapa de la que se trate. Así, en la determinación del marco primará la culpabilidad, que al disminuirse por la condición especial del joven agente también incorpora factores de necesidad (según su desarrollo). Para precisar el grado entran en juego tanto aspectos de gravedad

⁵² La individualización concreta aúna gravedad del injusto, culpabilidad del agente y fines de la pena, aunque –como dicen CERDA SAN MARTÍN, Mónica - CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, cit. (n. 7), II, pp. 103-105, 126– la intensidad definitiva se decida conforme consideraciones preventivas. En la tesis de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, cit. (n. 46), II, p. 9, estos factores, que se alejan de las categorías de la teoría del delito, se suelen explicar por la categoría de la “punibilidad”, cuya oscuridad y amplitud reclaman su desarrollo.

⁵³ Desde la constatación de distintas valoraciones e intereses contrapuestos, HORVITZ LENNON, María Inés, cit. (n. 16), II, p. 101, afirma que sólo se puede llegar a una situación satisfactoria y adecuada con una “argumentación conforme a principios y reglas racionalmente fundados”. Según BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coordinada por L. Gracia Martín, 2^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), p. 172, los tribunales han de “individualizarla motivadamente, valorando desde el punto de vista de lo injusto, de la culpabilidad y de los fines de la pena, todas las demás circunstancias del hecho y del sujeto que todavía no han encontrado plasmación en la pena, y que son las que confieren al hecho ‘su singularidad’ y al sujeto ‘su individualidad’”.

⁵⁴ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales* (traducido por C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000), pp. 290-293, habla de la sanción penal como “respuesta a las necesidades humanas, no diseñada a imitación de una campaña de ‘defensa social’ contra una plaga de langostas, o de gorriones”, porque, si bien son castigos –exigencias de justicia para el orden social–, las penas tienen un sentido, el disminuir la comisión de delitos.

y culpabilidad como de necesidad, al examinar el desarrollo del delito, la participación y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. La decisión sobre la naturaleza y duración de la pena privilegia consideraciones preventivas especiales, pero la gravedad del hecho ha de suponer un límite para el juzgador al fijar la duración, de manera que el juego entre educación, merecimiento y seguridad impida arbitrariedades y represente el ejercicio de una facultad discrecional, que adecue la pena al caso concreto según las necesidades del agente⁵⁵. Esto exige que la decisión del juez tenga en cuenta la relación entre el delito cometido por un adolescente y la pena que a él ha de imponerse y formule criterios de determinación.

Merecimiento y necesidad de pena aparecen como ideas rectoras que reflejan la conexión entre el delito y su respuesta, sin desatender las condiciones del agente a quien se imputa el hecho e impondrá determinada consecuencia. Ellas suponen exigir ciertos requisitos para la aplicación de una sanción penal, un determinado hecho frente al que se responde, y una justificación o explicación⁵⁶. Aquí, interesa la distinción de Durán Migliardi⁵⁷ entre fundamento o presupuesto de la pena –como mal que retribuye

⁵⁵ Esta idea obedece a una noción de proporcionalidad amplia entre delito y pena, que incluye consideraciones de necesidad e idoneidad de la intervención. Justamente en este sentido se pronuncia MEDINA SCHULZ, Gonzalo, cit. (n. 20), II, cit., pp. 224 y 225, cuando alude al último criterio de determinación de la naturaleza y cuantía de la pena, la idoneidad de la sanción para la integración social del adolescente y el respeto por los derechos de las personas. Vincula la “idoneidad” con esta proporcionalidad, como “orden marco” para analizar la adecuación de una medida al logro de un determinado fin. Las conexiones con el fin aparecerían no sólo por la inclusión de las necesidades sino también por la propia idoneidad. Según Aguado Correa, Teresa, cit. (n. 48), II, pp. 151-159, una pena es idónea cuando es apta para proteger bienes. Tiene que ver con la capacidad de tutela, que tendría rango constitucional. Éste deriva del Estado social de Derecho que promueve la libertad e igualdad de individuos y grupos intermedios (artículo 9.2 CPR española). Semejante derivación constitucional también cabría en nuestro medio, específicamente a partir del inciso 2º del artículo 1 de la CPR, que establece la promoción del bien común como fin de Estado, para lo cual “debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

⁵⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Retribución, cit. (n. 30), II, p. 528-535, 616 y ss., entiende que la pena es retribución y que la culpabilidad es su presupuesto, pero también explica su sentido desde un punto de vista preventivo general positivo similar al de Jakobs (mantener presupuestos necesarios para la confianza normativa), sólo que lo vincula con una noción material del delito.

