



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

Estrada Vásquez, Francisco J.  
LA SUSTITUCIÓN DE PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL CHILENO  
Revista Chilena de Derecho, vol. 38, núm. 3, 2011, pp. 545-572  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021501006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

## LA SUSTITUCIÓN DE PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL CHILENO\*

*THE SUSTITUTION OF THE SENTENCE IN THE CHILEAN JUVENILE JUSTICE*

FRANCISCO J. ESTRADA VÁSQUEZ\*\*

**RESUMEN:** El instituto de la sustitución de pena contemplado en los artículos 53 y 54 de la Ley de responsabilidad penal adolescente es novedoso en nuestro derecho y clave para el cumplimiento de la sanción juvenil. Pese a su relevancia ha sido objeto de escasa atención. El presente trabajo encuadra esta institución en el derecho internacional de los derechos humanos, y, enseguida, revisa su regulación en el derecho penal juvenil comparado. Analiza la regulación normativa con las numerosas aristas que la práctica ha dejado al descubierto y considera la jurisprudencia más relevante al respecto ofreciendo criterios a considerar en las audiencias en que se debata la sustitución.

**Palabras clave:** sustitución, justicia penal juvenil, ley penal juvenil, ejecución de la pena.

**ABSTRACT:** The Institute of substitution of sentence provided in articles 53 and 54 of the Juvenile Criminal responsibility Law is new to our system and key to the fulfillment of the juvenile sanction. Despite its significance, it has received little attention. This work fits this institution in the International Law of human rights and reviews its regulation in several countries. It analyze the legislation according the numerous edges that practice has exposed, and it considers the relevant case law, providing criteria to be considered at the hearings where the substitution is discussed.

**Key words:** substitution, juvenile justice, youth law, execution of sentence.

### 1. INTRODUCCIÓN

La ejecución de la pena juvenil posee el umbrío mérito de reunir en su análisis dos ámbitos olvidados, relegados del derecho. La ejecución penal y lo penal juvenil.

Esta marginalidad de la fase de ejecución –si es que la noción no fuese suficientemente notoria– puede avizorarse con una rápida revisión de su ausencia en el pregrado, con el paupérrimo número de publicaciones en las revistas indexadas nacionales, con la escasa atención que ha suscitado por parte de los tratadistas, entre otros indicadores. En estrecha relación con esta situación, el apelativo “crisis” resulta ya cliché para referirse al

---

\* Este artículo es el ganador del Premio de la RCHD 2011 en el área del Derecho Penal.

\*\* Abogado, Director del Área de estudios y capacitaciones de DNV Abogados, ex director Nacional del SENAME. Correo electrónico: franciscoestrada@dnvabogados.cl Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Magíster en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia; Universidad Diego Portales.

funcionamiento carcelario en nuestro país<sup>1</sup>. Pero pese a la atención mediática, legítima ante la reciente muerte de más de ochenta internos del CDP de San Miguel, la cárcel está destinada a ser esa ciudad al revés, de la que habla Foucault, y para ello parece necesitar una cuota de olvido ciudadano.

A su turno, lo penal juvenil tiene un sinnúmero parecido. Es un área del derecho que pareciera ser ajena a él. Ya Bustos (2007) recordaba que una de las tragedias del derecho de menores era ser considerado un derecho menor. Se le ve como algo “poco jurídico”, más propio del trabajo social que de una disciplina más estructurada. Y, para horror de los actores del sistema procesal penal, hace jugar otras disciplinas muy dentro de lo jurídico y exige aplicar principios que repugnan a, por ejemplo, quien ve en la impasibilidad del tribunal, una forma de religión.

Por su parte, el instituto de la sustitución de pena contemplado en los artículos 53 y 54 de la Ley N° 20.084, de responsabilidad penal adolescente (en adelante LRPA), novedoso en nuestro derecho y clave para el cumplimiento de la sanción juvenil, pese a su relevancia dogmática por cierto, pero aun más importante, en términos de políticas públicas, ha sido objeto de escasa atención.

El reciente trabajo de Berríos y Vial (2011) muestra que en los primeros tres años de funcionamiento de la ley penal juvenil y, según la base de datos de la defensoría, “del total de imputados sancionados en 3 años de la LRPA existen 439 adolescentes a los cuales se les ha sustituido la condena, es decir, el 1,2%”. De aquellos condenados en el primer año, solo 97 sustituyeron pena, de los sancionados en el segundo año, 142; y de aquellos penados el tercer año, 110 lograron sustituir la pena. Una utilización bastante menguada, por cierto. Si, desde otra perspectiva, consideramos la pena desde la que se sustituye, el porcentaje se sitúa alrededor del 13% en el caso de la internación con régimen cerrado y del 23% en el caso de la internación en régimen semicerrado.

Los sistemas que logran intervenir exitosamente con jóvenes, son sistemas que sofistican su respuesta, alejándose de reacciones uniformes y adecuando la pena a las necesidades del sujeto [Droppelmann (2009)]. Este proceso requiere flexibilidad y compromiso de los actores del sistema. Poco de eso ha ocurrido en la realidad chilena en estos primeros cuatro años. Aportar elementos para invertir esa situación es el propósito de este trabajo.

Para ello, en la primera parte encuadraremos esta institución en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, enseguida, observaremos cómo el derecho penal juvenil comparado ha regulado este instituto. Luego, analizaremos la regulación normativa de la institución con las numerosas aristas que la práctica del sistema ha dejado al descubierto. Para ello, consideraremos la jurisprudencia más relevante al respecto y ofreceremos criterios a considerar en las audiencias en que se debata la sustitución.

<sup>1</sup> Sobre un tratamiento histórico pueden consultarse dos espléndidas obras: FERNÁNDEZ LABBE, Marco Antonio (2003): *Prisión común, imaginario social e identidad: Chile, 1870-1920* (Ed. Andrés Bello, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Santiago, Chile) 2003 y LEÓN LEÓN, Marco (2003): *Encierro y corrección: la configuración de un sistema de prisiones en Chile 1800-1911* (Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) (Santiago: Centro de Documentos Xerox de la Universidad Central), 3 v., 1019 p.

## 2. LA SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La importancia de la sustitución de la pena juvenil hace ya bastante tiempo concitó la atención de la comunidad internacional de expertos. Prueba de ello es que los principales instrumentos internacionales sobre justicia juvenil dedican algunas líneas a la cuestión, así como recientemente lo ha hecho también el Comité de Derechos del Niño<sup>2</sup>.

Ya en 1985, en la época pre Convención de Derechos del Niño (en adelante, la Convención), las llamadas Reglas de Beijing (1985) contemplaron varias normas que enmarcan nuestra figura en estudio. En efecto, la regla 6.1 dispone: “Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones”. La última frase hace aplicable la recomendación de discrecionalidad también a lo que luego se denominará fase de ejecución.

Luego, la Regla 23 (“Ejecución efectiva de la resolución”) indica: “23.1 Se adoptarán disposiciones adecuadas para la ejecución de las órdenes que dicte la autoridad competente, y que se mencionan en la regla 14.1, por esa misma autoridad o por otra distinta si las circunstancias así lo exigen.

23.2 Dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas órdenes periódicamente según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en las presentes Reglas”.

Es decir, el consenso de la comunidad de expertos en justicia juvenil, ya en 1985 apuntaba a la inclusión en un buen sistema de la facultad del tribunal de modificar la sentencia en coherencia con los principios de prioridad del “bienestar del menor”, que era la fórmula empleada en la época pre Convención. Las reglas fueron entregadas con comentarios del propio grupo de expertos redactor. Y el comentario en este punto dice: “En los casos de menores, más que en los de adultos, las resoluciones tienden a influir en la vida del menor durante largos períodos de tiempo. De ahí la importancia de que la autoridad competente o un órgano independiente (junta de libertad bajo palabra, autoridad encargada de supervisar la libertad vigilada, institución de bienestar juvenil u otras autoridades) con calificaciones iguales a las de la autoridad competente que conoció del caso originalmente, supervisen la ejecución de la sentencia. La creación del cargo de juez de la ejecución de penas en algunos países obedece a este propósito. La composición, los poderes y las funciones de la autoridad deben ser flexibles; en la regla 23 se describen en general con objeto de facilitar su amplia aceptación”.

Y para no dejar lugar a dudas, al regular la privación de libertad, nuevamente se repiten las ideas anteriores y se precisan: “28.1 La autoridad pertinente recurirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible”.

---

<sup>2</sup> Para una panorámica muy completa, DUCE (2009).

El comentario de esta regla es igualmente decidor: “Cuando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el menor cumpla toda la pena. Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario. Al igual que la libertad vigilada, la libertad condicional podrá supeditarse al cumplimiento satisfactorio de los requisitos especificados por las autoridades pertinentes durante un período de tiempo estipulado en la orden, por ejemplo, el relativo al “buen comportamiento” del delincuente, la participación en programas comunitarios, su residencia en establecimientos de transición, etc.”.

En las Reglas de La Habana (1990)<sup>3</sup>, se continúa con esta línea y se indica en el numeral 1:

“La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”. Más adelante, el numeral 79 detalla ese mandato: “Todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada, y cursos especiales”.

Las Reglas de Tokio (1990), no exclusivas de menores de edad, pero, ciertamente, aplicables a ellos, determinan respecto de las medidas no privativas de libertad que:

“3.3 La autoridad judicial u otra autoridad independiente competente ejercerá sus facultades discrecionales en todas las fases del procedimiento, actuando con plena responsabilidad y exclusivamente de conformidad con la ley”. Y sigue, en el párrafo “Medidas posteriores a la sentencia” dispone: “9.1 Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social”. Destacando en las posibles medidas, para fines de este estudio, “b) Liberación con fines laborales o educativos; c) Distintas formas de libertad condicional”.

