

NOTAS PARA UN ESTUDIO SOBRE LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL DE ADOLESCENTES: EL CASO DE LA LEY CHILENA

JAIME COUSO*

Nota introductoria

Estas notas, preparadas en el marco de un proyecto de investigación sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes¹, constituyen una primera exploración acerca de las diversas materias penal-sustantivas y procesal-penales en las que la cuestión de la especialidad merece ser planteada y analizada, con indicación básica de los criterios de especialidad sostenidos respecto de cada una de ellas en el derecho y la doctrina comparados, así como de las referencias bibliográficas y normativas más relevantes. El listado de materias, y el contenido de la especialidad en cada caso, serán precisamente objeto de desarrollo a lo largo de la investigación, y objeto de futuras publicaciones producidas en el marco de la misma.

Relevancia del problema

En Chile acaba de entrar en vigencia —el 8 de junio de 2007— la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (Ley N° 20.084, en adelante, LRPA). Ella se propone, como el Mensaje del Presidente de la República lo señala “reformular radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revisten carácter de crimen o simple delito cuando ellos sean cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal de adolescentes” (Mensaje del Proyecto de LRPA).

Con ello, según el propio Mensaje, se busca adecuar la normativa nacional aplicable en la materia a “los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República (CPR), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile”. Ese objetivo exige derogar tanto la legislación tutelar de menores aplicable a los menores de dieciséis y menores de dieciocho años declarados “sin discernimiento” como el sistema de responsabilidad penal atenuado aplicable a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años declarados “con discernimiento”,

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Diego Portales, Chile.

¹ “El principio de especialidad en el Derecho Penal y Procesal Penal de adolescentes. Análisis dogmático y jurisprudencial”, proyecto Fondecyt regular 2008, N° 1080644, Investigador responsable: Jaime Couso, Co-investigador: Mauricio Duce.

por considerarse que la primera (Ley de Menores) “en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, y el otro (el sistema penal atenuado, con discernimiento) “es un resabio de los códigos penales decimonónicos” que ha sido “abandonado por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo”, que han avanzado hacia legislaciones penales especiales que consideran “al adolescente como un sujeto de derecho que debe ser protegido en su desarrollo e inserción social y lograr objetivos de prevención del delito”.

En ese sentido la LRPA representa un cambio radical, como lo sostiene el Mensaje, tanto respecto de los sistemas de justicia de menores, como respecto de la simple aplicación —si bien atenuada— del sistema de responsabilidad penal de los mayores de edad a los menores declarados con discernimiento.

En comparación con la Ley de Menores, la LRPA es un sistema basado en la idea de “responsabilidad” del adolescente, que reconoce el carácter penal de las consecuencias que impone (sanciones penales de adolescentes), y que por ello “recepiona todas las garantías penales y procesales propias de los adultos”, que el sistema de tribunales de menores les negaba (Mensaje).

Pero, en comparación con la responsabilidad criminal del mayor de edad, la LRPA se basa en una “responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo”, lo que se traduce en sanciones diferentes a las de los adultos, preferentemente no privativas de libertad (que se considera “el último recurso”), menos severas que las de los adultos (“un criterio de intervención penal especial reducida o moderada”) y orientadas especialmente a fines socioeducativos —“fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas”— y de inserción social —“resguardando su desarrollo e integración social” (Mensaje, citando la CDN)—, así como en la introducción de “garantías (penales y procesales) específicas para los adolescentes”, que se organizan en torno de “un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento, y durante el control de ejecución de la sanción, que aseguren la capacidad e idoneidad de los operadores del sistema para hacerse cargo de las finalidades de esta Ley” (Mensaje).

Esas importantes diferencias a que el Mensaje hace referencia, y que distinguen la LRPA del sistema de responsabilidad criminal aplicable a los mayores de edad, configuran lo que puede denominarse el “principio de especialidad”, aludido por el Mensaje con la referencia al carácter “radical” de esta reforma que introduce, por primera vez en Chile, “un sistema de responsabilidad penal **especial** para adolescentes” (destacado nuestro), y por el propio nombre del Proyecto de Ley, que también se refiere a un “sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”, es decir, un sistema propio para los adolescentes, y no simplemente un conjunto de modificaciones puntuales al sistema penal, aplicables a los adolescentes.

La **especialidad** de la respuesta penal a los adolescentes es reflejo, según el propio Mensaje, de los especiales derechos reconocidos por la CDN a las personas menores de dieciocho años, fundamentalmente en los Arts. 37 y 40 de ese tratado internacional, a la que la propia LRPA, en su Artículo 2°, hizo especial referencia. Además, de acuerdo con la tesis de un importante sector doctrinario, se trata de derechos que adquieren rango constitucional en virtud de lo dispuesto por el Art. 5°, inciso segundo, de la CPR². Entre esos principios especiales de la CDN y de la LRPA se cuentan: el “interés superior del adolescente”, la privación de libertad como último recurso y por el tiempo más breve que proceda y la orientación especial de las sanciones y medidas a la inserción social del adolescente y a un efecto socioeducativo.