⁵⁷ DURÁN MILGIARDI, Mario, *Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena*, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 13 (2008), pp. 61-63. La culpabilidad no

otro (delito)– y su sentido –como instrumento en la lucha contra el delito–, de manera que se utilice de forma justa y necesaria. Por eso entiende que este ideal de prevención especial propio de la fase de ejecución de la pena ha de inspirar también la determinación judicial y la legal⁵⁸. Esta integración se explica muy bien en este sistema de responsabilidad penal caracterizado por las condiciones del particular agente ya desde la imposición abstracta de penas y en las distintas alternativas que se contemplan. Bustos Ramírez⁵⁹ habla de una “pena unitaria integral” que conlleva distintas opciones de apoyo para la reinserción del joven infractor y no plantea la discusión de la doble vía. La combinación propia de este sistema se evidencia de modo particular en la imposición de penas mixtas, que conjugan responsabilidad, seguridad y reinserción social, como internación en régimen cerrado por un tiempo con libertad asistida por otro⁶⁰.

Semejante noción de pena reclama un sistema de determinación acorde a su configuración y calza con el rol “integral” que la propia Corte Suprema ha atribuido al juez que determina la sanción juvenil, con base en declaraciones del propio Tribunal Constitucional⁶¹: “el juez que la impone tiene un rol activo e integral en asegurar el necesario equilibrio que debe existir

deja de tener efectos preventivos y no es una idea nueva como lo destacaba Feijoo, de las tesis retributivas clásicas, aunque se atribuya a Jakobs el mérito de mostrar hasta qué punto la culpabilidad se orienta a la prevención. Así, VAN WEEZEL, Alex, cit. (n. 20), II, p. 401. Véase: JAKOBS, Günther, *La pena estatal: Significado y finalidad* (traducción de M. Cancio Meliá - B. Feijoo Sánchez, Pamplona, Thomson-Cívitas, 2006), pp. 144-151.

⁵⁸ DURÁN MILGIARDI, Mario, cit. (n. 57), II, pp. 70 y 71. Así, la humanización de la ejecución de la pena sirve de “apoyo indirecto” para la conservación del orden y seguridad social. No tan indirecto en cuanto acción sobre el concreto agente que no debiera volver a delinquir.

⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 7), II, p. 57. En similares términos, CILLERO BRUÑOL, Miguel, cit. (n. 10), II, p. 110, señala que: “la virtud de una ley penal juvenil es resolver armónicamente las contradicciones entre libertad, seguridad y protección al desarrollo e integración social de los adolescentes”.

⁶⁰ Por ejemplo, para la sentencia del 6º TOP de Santiago, 10 de diciembre de 2007 (RUC N° 0.600.869.183-3), la internación respondería a la gravedad del hecho, que toma en cuenta también sus programas de reinserción con “tiempo suficiente y necesario para crear estas redes de apoyo en forma sólida y poder moldear la personalidad de estos jóvenes fortaleciendo los aspectos positivos de ella y trabajando aquellos rasgos negativos”. Los resultados se comprobarían en la libertad asistida posterior, como período durante el cual “los adolescentes habrán aprendido y asimilado la capacidad de ponerse en el lugar de otro siendo capaces de asumir sus responsabilidades y no culpar a terceros de sus actos”.

⁶¹ Véase la sentencia de la Corte Suprema, de 14 de julio de 2008 (rol N° 316-2008).

entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes". En todo caso, esta integración cede en la fase de determinación administrativa, es decir, durante la ejecución de la pena. Aquí, los criterios preventivos especiales guían la decisión sobre suspender o sustituir la pena (artículos 53-55). Se trata de una decisión que no cumple con los caracteres propios de la cosa juzgada, que se asemeja a tesis del valor relativo o posicional en el proceso de determinación de penas, claro que sin separar una determinación judicial conforme a la culpabilidad y una administrativa según necesidades preventivas especiales. En esta determinación de la pena juvenil se podría hablar de una "integración posicional", que combina criterios de merecimiento especial –reducido– y necesidad de pena en la individualización con una ejecución que obedece a la posición del adolescente, sus condiciones y necesidades⁶², durante su cumplimiento, donde la consagración de aquellos criterios en la sentencia también sirven para la decisión sobre la suspensión o sustitución de la medida⁶³.