La decisión con respecto a las medidas posteriores a la sentencia será, prosigue las Reglas de Tokio, “sometida a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, si lo solicita el delincuente”. Y añade “Se considerarán cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de la libertad”.

---

<sup>3</sup> Estas tienen su origen en el llamado que hiciera en Caracas, en 1980, el VI Congreso de NU sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, para que se formulara un conjunto de normas que sirvieran de modelo en la gestión de todo lo relacionado con menores de edad en conflicto con la ley penal.

Es decir, existen distintos instrumentos internacionales contestes en la idea de favorecer la existencia de facultades discrecionales del tribunal u otro órgano, durante la fase de ejecución, de modo de modificar la sanción impuesta.

Como es sabido, hace unos años, el Comité de Derechos del Niño<sup>4</sup>, comenzó a publicar Observaciones Generales de modo de ir homologando la interpretación de algunas normas y de este modo, facilitar los informes periódicos que deben rendir los estados partes. Es así como el año 2007 entregó la OG N° 10 sobre Los derechos del niño en la justicia juvenil<sup>5</sup>. Se sostiene en este documento que “la protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”. (N° 10)

Indica más adelante que la legislación debe contener “indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos, y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación”. (N° 27) Luego indica que “los Estados Partes deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad”. (N° 28)

En el N° 44 desarrolla el derecho del niño infractor a ser oído, incluso en fase de ejecución de la sanción.

### 3. LA SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO PENAL JUVENIL COMPARADO

En consonancia con la revisada preocupación del Derecho Internacional de los derechos humanos en cuestiones penales juveniles, La institución de la sustitución está presente en varios ordenamientos comparados, de distintos modos. Vamos a revisar someramente, los principales sistemas.

#### 3.1 ESPAÑA

España cuenta con la Ley 5/2000 la que establece expresamente la sustitución de medidas, que es la denominación que en el sistema ibérico reciben nuestras sanciones. Junto a Costa Rica, fue la legislación que más influencia tuvo en nuestro proceso prelegislativo.

Establece el artículo 51 la facultad del Juez de Menores competente para la ejecución para “de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por

<sup>4</sup> Órgano encargado de monitorear el cumplimiento del tratado.

<sup>5</sup> Esta observación, es bueno precisarlo, sin poseer el vigor de un tratado ni el de un instrumento internacional tiene la autoridad de haber sido sancionada por la reunión de expertos, formalmente reconocida por la comunidad internacional.

tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida”.

El numeral 2 del mismo artículo prosigue: “Cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado”.

Después, en el número 3, regula el peso que jugará la eventual conciliación del menor con la víctima, la que “en cualquier momento en que se produzca (...) podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”.

Y finaliza disponiendo que “4. En todos los casos anteriores, el Juez resolverá por automotivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley”.

MONTERO (2001) anota los límites de la posibilidad de sustitución. En primer lugar, “la medida sustitutiva debería ser imponible inicialmente”<sup>6</sup>.

En segundo lugar, no cabe ampliar la duración de la medida hasta llegar a los máximos establecidos. La modificación legal del 2008 fue explícita en esta cuestión.

La expresión “sustitución” la usa también el legislador en el artículo 50.2<sup>7</sup> en otro sentido, al referirse a las consecuencias del quebrantamiento y la agravación de la pena. El mismo error lo comete el legislador chileno en el artículo 52. Esta norma generó tal debate que el Tribunal Constitucional español zanjó el asunto en fallo de septiembre del 2008. MONTERO (2010) estima que “el Constitucional concluye que no advierte que la superditación de dicha sustitución de la medida inicial a un procedimiento como el perfilado en el art. 50.2 LORPM resulte de suyo vulnerador del derecho a la intangibilidad”, que era el argumento fundante del tribunal recurrido. Es decir, aun cuando se habla de sustitución para una figura que entre nosotros se relaciona con las consecuencias del quebrantamiento, el Constitucional considera que no existe vulneración al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el art. 24 de la Constitución española.

### 3.2. COSTA RICA

La regulación penal juvenil de Costa Rica fue tomada como antecedente tanto en la regulación del proyecto de ley de responsabilidad enviado al parlamento, como en la redacción del reglamento de la Ley N° 20.084. El marco normativo costarricense es rico,

<sup>6</sup> MONTERO (2001) p. 234.

<sup>7</sup> “2. Si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquella por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá **sustituir** la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento (el subrayado es nuestro)”.

ya que comprende la Ley penal juvenil, Ley N° 7576, de 1996 y la Ley de ejecución penal juvenil N° 8460, del 2005.

La Ley N° 7576 en su artículo 123 dispone que: “Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen.

La aplicación de las sanciones podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Las sanciones podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas.

(*De conformidad con el voto No.6857-98 de las 16:27 horas del 24 de setiembre de 1998 la Sala Constitucional resolvió que los artículos consultados no resultan inconstitucionales “siempre y cuando se interprete que es requisito esencial de la suspensión del proceso a prueba, la libre manifestación de la voluntad del infractor, previa información detallada de los alcances de la misma”*)<sup>8</sup>.

Luego, el artículo 136 en el inciso e) establece que el Juez de Ejecución estará obligado a revisar las sanciones al menos una vez cada seis meses, y puede modificarlas o sustituirlas por otras menos gravosas ante la eventualidad de que no cumplan con sus objetivos o resulten contrarias al proceso de reinserción y resocialización de la persona menor de edad sentenciada.

A su vez, la ley de ejecución establece una institucionalidad especializada ya no solamente en lo juvenil sino además en la ejecución penal juvenil. Es así como existe una jefatura de ejecución (dos juezas en San José), fiscales de ejecución juvenil y defensores para la fase de ejecución juvenil. En el título II regula la institución de la libertad condicional, de manera muy similar a la *parole* anglosajona, y que resulta ser el equivalente a la sustitución de pena privativa de libertad por una libertad asistida, en nuestro ordenamiento

Dice el artículo 31: “El juez de ejecución de la pena juvenil podrá decretar la libertad condicional como reconocimiento para la persona joven condenada a una pena privativa de libertad por más de un año, que por su conducta y comportamiento adecuados en el establecimiento penal en que cumple su pena, su interés en instruirse y su empeño en adquirir un oficio y formar un proyecto de vida, sin comisión de nuevos delitos, haya demostrado que se encuentra apto para seguir una vida respetuosa de la ley. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al penado para cumplir su condena”.

A pesar de que el derecho de audiencia no se encuentra contemplado en la ley penal juvenil, han sido reiterados los pronunciamientos del Tribunal de Casación Penal<sup>9</sup> que indican la obligatoriedad de escuchar al menor de edad en una audiencia oral y privada para que ejerza su defensa material de previo a declarar el incumplimiento de la sanción, en especial en casos en los que se pretende declarar el incumplimiento y ejecutar la sanción de internamiento en centro especializado.

Como ha dicho la jurisprudencia costarricense, “Las funciones que el artículo 136 de la Ley de Justicia Penal Juvenil le otorga al Juez de Ejecución de la Pena, tienen como

<sup>8</sup> El añadido y las cursivas son del texto oficial.

<sup>9</sup> FISCALÍA ADJUNTA PENAL JUVENIL (2006). El Compendio contempla las principales resoluciones emitidas por el Tribunal Penal Juvenil desde el año 1996, resoluciones del Tribunal de Casación Penal, algunos pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que tocan temas de relevancia dentro del derecho penal juvenil.

finalidad que durante el cumplimiento de la sanción y en casos que así lo amerite, el Juez de Ejecución puede modificar sustituir o hacer cesar las sanciones impuestas, con el propósito de que se adecuen a los principios rectores de la Ley”<sup>10</sup>.

Comentando estas normas, el destacado profesor Carlos Tiffer (2004) enseña: “La función principal del juez de ejecución penal juvenil, es controlar la legalidad de la ejecución de la sanción (...) el plan individual debe ser flexible, debe ser variable, a efectos de modificar o sustituir la sanción por una menos gravosa (...). Debe tenerse como parámetro permanente, durante la ejecución penal juvenil, el principio educativo, la reinserción familiar y social”<sup>11</sup>.

Este rico entramado que surge de las altas exigencias normativas ha generado un circuito que, en mi opinión, explica el acotado uso que se realiza en Costa Rica del instrumento punitivo de la privación de libertad. El artículo 131 de la Ley N° 7576, establece que el Internamiento en centro especializado puede llegar hasta los 15 años, siendo una de las más altas del continente. Sin embargo, las evaluaciones del sistema suelen coincidir en el escaso número de jóvenes privados de libertad en el país<sup>12</sup>.

Otro ejemplo de esta articulación lo constituye el Manual de Ejecución Penal Juvenil<sup>13</sup> que surge de la preocupación de la Fiscalía adjunta penal juvenil por asumir un rol de coordinación de los distintos actores. Este documento incorpora aspectos prácticos y jurisprudenciales del procedimiento de ejecución juvenil y hace recomendaciones de buenas prácticas; sin duda, constituye el mejor ejemplo de un correcto entendimiento de la relevancia de la fase de ejecución.

### 3.3. URUGUAY

El marco normativo en la República Oriental del Uruguay está dado por el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 17.823 de 2004.

Dicha norma establece Jueces Letrados de Adolescentes con funciones de vigilancia en la fase de ejecución (art. 100) Al mismo tiempo, instituye al Instituto Nacional del Menor como la instancia administrativa responsable de la ejecución de medidas disponiendo en el artículo 101 inciso 2º que este “reglamentará el funcionamiento de los establecimientos donde se cumplen las medidas privativas de libertad”.

En dicho corpus se regula modificación de medidas en su artículo 94: “Se deberá decretar, en cualquier momento, el cese de la medida cuando resulte acreditado en autos que la misma ha cumplido su finalidad socioeducativa.

La tramitación de todas las solicitudes de sustitución, modificación o cese de las medidas, se hará en audiencia, debiendo dictarse resolución fundada, previo los informes técnicos que se estimen pertinentes, con presencia del adolescente, de sus representantes legales, de la defensa y del Ministerio Público”.

<sup>10</sup> FISCALÍA ADJUNTA PENAL JUVENIL (2006), p. 256-258. Voto N° 604-00, Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica, Goicochea, 4 de agosto del 2000.

<sup>11</sup> TIFFER (2004) p. 224.

<sup>12</sup> A 10 años de la ley, el número de jóvenes en medida de internamiento llegaba a 115. CONGRESO JURÍDICO NACIONAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (2006) p. 208.

<sup>13</sup> Fiscalía Adjunta Penal Juvenil (2005).

### 3.4. EL SALVADOR

La Ley del Menor Infactor, Decreto N° 863, del 2004 dispone en el artículo 125, como una de las funciones del Juez de ejecución de las medidas: “Revisar las medidas para modificarlas o sustituirlas cuando no cumplan con los objetivos por los que fueron impuestas, o por ser contrarias al proceso de reinserción social del menor”.

El Salvador es uno de los pocos países que también cuenta con normativa especial para la ejecución juvenil. Así, la Ley de vigilancia y control de ejecución de medidas al menor infractor, Decreto N° 361, de 1995, regula con mayor especificidad lo anterior:

“Art. 10.- Durante la ejecución de las medidas el menor y su defensor si lo hubiere, los padres, tutores o responsables de él, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, el Fiscal de Menores, el Procurador de Menores o el Director del Centro respectivo, podrán promover incidentes ante el Juez de Ejecución de Medidas al Menor competente, para que decida sobre la modificación, sustitución, revocación, cesación o extinción de la medida o sobre la ubicación de los menores internos en las etapas que correspondan, de acuerdo a la ley y al reglamento de los Centros de Internamiento. Dichos incidentes podrán solicitarse por escrito o verbalmente expresándose claramente los motivos en que se fundamentan y las pruebas que se acompañan u ofrecen.

Inmediatamente de recibida la petición, el Juez señalará una audiencia oral, la que deberá celebrarse dentro del plazo de ocho días, debiéndose convocar a todas las partes y al Director del Centro cuando este lo hubiere promovido. La resolución del incidente se pronunciará en esa misma audiencia, con las partes que asistieren”.

### 3.5. INGLATERRA

Durante la pasada década el sistema británico modificó su sistema penal juvenil bajo el principio de que todas las instituciones debían orientarse de forma particular a la idea de que había que tomar todas las medidas necesarias para prevenir el delito. De esta forma, se estableció por ley, que el principal objetivo de sistema de justicia era lograr la prevención de la delincuencia en niños y jóvenes [WERTH (2005)].

El Comité de Derechos del Niño ha expresado su preocupación por varias de las disposiciones del sistema de justicia juvenil británico<sup>14</sup>.

La flexibilidad para encontrar la sanción idónea para el caso en concreto es, entonces, un elemento constitutivo del sistema sancionatorio y opera en todo el espectro de casos, pero quizás es relevante observar –para efectos de comparar– con mayor detenimiento, lo que ocurre en los delitos más graves donde la sanción de internamiento es la usada.

La Orden de Detención y Formación<sup>15</sup> (*DTO, por Detention and Training Order*) sentencia a un joven a internamiento (*custody*). Se puede imponer a sujetos entre 12 a 17

<sup>14</sup> [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.GBR.CO.4\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.GBR.CO.4_sp.doc) [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

<sup>15</sup> <http://www.yjb.gov.uk/en-gb/yjs/SentencesOrdersandAgreements/DTO/> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011]

años de edad. La duración de la pena puede estar entre cuatro meses a dos años. La primera mitad de la condena transcurre en prisión, mientras que la segunda mitad se desarrolla en la comunidad bajo la supervisión del equipo de infractores juveniles (*YOT, por youth offending team*). El tribunal puede imponer a los jóvenes el ingreso a un Programa de supervisión intensiva y Vigilancia (*ISSP, por Intensive Supervision and Surveillance Programme*) como una condición necesaria para acceder al período en la comunidad.

Una Orden de Detención y Formación solo puede ser impuesta por los tribunales a los jóvenes que representan un alto nivel de riesgo, tienen una significativa historia infraccional o son infractores persistentes y no tienen otra sentencia que se haga cargo efectivamente de sus riesgos. La gravedad del delito siempre se debe tomar en cuenta cuando un joven es condenado a una ODT.

**Sección 90/91<sup>16</sup>:** Si un joven es condenado por un delito por el cual un adulto podría recibir una pena de por lo menos 14 años en prisión, pueden ser condenados en virtud de la Sección 90/ 91. Esta sentencia solo puede darse en el Tribunal de la Corona (*the Crown Court*)<sup>17</sup>.

**Sección 90:** Si la condena es por homicidio, la sentencia cae en la sección 90 de la Ley de las Potestades de los Tribunales Penales del 2000<sup>18</sup>. Tales sentencias se denominan “detención a discreción de Su Majestad” y puede imponerse incluso una cadena perpetua. El tribunal sentenciador fijará un plazo mínimo (también conocido como la tarifa) que se cumplirá en prisión, tras lo cual el joven puede solicitar a la Junta de Libertad Condicional su liberación. Las directrices del ministro del Interior a las Juntas de Libertad Condicional (emitidas en agosto del 2004) establecen los criterios de evaluación para que proceda la liberación de los condenados a cadena perpetua. Una vez liberado, el joven será sujeto a una orden de supervisión por un período indefinido.

**Sección 91:** Si un joven es condenado por un delito por el cual un adulto podría recibir por lo menos 14 años en prisión, puede ser condenado en virtud de la sección 91 de Ley de las Potestades de los tribunales penales del 2000. La duración de la pena puede recorrer todo la posible duración de la pena para adultos por el mismo delito, que para ciertos delitos puede ser la vida.

Un joven condenado en virtud de la sección 91 será internado; se le pondrá en libertad automáticamente al cumplir la mitad de la condena y podría ser adelantada al liberado hasta por un tope de 135 días e ingresado a un programa del sistema de arresto domiciliario (*Home Detention Curfew, HDC*<sup>19</sup>), pero solo si cumple con los criterios de elegibilidad para el programa plan y aprueba una evaluación de riesgo (alguna de las expresamente autorizadas por el gobierno para este fin). Una vez liberado, el joven será sujeto a una medida de supervisión hasta que expire su condena, si la sentencia es de 12 meses

<sup>16</sup> <http://www.yjb.gov.uk/en-gb/yjs/SentencesOrdersandAgreements/Section90-91/> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

<sup>17</sup> Es el tribunal de primera instancia superior en casos criminales; sin embargo, para algunos propósitos, la Crown Court está jerárquicamente subordinada a la High Court.

<sup>18</sup> <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/6/contents>> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

<sup>19</sup> <http://www.hmprisonservice.gov.uk/adviceandsupport/beforeafterrelease/homedetentioncurfew/> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

o más; una notificación de supervisión por un mínimo de tres meses, si la pena es menor de 12 meses.

En resumen, incluso en los casos más graves del sistema de justicia criminal, el cambio de pena de internamiento (*custody*), y la consiguiente liberación anticipada es posible, cumpliendo ciertos requisitos, los que suelen estar asociados al sistema de evaluación de riesgo y necesidad empleado en el sistema británico, el Asset<sup>20</sup>.

### 3.6. CANADÁ

El marco normativo está dado por la Ley de Justicia Penal Juvenil de Canadá<sup>21</sup>.

La sanción de internamiento (*custody*) y supervisión es la más dura en virtud de la LSJPA. Puede llegar hasta 10 años por homicidio en 1er grado, siempre está combinada por un período de supervisión por parte de la comunidad (el último tercio de la pena). Se hace efectiva en un centro de readaptación para jóvenes (aparte de los adultos)<sup>22</sup>.

La revisión de la sentencia impuesta a un adolescente puede ser efectuada, en conformidad a la subsección 6 del artículo 94:

- “(a) sobre la base de que el joven haya avanzado lo suficiente para justificar un cambio en la pena juvenil;
- (b) sobre la base de que las circunstancias que llevaron a la pena juvenil han cambiado sustancialmente; (c) sobre la base de que están disponibles nuevos servicios o programas que no estaban disponibles en el momento de la sentencia juvenil;
- (d) sobre la base de que las posibilidades de rehabilitación son ahora mayores en la comunidad, o
- (e) cualquier otro motivo que el tribunal de justicia juvenil considere apropiado”<sup>23</sup>.

Antes de decidir, el tribunal debe pedir al director provincial de justicia juvenil un completo informe sobre el progreso del joven desde que comenzó la condena (art. 94 subsección 9). Asimismo, se le debe notificar a los padres de esta revisión y del derecho a asistencia jurídica (subsección 15).

El tribunal puede mantener la sanción (subsección 19 a), sustituirla por una sanción en libertad bajo supervisión condicionada (subsección 19 b), en el caso de delitos de homicidio en primer y segundo grado, y si el director provincial de justicia juvenil lo recomienda (subsección 19 c), sustituir la pena juvenil del párrafo 42(2)(r) (internamiento para rehabilitación intensiva y orden de supervisión), a una pena juvenil del párrafo 42(2) (q) (internamiento por un máximo de 6 años –7 si fue asesinato en primer grado– seguidos de libertad bajo supervisión condicional, por el período que reste para sumar, en conjunto, un tope de 10 años) si el delito fue asesinato, o a una pena juvenil bajo el párrafo

<sup>20</sup> <http://www.yjb.gov.uk/en-gb/practitioners/Assessment/Asset.htm> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

<sup>21</sup> [http://www.canadiancrc.com>Youth\\_Criminal\\_Justice\\_Act\\_Canada.aspx](http://www.canadiancrc.com>Youth_Criminal_Justice_Act_Canada.aspx) [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

<sup>22</sup> PICARD *et al* (2011).