[Recibido el 21 de enero y aprobado el 10 de marzo de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal* (Madrid, Edersa, 1999).
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (Coordinada por L. Gracia Martín, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal del niño-adolescente (estudio de la Ley de responsabilidad penal del adolescente)* (Santiago, EJS, 2007).
- CERDA SAN MARTÍN, Mónica - CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes* (2ª edición, Santiago, Librotecnia, 2007).

⁶² En la sustitución o remisión de pena incluso se ha vinculado la rehabilitación del infractor con necesidades sociales. Así, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 24 de marzo de 2009 (rol Nº 309-2009), rechaza la sustitución con base en los "efectos que dicha medida puede tener en la comunidad a la que el sujeto se va a reincorporar", pues debe estar "en armonía tanto el bienestar del adolescente, como el de los demás individuos que conforman el conglomerado humano en el cual se debería reintegrar el infractor de ley".

⁶³ Así, CUSSAC GONZÁLEZ, José L. - CUERDA ARNAU, María Luisa, *Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. - TAMARIT SUMALLA, J. M. (coordinadores penales), *Justicia penal de menores y jóvenes* (coordinación penal de Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), p. 107, explican que sólo si los motivos de las medidas impuestas son explícitos se puede constatar su cumplimiento.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, *Comentario a la Ley de responsabilidad penal de adolescentes, en Justicia y Derechos del Niño*, 8 (Unicef, 2005), pp. 105-112.
- COUSO, Jaime, *Notas para un estudio sobre la especialidad del Derecho penal y procesal penal de adolescentes: El caso de la ley chilena*, en *Justicia y Derechos del Niño*, 10 (Unicef, 2008), pp. 97-112.
- CUSSAC GONZÁLEZ, José L. - CUERDA ARNAU, María Luisa, *Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. - TAMARIT SUMALLA, J. M. (coordinadores penales), *Justicia penal de menores y jóvenes* (Coordinación penal de Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), pp. 79-130.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo - DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La responsabilidad penal de menores* (Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007).
- DOMINGO, Rafael (director), *Textos de Derecho romano* (Pamplona, Aranzadi, 1998).
- DURÁN MILGIARDI, Mario, *Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena*, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 13 (2008), pp. 57-81.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*, en *InDret*, 1 (2007), pp. 1-20.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Las teorías clásicas de la pena*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 11-12 (1998), t. VII-VIII, pp. 331-455.
- FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal* (Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2007).
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales* (traducido por C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito*, en *Revista de Derecho*, 2 (2007), vol. XX, pp.195-217.
- HORVITZ LENNON, María Inés, *Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 7 (2006), pp. 97-119.
- JAKOBS, Günther, *La pena estatal: Significado y finalidad* (traducción de M. Cancio Meliá - B. Feijoo Sánchez, Pamplona, Thomson-Cívitas, 2006).
- JESCHECK, Hans-Heinrich - WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5^a edición, Berlín, Duncker und Humblot, 1996).
- MAÑALICH R., Juan Pablo, *Retribución como coacción punitiva* [inédito], https://www.ucursos.cl/derecho/2009/2/D125A0419/4/material_docente/objeto/248918
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito* (4^a edición, Pamplona, Thomson-Civitas, 2005).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de penas*, en *Ius et Praxis*, 14 (2008) 2, pp. 525-559.
- MEDINA SCHULZ, Gonzalo, *Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 11 (2009), pp. 201-234.
- ORTS BERENGUER, Enrique (coordinador), *Menores: victimización, delincuencia y seguridad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2006).
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en "bis in idem"* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002).
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Munich, C.H. Beck, 2006), I.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, en *Indret*, 2 (2007), 15 pp.

VAN WEEZEL, Alex, *Determinación de la pena exacta: El artículo 69 del Código Penal*, en *Ius et Praxis*, 2 (2001), pp. 401-407.