<sup>23</sup> En [http://www.canadiancrc.com>Youth\\_Criminal\\_Justice\\_Act\\_Canada.aspx](http://www.canadiancrc.com>Youth_Criminal_Justice_Act_Canada.aspx) [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

42(2)(n) o (o), si el delito fue otro distinto al asesinato (internamiento seguido de libertad bajo supervisión, sin plazo de duración máxima).

La recomendación del director provincial debe considerar, por igual, las necesidades del joven condenado y los intereses de la sociedad (artículo 96.1).

Es decir, el sistema canadiense contempla, al igual que el inglés, incluso para los casos en que el bien jurídico comprometido es la vida, un sistema de revisión de la sanción juvenil, en audiencia, con derecho a defensa, con información sobre el desarrollo de la sanción y, en caso de ser favorable, con el cambio a una pena menos gravosa.

## 2.7. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

El problema clásico para hablar de la justicia juvenil en EE.UU. radica en su heterogeneidad. Cincuenta estados son, en rigor, cincuenta países distintos, con sistemas muy disímiles, y con pocas normas básicas comunes a todo el sistema federal, contenidas, gruesamente, en las sentencias de la Corte Suprema de los EE.UU. y en las Reglas Federales de Procedimiento Penal.

Lo que se predica de la justicia juvenil norteamericana adolece, así, muchas veces, de lo descrito en el teorema de Lofty Zadeh: “A medida que los sistemas se hacen más complejos, la posibilidad de hacer sobre este sistema afirmaciones que sean simultáneamente precisas y significativas disminuye”.

Pero vamos a señalar, de esas mínimas bases federales compartidas, un elemento pertinente para nuestro análisis a partir de un reciente caso.

En *Pepper v. United States* (No. 09-6822)<sup>24</sup>, caso fallado recientemente el 2 de marzo del 2011, se debatía si un juez de distrito federal puede considerar la rehabilitación del acusado, ocurrida con posterioridad a la sentencia, como un factor de apoyo admisible en una disminución de la pena establecida previamente. Asimismo, se debatía si un nuevo juez asignado a resentenciar a un condenado, debía, según la “doctrina de la ley del caso”, atenerse –o podía revisar– las conclusiones del fallo (“sentencing findings”) no discutidas por la Corte de Apelaciones.

El marco normativo de este debate está dado, además de los abundantes precedentes enunciados por el requirente<sup>25</sup>, por 18 U.S.C. párrafo 3553<sup>26</sup> (el “artículo 18 del Código de los Estados Unidos” es una traducción literal aunque algo imprecisa), que regula la imposición de una sentencia.

La Corte, en opinión entregada por la Jueza Sotomayor, sostuvo que “cuando la sentencia de un acusado ha sido anulada en apelación, un tribunal de distrito en nueva sentencia puede considerar evidencia de la rehabilitación, posterior a la condena, del acusado y, en casos apropiados, podrá, con base en esa evidencia, sostener una rebaja de en las ahora recomendadas orientaciones de sentenciamiento”.

<sup>24</sup> <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-6822.pdf> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

<sup>25</sup> [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced\\_preview\\_briefs\\_pdfs\\_09\\_10\\_09\\_6822\\_PetitionerJasonPepper.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced_preview_briefs_pdfs_09_10_09_6822_PetitionerJasonPepper.authcheckdam.pdf) [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

<sup>26</sup> [http://www.law.cornell.edu/uscode/718/usc\\_sec\\_18\\_00003553---000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/718/usc_sec_18_00003553---000-.html) [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

Y, pertinente a nuestro estudio, añade: “Consistente con el principio de que “el castigo debe ajustarse al delincuente y no solo dirigirse al delito” (*Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 247), este Tribunal ha observado una política constante y uniforme en virtud del cual un juez sentenciador puede ejercer una amplia discrecionalidad en las fuentes y tipos de pruebas utilizadas para ayudarlo en la determinación del tipo y duración del castigo que se impondrá dentro de los límites fijados por la ley” (id., en 246), en especial, lo relativo a “la información más completa posible sobre la vida del acusado y sus características” (id., en el 247). Enfatiza así, que la rehabilitación postcondena puede ser usada para la modificación de la sentencia original.

Por otro lado, en diversos estados existe el sistema de *juvenile parole, o juvenile probation* adaptado del sistema adulto, muchas veces en su interior, y que equivale, en nuestro lenguaje institucional, a la sustitución condicional de la pena de internamiento por una libertad asistida. Un reciente trabajo de MULVEY (2011) sostiene que “en el período después de salir del centro privativo de libertad, la supervisión con base comunitaria, es efectiva para jóvenes que han cometido delitos graves”.

#### 4. LA SUSTITUCIÓN EN LA LEY NRO. 20.084

Los artículos 53 y 54 de la Ley N° 20.084 regulan la sustitución de la condena. De este modo, el artículo 53 regula, en general, la figura de sustitución para luego el artículo 54 disponer las circunstancias en que se otorga bajo condición y las consecuencias, en tal caso, del incumplimiento. Al entender que el art. 54 es una modalidad, y una en que el fiscal gana algo (mayor certeza en caso de incumplimiento), no comparto la posición de quienes, en capacitaciones<sup>27</sup>, han estimado que el tribunal debería abrir debate, en primer lugar, sobre la concesión del beneficio de la sustitución y, posterior a decisión afirmativa, discutir la modalidad de la sustitución: si pura o simple (art. 53) o condicionada (art. 54).

Dice el artículo 53: “El tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento”.

Vamos a revisar, con relación a los aspectos de procedimiento, los intervenientes, los presupuestos normativos y el debate en la audiencia de sustitución.

##### 4.1. INTERVINIENTES

###### 4.1.1. *El tribunal de control de ejecución*

El artículo 53 dice, en primer lugar, que el primer actor que puede dar inicio al procedimiento de sustitución es el “tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta ley”, es decir, el juez de control de ejecución.

<sup>27</sup> Me refiero al programa de capacitación interinstitucional desarrollado antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084 bajo la coordinación del Ministerio de Justicia.

Ha existido algún debate sobre quién es este tribunal<sup>28</sup>. El tenor del artículo 50 resulta claro para quien conoce del funcionamiento programático, efectivo, de las sanciones. Cuando la ley dice “juez de garantía del lugar donde esta deba cumplirse” se refiere, por cierto, al domicilio del condenado. Esto, que parece evidente cuando estamos ante una sanción privativa de libertad, es también claro en las sanciones en medio libre. Ya se trate de servicios en beneficio de la comunidad, o de libertad asistida –en cualquiera de sus modalidades–, siempre el desarrollo central de la intervención está puesto en el adolescente, por ende, en el ambiente en que él se desenvuelve. Ahí es dónde necesitamos reinsertarle<sup>29</sup>.

El juez de control es, así, el primer llamado a iniciar este procedimiento.

Tres son las principales situaciones en que esto se puede producir<sup>30</sup>:

a. Por mandato del artículo 18 del Código Penal y aplicación de ley más favorable<sup>31</sup>.

Esta situación fue de gran ocurrencia el primer año de funcionamiento de la ley y si bien ha tendido a desaparecer, la cifra de condenados por delitos cuando eran menores de edad, que cumplen sentencia y que no fueron atendidos por la Defensoría Penal Pública hace posible imaginar escenarios en que se reactivara este tipo de audiencias.

Como bien apuntan Náquira *et al.* (2008), la “doctrina nacional es de la opinión de solo hacer efectiva la modificación que produce la ley más favorable cuando la sentencia a modificar esté produciendo algún efecto práctico”<sup>32</sup>.

b. Con ocasión de las visitas a centros privativos: No es infrecuente que una de las cuestiones que los jóvenes le plantean a los jueces sea la posibilidad de revisar la pena. Pero hay ocasiones en que la visita es la oportunidad del tribunal de enterarse de los procesos de intervención y, con base en este conocimiento, el juez podría considerar convocar a debatir sobre la procedencia o no de una modificación de la pena.

c. A propósito de los informes de cumplimiento: Un cierto malentendido acerca del principio de pasividad del tribunal explica que no sean muchos los jueces que establecen, al aprobar el plan de intervención, una periodicidad para recibir informes de cumplimiento.

El Reglamento de la Ley N° 20.084, regula plazos de reportes, en subsidio de la decisión judicial. Así, el artículo 31 refiriéndose a los programas de tratamiento del consumo problemático de drogas<sup>33</sup>, dispone en el numeral 7, que en subsidio de la decisión de

<sup>28</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA (2008).

<sup>29</sup> En extenso sobre este punto, ESTRADA (2010).

<sup>30</sup> Una cuarta vía, de carácter más excepcional, será analizada al comentar los problemas de concurso de penas.

<sup>31</sup> COUSO (2007).

<sup>32</sup> NÁQUIRA (2008) p. 12.

<sup>33</sup> Programas que son ejecutados por actores privados o públicos, como parte de un convenio interagencias entre CONOCHE, FONASA, MINSAL y SENAME, y bajo la regulación de la Norma Técnica N° 85, Res. Exenta N° 391 de abril 2006, del Ministerio de Salud.

periodicidad del tribunal “El equipo clínico tratante deberá emitir informes al juez (...), bimensualmente desde el ingreso del joven”. Luego, el art. 45, al regular el plan de intervención en la sanción de libertad asistida, establece también una periodicidad en subsidio, mensual desde la aprobación del plan de intervención. A su turno, el artículo 123, dentro del párrafo destinado a las sanciones privativas de libertad, coherentemente reitera la obligación de periodicidad mensual.

Los informes son estupendas oportunidades para interiorizarse del funcionamiento del programa, del proceso de intervención y del grado de avance o retroceso de este. Una desterrable práctica la constituye no leerlos y simplemente proveer “a sus autos”.

Sirva como referencia para sustentar esta posición que no ve como algo de la esencia del tribunal penal juvenil su pasividad, la buena práctica, ya internacionalmente reconocida de los tribunales de tratamiento de drogas. Así lo apunta Doppelmann (2007) cuando hace notar que: “La comunicación entre el juez y el imputado es uno de los aspectos más relevantes para la resolución de conflictos. La interacción debe centrarse en la conducta antisocial y no en el sujeto, generando un reproche al acto, que permita al imputado asumir que su actuar es el inadecuado y que puede provocar cambios en su estilo de vida”.

COSTA DE SARAIVA (2007) lo decía así: “ante la existencia de un nuevo derecho –y para su aplicación– debe existir un nuevo juez”<sup>34</sup>.

Que haya sido el tribunal el convocante, en nada debe obstar a la posibilidad de contradicción, por lo que se deben tomar los resguardos de apertura de información y de suficiente tiempo para preparar el debate por parte de los intervenientes. Es decir, que se pueda iniciar de oficio este procedimiento no significa en cualquier momento. Una buena práctica la constituye el enviar, junto con la notificación de citación de audiencia, los informes o material que hayan motivado al tribunal a llamar la audiencia.

#### *4.1.2. El adolescente*

Hace bien el legislador al contemplar como segundo posible solicitante de la sustitución, al mismo adolescente. Por otra parte, esta norma, además de ser coherente con el propósito responsabilizador que anima al cuerpo legal, se inscribe dentro del derecho a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, según lo ha entendido el propio Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas tanto en su Observación General N° 10 sobre Los derechos del niño en la justicia juvenil<sup>35</sup>, como en la Observación General N° 12 sobre El derecho del niño a ser escuchado<sup>36</sup>.

Lamentablemente, carecemos de información acerca de la frecuencia con que los jóvenes hacen uso de este derecho. Una buena práctica a fin de facilitar el ejercicio de este derecho podrían ser formularios o algún sistema que agilice la comunicación de la solicitud al tribunal. Poco en este sentido se ha avanzado en los centros y programas de SENAME, lo que, evidentemente, dificulta su adecuada utilización.

<sup>34</sup> COSTA DE SARAIVA (2007) p. 44.

<sup>35</sup> <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf)> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

<sup>36</sup> <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc)> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

Por otro lado, deben evitarse las confusiones entre los requisitos y plazos del sistema de permisos que contempla el reglamento en los artículos 124 y ss., con el derecho a pedir la sustitución de la pena, como en ocasiones ha ocurrido entre algunos actores del sistema.

Por cierto, donde dice “adolescente” debe entenderse incluido el joven mayor de edad cumpliendo pena. El artículo 56 inciso 6 de la Ley N° 20.084 es claro al disponer que “en caso de ordenar el tribunal su traslado a un recinto penitenciario, las modalidades de ejecución de dicha condena deberán seguir siendo ejecutadas conforme a las prescripciones de esta ley”. Esto, que parece una obviedad, no resultó tener esa transparencia para la Corte de Temuco y para el fiscal del Ministerio Público de la zona que en dos oportunidades obligó a la misma Corte Suprema<sup>37</sup> a corregir, por la vía del amparo, una singular lectura. La razón en que fundó su insólita resolución (de solo 4 líneas) la Corte de Temuco fue que le pareció “claro” que el art. 53 no cubría a los mayores de 18 años que estaban en un recinto de Gendarmería como titulares de ese derecho, según planteó –equivocadamente– la peculiar tesis del fiscal de La Araucanía, mezclando las reglas del art. 56 sobre traslado de condenados mayores de 18 años y 6 meses.

El fiscal y la Corte de Temuco confundieron lugar de cumplimiento con tipo de sanción.

Dicen esto: Un mayor de 18 años 6 meses puede ir a sección juvenil de Gendarmería a cumplir su condena de internación en régimen cerrado. Si así ocurre pierde su derecho a pedir sustitución de pena. Ese razonamiento entraña los siguientes absurdos:

Un mayor de edad puede estar condenado a libertad asistida, ¿también entonces no puede sustituir la pena? ¿en virtud de qué norma en su caso?

Un mayor de 18 años, a quien al alcanzar su mayoría de edad le restan menos de 6 meses de condena a internación en régimen cerrado, va a permanecer siempre en un centro del SENAMÉ por expreso mandato del inciso 2º del art. 56. Entonces, ¿él tampoco podría pedir sustitución de pena? A mayor abundamiento, en ninguna de las 200 páginas de oficios e instructivos que sobre responsabilidad penal adolescente<sup>38</sup> existían, a la época del recurso, dictados por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, no encontré ninguna alusión a semejante argumento. Si el Fiscal Nacional hubiera sido de la idea del fiscal de La Araucanía habría instruido oponerse siempre a las sustituciones de mayores de edad en régimen cerrado. Nunca dio tal instrucción.

El artículo 56 tiene otro sentido: regula el traslado de ciertos mayores de edad a recintos de mayor seguridad como son los de Gendarmería, en determinadas hipótesis. Y lo hace, disponiendo expresamente que el cambio de lugar no significa un rebajamiento de los estándares normativos al disponer: “En caso de ordenar el tribunal su traslado a un recinto penitenciario, las modalidades de ejecución de dicha condena deberán seguir siendo ejecutadas conforme a las prescripciones de esta ley”. (inciso 6º del art. 56)

La Corte Suprema, con una redacción muy lúcida de parte del ministro Jaime Rodríguez, acogió el amparo interpuesto por la defensa contra la decisión de la Corte de Apelaciones.

<sup>37</sup> Sentencias de Corte Suprema, Rol N° 1809-09, de 26 de marzo de 2009 y Rol N° 2300-09, de 13 de abril de 2009.

<sup>38</sup> ESTRADA (2008b).

laciones de Temuco que negó lugar a la sustitución acertadamente decretada por el juez de control de ejecución, el juez de Nueva Imperial y, acogiendo el fundado alegato del defensor penal público Claudio Fierro, estimó: “Que el propósito perseguido por el legislador de la Ley N° 20.084 consistió en asegurar a jóvenes imputados por delitos una serie de garantías fundamentales de carácter material y procesal. Como se anticipó, esta ley no crea una suerte de texto penal de los adolescentes, salvo en asuntos muy acotados, lo que hace es construir un marco legal cuyo objeto es morigerar las sanciones generales, para luego proceder a efectuar una conversión de la naturaleza de la pena correspondiente a cada caso y, por último, velar por la ejecución en los términos más favorables para la integración social del infractor”. Y prosigue: “6.- Que el ámbito de aplicación de la Ley N° 20.084, según ordena su artículo 1º, se extiende a la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, al procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, a la determinación de las sanciones procedentes y, por último, a la forma de ejecución de estas. En consonancia con ello, el artículo 3º del aludido texto fija como destinatarios de sus disposiciones a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución al delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, quienes, para efectos de esa ley, se consideraran adolescentes.

7.- Que en tal entendimiento y como se evidencia de los fundamentos anteriores, la sentencia cuestionada ha vulnerado las normas argüidas por la defensa, en particular los artículos 1, 2, 3, 49, 53 y 54 de la ley, desconociendo los recurridos que el núcleo de esta nueva normativa es consagrar un régimen menos riguroso respecto de los adolescentes infractores, que abarca desde el día de comisión del delito o desde que se ha dado principio a su ejecución, hasta el total cumplimiento de la sanción, limitando con su decisión la plena aplicación de sus disposiciones a situaciones expresamente regladas en la ley, lo que importa desconocer que su establecimiento lo ha sido en miras del interés superior del niño y de su plena integración social.

8.- Que para el logro de tales fines socioeducativos y de reinserción que persigue la pena respecto de los adolescentes, el legislador permitió alterar el castigo impuesto en su fase ejecutiva si ello resulta más favorable para la integración social del infractor. Tal es la materia que en particular regulan los artículos 49 y 53 de la ley.

No es efectivo, como planteó en Ministerio Público en estrados, aplicar al caso de marras exclusivamente el artículo 56 de la legislación en estudio, muy por el contrario, tal precepto reconoce la plena aplicación de toda la normativa de la Ley N° 20.084 a los jóvenes que se encuentran en la hipótesis que ese artículo prevé, cuando dice “En caso que el imputado o condenado por una infracción a la ley penal fuere mayor de dieciocho años o los cumpliera durante la ejecución de cualquiera de las sanciones contempladas en esta ley o durante la tramitación del procedimiento, continuará sometido a las normas de esta ley hasta el término de este”. De ello se sigue que esta nueva normativa siempre es aplicable al infractor adolescente, hasta la total ejecución de la sentencia, aun cuando a esa data ya haya alcanzado la mayoría de edad”.

Hemos citado largamente este fallo por ser el pronunciamiento más extenso y profundo que el máximo tribunal ha realizado en torno al instituto de la sustitución. Se observa claramente una lectura que integra el fin resocializador como eje hermenéutico.

#### *4.1.3. El defensor*

El tercer posible solicitante, según el artículo 53, es el defensor del joven. Lo hace generalmente a instancia del joven o del SENAME.

#### *4.1.4. SENAME y otros actores*

No aparecen mencionados en el artículo 53, pero, en opinión de varios defensores, es justamente a petición de los equipos de SENAME y sus colaboradores, que los defensores dan curso a la solicitud de sustitución. La ley no alcanzó a imaginar en toda su magnitud la operatoria del nuevo sistema y quedó corta al conceptualizar a los intervenientes. Los problemas de incoherencia sistémica del circuito penal juvenil agravan esta situación. Muchos entienden bajo la etiqueta “SENAME” a un conjunto de actores que a veces poco tiene que ver con este servicio público. Para empezar, ni la escuela al interior de los centros, ni el programa de tratamiento de drogas son ejecutados o financiados o supervisados por el SENAME, sino por particulares, unos en convenio con el Ministerio de Educación, los otros, en convenio con CONACE. Tampoco respecto de los programas que sí son financiados y supervisados por SENAME, como los de reescolarización y los de medio libre<sup>39</sup> resulta correcto equipararlos sin más a SENAME. Pueden tener –y suelen tener– lógicas distintas, indicadores de logro diferentes, instrumentos de evaluación disímiles, y, en el caso en concreto, pueden discrepar del juicio técnico de SENAME, o viceversa. La complementariedad en la intervención es aun un horizonte lejano. Unos pueden considerar oportuna la sustitución, y otro, no. Si el tribunal y los demás actores no se dan cuenta de esto, empobrecen la información con que se tomará la decisión.

#### *4.1.5. El rol de los intervenientes*

Si bien el modelo acusatorio se justifica sobre la idea de que del debate en condiciones de igualdad entre dos partes ante un tercero imparcial, surgirá una verdad de calidad que le permitirá al tercero una decisión también de calidad, eso no es necesariamente correcto en la fase de ejecución. El artículo 20 que establece los fines del sistema penal juvenil, es ley que obliga a todos los intervenientes, no solo al defensor o a SENAME. También el fiscal debe tener, por imperativo legal, no por política del fiscal de turno, como objetivo la responsabilización y la reinserción social. Por ende, ante una solicitud de sustitución, no necesariamente, desde su rol, ambas partes colisionarán. Puede ocurrir, es dable que muchas veces ocurra, que coincidan en la pretensión. Pero además de este consenso. La mayoría de las veces no son ellos los que aportarán argumentos para la decisión sino que serán los llamados actores técnicos, que hemos descrito en el párrafo anterior, los que proporcionarán información de calidad para la decisión del tribunal. Y estos actores no están, *per se*, alineados con ninguna de las tradicionales “partes”. Por decirlo de un modo figurativo, no debieran sentarse ni con el fiscal ni con el defensor sino ante una mesa diferente. Frente al rígido modelo adversarial, en fase de ejecución creo que es bueno empezar a pensar en un modelo que, a falta de una mejor imagen, lo denomino de “junta médica”

---

<sup>39</sup> Programa de salidas alternativas, de libertad asistida y de libertad asistida especial.

y que permita otra aproximación a otro modo de resolver y producir información<sup>40</sup>. Distintos actores, igualmente sentados en torno a una mesa, la que es presidida por quien tomará, en definitiva, la decisión. Es preciso, por cierto, resolver cuestiones que permitan despejar resabios paternalistas, que despojen al joven y su familia, de un lugar en este escenario. Pero no estaría de más reconocer la necesaria multiplicidad de eventuales actores a los que hay que escuchar al tomar una decisión que evalúe el grado de cumplimiento de una pena en el sistema penal juvenil.

#### 4.2. PRESUPUESTOS NORMATIVOS

- i. “se hubiere iniciado su cumplimiento”
- ii. “parezca más favorable para la integración social del infractor”

El primer presupuesto implica que no hay un plazo mínimo, a diferencia de lo que, como vimos, ocurre en alguna experiencia comparada. Durante la discusión legislativa, la Cámara de Diputados aprobó un texto<sup>41</sup> que contemplaba dos situaciones. Una, que requería un tercio del tiempo fijado para la condena. Decía el entonces artículo 77, que procedía esta figura cuando “se hubiere dado cumplimiento, al menos, a un tercio de su duración o cumplimiento”. Otro, solo aplicable cuando se condenaba al tiempo mínimo de privación de libertad (1 año para 14-15; 2 años para 16-17) y que no requería tiempo mínimo de cumplimiento: “en el caso en que se haya establecido la pena mínima de 1 año para los jóvenes entre 14 y 16 años y de 2 años para aquellos entre 16 y 18 años, y durante la vigencia de la sanción existan antecedentes de buen comportamiento y reinserción del joven, evaluados por el juez de control de la ejecución, podrá sustituirse la pena privativa de libertad por libertad asistida o arresto de fin de semana por el tiempo de condena que quedare por cumplir”. [BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s/a)]

Y además, se disponía que la internación en régimen cerrado no podría sustituirse por una sanción no privativa de libertad, salvo la libertad asistida (inciso final). Como señaló el diputado Cerón durante el debate en sala en la Cámara Baja<sup>42</sup>: “La iniciativa se preocupa de que los menores sancionados puedan tener una rehabilitación más rápida, para lo cual se plantea la sustitución de las condenas aplicadas. En la medida en que estas condenas puedan ser modificadas, se podrán aplicar otras más adecuadas para la rehabilitación del menor. Es decir, el proyecto se pone en todos los escenarios a fin de aplicar las medidas que sean procedentes”.

Fue el Senado el que eliminó ese requisito y con ello abrió espacio a una pregunta que se repite en diversos foros: “¿es posible pedir la sustitución después de 1 día de iniciando el cumplimiento?” Mi respuesta siempre es la misma: Claro que puede pedirse, pero no veo cómo puede fundarse un proceso de reinserción en ese plazo. Lo que está en juego en ese planteamiento es la razonabilidad de la decisión judicial. No veo cómo pudiere argumentarse que transcurridos un día, una semana, incluso un mes, se haya avanzado sig-

<sup>40</sup> Algo de eso también plantea DUCE (2010).

<sup>41</sup> <http://es.scribd.com/doc/59074082/3021-07-Proyecto-RPJ-Aprobado-Por-Cmara> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

<sup>42</sup> <http://www.scribd.com/doc/59074230/Debate-en-Sala-Cmara-RPJ-230604> [fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

nificativamente en la integración social de un sujeto. El proceso que se quiere incentivar a través de este singular instituto, no es mágico ni esotérico.

La exigencia de fundar significa dar las razones de por qué es o no es, favorable para la reinserción. No solo decir “no ha lugar” o “se concede”.

En cuanto al segundo requisito, hay varias cuestiones interesantes de abordar.

En primer lugar, el elemento que debe ordenar el debate de la audiencia es el plan de intervención. El plan es la hoja de ruta y ha debido ser objeto de aprobación jurisdiccional. Esa aprobación tiene por objeto, junto con aumentar los controles sobre el aparato punitivo<sup>43</sup>, fijar con claridad para todos los intervenientes, cuál va ser la individualización de la pena. El plan opera como puente entre la determinación judicial de la pena y la ejecución de la pena. Está orientado a llenar de contenido la sanción. En esta tarea debe estar siempre sometido al principio de legalidad. Como hemos sostenido en otro lugar (Estrada 2010), al construir una propuesta de principios orientadores de la ejecución, nos resulta pertinente la distinción de Ferrajoli (2008) entre estricta y mera legalidad. El plan debe cumplir con la estricta legalidad.

En el debate en la Cámara de Diputados al Sr. Luksic le llamó la atención que no se utilizase el concepto penitenciario clásico de “buena conducta” sino este, algo extraño de “más favorable para la reinserción”. En ese momento, el memorable diputado Juan Bustos tomó la palabra para expresar con claridad y erudición “que debía atenderse a la finalidad buscada por el sistema cual es la inserción social y que para estos efectos, la observación de buena conducta no constituía un indicador satisfactorio porque bien podía ser una demostración de adaptación a la privación de libertad”<sup>44</sup>.

En efecto, lo que al legislador juvenil le importa es un proceso serio de reinserción no la mascarada de una buena conducta. Por lo mismo, no debiera ser, *per se*, obstáculo para la concesión de la sustitución la existencia de sanciones disciplinarias en el expediente de ejecución del joven internado. Una institución total como Gofmann y la criminología penitenciaria han demostrado, genera severos trastornos de comportamiento, en nada sintomáticos de una patología sino la expresión sana de un sujeto de desarrollo normal en un medio anormal. Habrá que sopesar con mucho cuidado el contexto de cada falta de modo de no solo no incurrir en infracción al *non bis in idem*, sino en sopesar cuidadosamente el proceso de reinserción llevado acabo por el joven.

Por otro lado, muy propio de los procesos de reinserción y rehabilitación, es el concepto de “recaída”. Con este se quiere significar que no se puede esperar que desde el primer día de intervención el joven va a cambiar su patrón de comportamiento y dejar de consumir droga o de robar o de tener conductas agresivas con sus pares. Evidentemente, se requiere un tiempo de desarrollo del proceso para poder “exigirle” al programa algún resultado. En medio de ese proceso, hay avances y existen también retrocesos. Hay quienes

---

<sup>43</sup> Controles de los que también forman parte las comisiones interinstitucionales de supervisión de centros (CISC) reguladas en el Reglamento de la Ley N° 20.084, las visitas del juez, y las supervisiones que el Servicio Nacional de Menores desarrolla internamente.

<sup>44</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s/a) p. 174.

se escandalizan con estas recaídas y exigen expedientes de ejecución de impoluta blancura que nadie en esas condiciones podría ofrecer.

Proceso de reinserción no es lo mismo que buena conducta. Náquira *et al.* (2008), sostienen que el principio de reinserción social, “exige que el sistema penal propenda a la reintegración del condenado a la sociedad o, al menos, evitar perturbaciones accesorias de su desarrollo personal y en su capacidad de reinserción a la convivencia pacífica en sociedad. No ha de entenderse por esto la manipulación del condenado, se debe respetar su individualidad evitando su segregación”<sup>45</sup>. En un entorno violento como es un recinto privativo de libertad determinadas conductas son indicadores de “sanidad”: así, cierto nivel de desajustes pueden ser esperables en un sujeto que no se adapte al encierro y la prisión. Pueden, y deben, valorarse comportamientos ocurridos durante la ejecución de la pena. Lo que resulta inadmisible es que fiscalía pretenda usar el ejercicio del principio de oportunidad como demostrativo de algo; o que invoque sanciones disciplinarias que fueron revocadas al acogerse la apelación como ocurrió en la reciente apelación de una sustitución<sup>46</sup>.

Una última cuestión reside en la frase “más favorable”. Con ella se quiere señalar que el proceso aún no está completado; terminado. Hay una ruta de avances, pero hay todavía numerosas tareas pendientes. En el caso de los jóvenes en internamiento en régimen cerrado, es común que rebosen propósitos de cambio, de “nunca más”, pero todos sabemos que la prueba de fuego vendrá cuando estén de vuelta en las calles de sus poblaciones. No resulta razonable imputar el saldo al haber. Si algo queda por hacer, eso no puede ser impedimento para proceder a la sustitución.

### 3.3. DEBATE EN LA AUDIENCIA DE SUSTITUCIÓN

¿Sobre qué debe versar el debate? ¿Quién debe probar? Varias son las inquietudes que los actores del sistema suelen expresar en cursos y seminarios.

Lo primero es que la audiencia requiere presencia del condenado. Como bien afirmó la Corte de Concepción, en fallo de redacción del ministro Panés<sup>47</sup>, a propósito de un caso de quebrantamiento pero plenamente analogable, “acorde a una interpretación conforme a la norma de rango superior anotada, el citado artículo 52 debe ser aplicado entendiendo que la previa audiencia de que trata, debe contar necesariamente con la presencia del adolescente infractor”. Deriva la Corte esta lectura del derecho a ser oído consagrado en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño.

Lo segundo es identificar a todos los actores presentes que puedan aportar antecedentes. Muchas veces el educador que ha pasado todos los días durante meses con el joven permanece en el fondo de la sala y nadie le pregunta nada.

En tercer lugar, está la cuestión de cómo se introduce la información. La práctica ha ido permitiendo que se opere en base a informes escritos. Cuanto mucho, se pide que vaya alguien de la institución donde cumple la pena, aun cuando muchas veces no se contro-

<sup>45</sup> NÁQUIRA (2008) p. 26.

<sup>46</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 409-2011, 11 de abril de 2011.

<sup>47</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 89-2008, 30 de agosto del 2008.

la que sea efectivamente quién firmó el informe. Yo no comparto esa práctica. Creo que las reglas generales de introducción de evidencia son plenamente aplicables y que deben comparecer personalmente quienes firman los informes, que debe sopesarse su idoneidad, que debe ser posible, en caso de ser necesario, el contraexamen, lo que obliga a la apertura oportuna de la información que se va a presentar, a través de enviar copia a todos los actores anticipadamente de los informes.

Se resuelve la solicitud en audiencia, en presencia del condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción.

El juez examina antecedentes, oye a los presentes y resuelve.

Pueden asistir los padres del adolescente o las personas que legalmente hubieren ejercido la tuición antes de su privación de libertad, y la víctima o su representante. La inasistencia de estos no es nunca obstáculo para el desarrollo de la audiencia.

Otro tema: Si Fiscalía llega con una posición (aceptar) y de los antecedentes del debate se convence que no es lo más idóneo, ¿puede cambiar su solicitud o posición? Por ejemplo, si el defensor culpa al programa de Libertad Asistida, que es un desastre, y ofrece datos desconocidos para fiscalía. Creo que es perfectamente posible que se cambie de parecer durante el curso de la audiencia por cualquiera de los intervenientes.

En caso de acceder, el tribunal, en atención a dar cabal cumplimiento a lo ordenado en el artículo 468 del CPP cuando dice: “Cuando la sentencia se hallare firme, el tribunal decretará una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requirieren para dar total cumplimiento al fallo” dictará las órdenes a las instituciones para que se produzca al traspaso de carpetas y de toda la información del proceso de intervención, y tendrá especial cuidado en caso de existir una sanción accesoria de tratamiento de drogas, que dicho programa efectúe el traspaso del caso al programa pertinente según territorio.

La hoja de ruta del debate, como ya dijimos, es el plan de intervención, ese es el *quantum* del proceso, ahí debió quedar plasmado cómo se iba a concretar el proceso de reinserción. Este proceso es el marco del debate, no otras consideraciones. Se equivoca en esto –aunque acierta en muchas otras cosas– el fallo de la Corte de Copiapó<sup>48</sup> que dice: “la sustitución de pena que consagra la ley, no puede, sino, efectuarse considerando un análisis global e integrado de la necesidad de reinserción social, con la totalidad de principios, fines y criterios que, en el caso concreto, justificaron la imposición de la pena”.

La voluntad del legislador es clara e inequívoca. No exige aquello que dice la Corte. Es más, la Cámara de Diputados aprobó una norma que exigía un tiempo mínimo y el senado desecharon esa fórmula. En nuestro sistema, como en otros sistemas penales según vimos previamente, no solo juveniles, el juez de ejecución puede modificar la sentencia impuesta en juicio, por explícito mandato legal. Ya agravando el rigor penal, a través del instituto del quebrantamiento, ya por el traslado del interno a la esfera de acción de Gendarmería; ya morigerando el rigor, a través del instituto de la sustitución; ya poniendo término en forma anticipada en el instituto de la remisión.

<sup>48</sup> Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 71-2009, de 13 de abril del 2008, redacción del ministro Franulic.

Pero el mismo fallo prosigue: “la circunstancias que el condenado haya cumplido con el programa y no presente problemas disciplinarios no constituye elemento que permita y menos justifique la sustitución de la condena”. El fallo en este punto mezcla dos cuestiones distintas. Lo primero, seguir el programa es esencial. Por eso existe la aprobación judicial del plan, y la obligación de los centros y programas de enviar informes periódicos al tribunal. El plan de intervención es la hoja de ruta. Si el que se aprobó es deficiente en fijar criterios o indicadores de evaluación, pues el tribunal es corresponsable de ese problema. Pueden, por cierto, apreciarse otras cuestiones, pero siempre lo central será el plan. Lo segundo, lo de “hacer conducta” es correcta la perspectiva del tribunal que, como hemos dicho, compartimos ampliamente.

Acierta en cambio el mismo fallo al sostener que el proceso debe estar “plenamente justificado, necesariamente por medio de antecedentes posteriores que lo acrediten, particularmente de un cambio efectivo de los patrones de conducta del condenado”. Aquí, la Corte correctamente establece un estándar de escrutinio. ¿Se ha producido un cambio, o no?: “ni la resolución impugnada ni el informe en que la misma se sostiene, siquiera ensayan si ha operado en el condenado un cambio objetivo, concreto y sustentado en antecedentes e informes técnicos, de los patrones de conducta que lo llevaron a cometer el asesinato por el cual fue condenado”. La Corte no ha recibido información suficiente del avance del proceso de reinserción, se cierra el debate.

#### 4.4. PONDERACIÓN DE CASOS DIFÍCILES

En ciertos casos difíciles, puede surgir una tensión, un conflicto, entre el principio de responsabilización, expresado en la sentencia impuesta y el de resocialización, expresado en la facultad modificatoria del tribunal. Pienso en el sustrato de la argumentación de la Corte de Copiapó en el fallo ya comentado del 2009. En tales casos, creo que recurrir a la herramienta de la ponderación, al modo que plantea Prieto Sanchís, con base en Alexy, puede ser de utilidad para resolver esa tensión. Como señala Prieto Sanchís, son requisitos de la ponderación que se presenten “razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión” y que entre estas normas en conflicto exista una *igualdad*, “dado que si no fuera así, si existiere un orden jerárquico que se pudiera deducir del propio documento normativo, la antinomia podría resolverse de acuerdo con el criterio jerárquico”. Cillero explica con su acostumbrada claridad cómo puede utilizarse la herramienta de la ponderación para fines de determinación de pena. Yo creo que es posible, que ese instrumento hermenéutico sea de utilidad en fase ejecución. Dice Cillero (2009): “El resultado de la ponderación no es siempre el equilibrio entre los criterios en conflicto, es decir una solución que mire a la optimización a través de un sacrificio parcial o compartido, sino que cuando esto no es posible “la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de aquellos en el caso concreto”<sup>49</sup>. En este sentido, el juicio de ponderación “conduce a una exigencia de pro-

<sup>49</sup> CILLERO (2009) p. 189.

porcionalidad que implica establecer un orden de preferencia en el caso concreto”, que, sin embargo, preserva en el plano abstracto a ambos principios<sup>50</sup>.

Lo que deberá sopesar por un lado será el tema de la responsabilización, por otro, el avance del proceso de reinserción. Para eso, las pautas de Alexy serán de inestimable ayuda.

## 5. CONCLUSIÓN

A la base de las preocupaciones por la mejora del funcionamiento de la sustitución están, por cierto, los derechos de los jóvenes. Pero, considero de muy alta relevancia fundar estas preocupaciones en una eficiente contribución a incrementar la seguridad en la ciudad, a través de programas eficientes de reinserción de aquellos que han infringido la ley.

Intervenciones basadas en la evidencia, que construyan indicadores de logro que nos permita evaluar si hay avances o no, que dicha información sea del dominio público, son todas características de las mejores prácticas contemporáneas. El derecho de ejecución penal juvenil debe estar al servicio de esas innovaciones. Un camino a la mano para ir por esa ruta es avanzar en la especialización. Ya lo han planteado Santibáñez y Alarcón (2009), cuya postura comarto, cuando sostienen que esta especialización “debería ser exclusiva y garantizar que solo los operadores especialistas conozcan de esta clase de infracciones desde la primera audiencia” La sala especializada de San Bernardo, la sala especializada del 4º Juzgado de garantía de Santiago van indudablemente en esa dirección y deben ser fortalecidas.

Exigencias de este tipo vienen dadas por el imperativo de eficacia de una política criminal democrática. Binder (1997) plantea el punto al sostener que “eficacia no significa aumentar el contenido violento del poder punitivo, sino todo lo contrario. Eficacia significa tener la capacidad de contribuir al control de la criminalidad con el menor contenido de violencia posible”. En ese orden de consideraciones, el instituto de la sustitución, a la manera que aquí se ha planteado, despliega toda su relevancia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO, José Manuel (1999): “La ejecución penal” en *Reflexiones al nuevo Código Procesal Penal* (San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales, Editorial Colegio de Abogados, 2ª edición) 742 pp.
- BERRÍOS, Gonzalo y VIAL, Luis (2011): “3 años de funcionamiento de la ley de responsabilidad penal adolescente”, Unidad de Defensa penal Juvenil, de la Defensoría Penal Pública y UNICEF, Santiago.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s/a): *Historia legislativa de la Ley N° 20.084*.
- BINDER, Alberto (2007): “Tensiones político criminales en el proceso penal”, en *Jueces para la democracia*, N° 60, pp. 21-36. Disponible en <http://incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=256> [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011]

---

<sup>50</sup> CILLERO (2009) p. 191.

- BUSTOS, Juan (1992): “Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal del menor” en *Un derecho penal del menor* (Editorial Jurídica ConoSur, Santiago) p. 7.
- BUSTOS, Juan (2007): *Derecho penal del niño-adolescente. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente* (Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago).
- CABALLERO, Ana Isabel (2006): *Defenderse desde la cárcel* (Agencia de cooperación alemana GTZ, Santiago).
- CESANO, José Daniel (s/a): “Algunas cuestiones de derecho de ejecución penitenciaria”, Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_57.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_57.pdf) [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- CESANO, José Daniel (2007): “Hacia un sistema integral de protección jurídica de los derechos de los reclusos. Reflexiones a partir del ordenamiento jurídico argentino”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero-abril, vol. XL, Nº 118, pp. 27-69.
- CILLERO, Miguel (2009); “Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes. Consideraciones para la Aplicación del Criterio de Idoneidad de la sanción”, en *Informes en derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil I* (Defensoría Penal Pública, Santiago) pp. 137-171.
- CONGRESO JURÍDICO NACIONAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (2006): *Diez años de la Ley de Justicia Penal Juvenil* (16º, 7-10 Agosto 2006) (San José, C.R. Memoria,.1 ed. Colegio de Abogados de Costa Rica).
- COSTA DE SARAIVA, Joao Batista (2007): “El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia” en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Volumen 9, UNICEF, pp. 233-241.
- COUZO, Jaime (2007a): *Informe en Derecho sobre Aplicación de ley más favorable en responsabilidad penal adolescente* (Santiago) Disponible en <http://justiciapenaladolescente.blogspot.com/2010/03/couzo-informe-en-derecho-sobre.html> [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011]
- COUZO, Jaime (2009b): “La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084”, en *Informes en derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil I* (Defensoría Penal Pública, Santiago) pp. 47-83.
- DESROCHERS, REYES y OÑATE (2008): “Planificar, organizar, animar: el trompo en movimiento” en VIZCARRA y DIONNE (ed.): *El desafío de la intervención psicosocial en Chile. Aportes desde la psicoeducación* (RIL editores, Santiago) pp. 163-182.
- DROPPELMAN, Catalina (2007): “Justicia terapéutica: El juez como agente de cambio”. Basado en *Therapeutic Jurisprudence and Problem Solving Courts* de Bruce Winick (2003), Fundación Paz Ciudadana.
- DROPPELMAN, Catalina (2009): “Evaluación y manejo de casos con jóvenes infractores de ley en la experiencia comparada”, en *Serie Conceptos*, Fundación Paz Ciudadana, Nº 10.
- DUCE, Mauricio (2009): “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”, en *Revista Ius et Praxis*, 15 (1), pp. 73-120.

- DUCE, Mauricio (2010): “El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 5, Nº 10 (diciembre), pp. 280-340. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_10/Vol5N10A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf) [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- DURÁN, Douglas (2000): “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en MAURICIO GONZÁLEZ OVIEDO y CARLOS TIFFER SOTOMAYOR (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica* (San José, UNICEF).
- ESTRADA, Francisco (2008a): “La ejecución de sanciones en la justicia penal adolescente”, en *Revista El Observador*, Nº 2, Senname. Disponible en: [http://www.sename.cl/wse name/otros/observador2/obs2\\_119-141.pdf](http://www.sename.cl/wse name/otros/observador2/obs2_119-141.pdf) [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- ESTRADA, Francisco (2008b): *Compilado de Instructivos del Ministerio Público Chileno sobre Responsabilidad Penal Adolescente* (Inédito). Disponible en: <http://justiciapenaladolescente.blogspot.com/2009/01/compilado-de-instructivos-del.html> [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- ESTRADA, Francisco (2010): “*La ejecución de la sanción penal adolescente y el plan de intervención*”, Tesis de magíster en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- FISCALÍA ADJUNTA PENAL JUVENIL (2005): *Manual de Ejecución Penal Juvenil*. Redacción de Edgar Barquero y Mayra Campos (Ministerio Público de Costa Rica, San José, Costa Rica).
- FISCALÍA ADJUNTA PENAL JUVENIL (2006): *10 años de jurisprudencia penal juvenil en Costa Rica 1996-2006* (Ministerio Público de Costa Rica, Dirección de Mayra Campos, San José, Costa Rica).
- FERRAJOLI, Luigi (1998): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta, 3<sup>a</sup> Edición).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2007): “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su ‘teoría del delito’”, en *Revista de derecho*, Valdivia, vol. 20, Nº 2, pp.195-217. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809502007000200009&lng=es&nrm=iso&tlang=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502007000200009&lng=es&nrm=iso&tlang=es) [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- HERRERO, Alejandro (2001): “La ejecución de medidas. Actuación administrativa”, en *Aspectos jurídicos de la protección del menor* (Junta de Castilla y León).
- MAPELLI, Borja (1998): “Ejecución y proceso penal” en *Revista de Ciencias Penales*, Año 13, Nº 15, diciembre, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José de Costa Rica. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/revista15f.htm> [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2008): “*Diagnóstico del sistema de control de ejecución de sanciones bajo la Ley N° 20.084*”, Documento sin editar. Disponible en: <http://justiciapenaladolescente.blogspot.com/2009/02/informe-de-la-jornada-de-analisis-del.html> [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- MONTERO, Tomás (2001): “La ejecución de medidas de internamiento en la Ley Orgánica 5/2000”, en *Aspectos jurídicos de la protección del menor* (Junta de Castilla y León).

- MONTERO, Tomás (2010): “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 50.2 de la Ley 5/2000”, en *Diario La Ley*, N° 7471, 20 de septiembre del 2010, pp. 1-4.
- MULVEY, EDWARD (2011): *Highlights From Pathways to Desistance: A Longitudinal Study of Serious Adolescent Offenders* (Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice). Disponible en: <http://ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/230971.pdf> [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- NÁQUIRA, J., IZQUIERDO, C., VIAL, P. y VIDAL V., (2008): “Principios y penas en el derecho penal chileno”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, r2. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2008): “El rol del juez en la justicia penal de adolescentes”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Volumen 10, UNICEF, pp. 197-211.
- PICARD, C., LAFOREST, J., GOYETTE, M. y LAPORTE, C. (2011): “La aplicación de la justicia a adolescentes infractores en Quebec”, en *Seminario Internacional Experiencias en implementación de justicia juvenil*, organizado por la Universidad de La Frontera, Temuco-Pucón-Santiago, 28 de marzo al 5 de abril del 2011. Disponible en: [http://www.seminariojusticiajuvenil2011.cl/files/pres%20grupo%20quebec\\_canad%c3%a1l.pdf](http://www.seminariojusticiajuvenil2011.cl/files/pres%20grupo%20quebec_canad%c3%a1l.pdf) [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): “El Juicio de Ponderación”, contenido en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Ed. Trotta, Madrid) pp. 175-216
- RIESCO, María Luisa (2004): “Proposición de reforma para la inclusión del juez de ejecución de pena” en *Estado de derecho y reformas a la justicia* (Santiago).
- SANTIBÁÑEZ, María Elena y ALARCÓN, Claudia (2009): “Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de mejoramiento”, Temas de la Agenda Pública, Año 4, N° 27, junio, Pontificia Universidad Católica de Chile, 14 pp. Disponible en: <http://politicaspublicas.uc.cl/media/publicaciones/pdf/20100921131210.pdf> [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].
- TIFFER, Carlos (2004): *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada*, 2<sup>a</sup> edición (Editorial Jurítexto, San José, Costa Rica).
- TIFFER, Carlos; LLOBET, Javier y DÜNKEL, Frieder (2002): *Derecho Penal Juvenil* (ILANUD-DAAD, San José).
- WALTER, Joachim (2004): “Condiciones básicas de un régimen penitenciario moderno desde el punto de vista de un alcalde alemán” en *Estado de derecho y reformas a la justicia*, Heidelber Center para América Latina de la Universidad de Heidelberg, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, California Western School of Law, GTZ Agencia de Cooperación Alemana, Santiago.
- WERTH, F. (2005): *Sistemas de justicia juvenil: La experiencia comparada: Estados Unidos, Canadá y Reino Unido* (Fundación Paz Ciudadana, Santiago).

## INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/33, de 28 de noviembre de 1985. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia

juvenil (conocidas como Reglas de Beijing). Disponible en: [http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas\\_beijing.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm) [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/menores.htm> [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].