Ahora bien, y más concretamente, la regulación concreta de la LRPA, contempla, en efecto, una serie de diferencias con el sistema penal aplicable a los mayores de edad, que pretenden dar aplicación a los principios a que hace referencia el Mensaje. Con todo, la especialidad del sistema penal de adolescentes se ve reflejada fundamentalmente en el tipo de sanciones que puede imponerse a los adolescentes, así como en su forma de cumplimiento y de controlarse su ejecución, pero es menos clara —en el sentido de la “radicalidad de la reforma”— en relación con el procedimiento destinado a establecer su responsabilidad y a determinar la sanción (basado en gran medida en el Código Procesal Penal, salvo un puñado de reglas especiales establecidas en 10 artículos), así como en lo relativo a las propias reglas de determinación de la sanción (que, en buena medida reproduce las reglas del Código Penal, sin perjuicio de la introducción de un listado de criterios especiales para la selección de la sanción dentro del tramo penal al que se lleva por aplicación de aquellas reglas). Más aún, en lo que atañe a los presupuestos de la responsabilidad penal de adolescentes, esto es, los elementos que determinan la existencia de un injusto penal y la responsabilidad (culpabilidad) del autor, prácticamente no hay reglas especiales (salvo, acaso, la del Art. 4° de la LRPA, en relación con los delitos sexuales impropios, y las que se refieren a las faltas).

Lo anterior no quiere decir que la diferencia entre el Derecho penal y procesal penal de adolescentes y el Derecho penal y procesal penal aplicable a los mayores de edad en Chile, se reduzcan a lo establecido en las reglas explícitas contempladas por la LRPA. Tampoco ocurre ello así en otros sistemas de derecho penal de adolescentes, semejantes al chileno.

En realidad, la especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, más allá de esas reglas explícitas, deriva de la aplicación de principios jurídicos especiales, como los establecidos por la CDN, que protegen derechos de los adolescentes imputados o condenados, así como de principios jurídicos generales, establecidos a favor de todo

² De hecho, en un reciente fallo del Tribunal Constitucional (TC), es interesante notar que el requerimiento de inconstitucionalidad fundado en que cierta indicación parlamentaria a la LRPA habría infringido derechos de rango constitucional establecidos por la CDN, se rechazó, no porque esos derechos no tuviesen tal rango (el TC omitió referirse al punto), sino porque el contenido del derecho de la CDN supuestamente afectado (enunciado en el Art. 37), en realidad “no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del legislador” (Sentencia del TC, de fecha 13 de junio de 2007, considerando 28°), lo que implica reconocer que, de acuerdo con su rango, los derechos de la CDN sí deben ser respetados por el legislador, y podrían dar lugar a acoger un requerimiento de inconstitucionalidad si una prohibición establecida por ella fuese violada por una ley.

imputado o condenado, pero que aplicados a la especial situación en que se encuentra el adolescente frente al sistema penal, se traducen en criterios y estándares diferenciados para su juzgamiento o para la aplicación de determinadas garantías. De hecho, si el legislador ha establecido reglas diferenciadas explícitas, es precisamente en aplicación de esos principios especiales, o a causa de su reconocimiento de la especial situación del adolescente y de la relevancia que ello tiene para aplicar en forma diferenciada los principios generales. Un ejemplo de lo primero (principio especial) parece constituirlo el establecimiento de una regla especial para la aplicación del principio de oportunidad (en el Art. 35 de la LRPA) que, junto con admitir su aplicación para delitos más graves (en un grado) que los que lo permitirían en el caso de los mayores de edad, prescribe que los fiscales decidan su aplicación teniendo en cuenta especialmente “la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado”, regulación que es aplicación del principio del “interés superior del adolescente” (Art. 3° LRPA) y, eventualmente, del principio que promueve “la reintegración del niño en la sociedad” (Art. 40.1, LRPA); otro ejemplo lo constituye la regla según la cual la medida cautelar personal de internación provisoria sólo puede aplicarse cuando se trate de la imputación de un crimen (Art. 32 LRPA), que es aplicación del principio especial (del Art. 37, b CDN) conforme al cual para los menores de edad la privación de libertad “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Un ejemplo de lo segundo (principio general aplicado a una situación especial), puede apreciarse en la regla que establece una duración máxima para las penas privativas de libertad, de cinco años, para los adolescentes menores de 16 años de edad, y de diez años, para los adolescentes mayores de 16 años de edad, que parece aplicar a la diferente situación en que se encuentra el adolescente, por su menor madurez y competencia sociales, el principio general de culpabilidad, conforme al cual, la medida de la pena varía de acuerdo con la variación de la magnitud de culpabilidad, la que depende, a su vez, de la mayor o menor exigibilidad del comportamiento conforme a derecho, asociado a la diversa madurez que puede apreciarse en el adolescente, en comparación con el mayor de edad e, incluso, en los adolescentes más jóvenes, comparados con los menos jóvenes; otro ejemplo se encontraría en la regla que exige la presencia del defensor para que el adolescente pueda declarar, y que exige que la declaración sea siempre ante el fiscal (Art. 31 LRPA), que parece estar aplicando a la especial situación del adolescente el principio general del derecho a la defensa y del derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo, que para una persona menos madura y con menores competencias sociales y comprensión del sistema procesal, exigen un especial resguardo, prohibiendo implícitamente que pueda renunciar a su derecho a guardar silencio hasta que no tenga la oportunidad de ser aconsejado sobre ello por su defensor.

Pero el hecho de que el legislador haya deducido de esos principios determinadas reglas diferenciadas, no implica que la eficacia de esos principios (generales y especiales), se agote en el alcance —más o menos amplio o limitado, según el caso— de esas mismas reglas. La validez general de esos principios, recogidos en la CPR, en los tratados internacionales

de derechos humanos —como la CDN—, en la propia LRPA, o reconocidos como principios generales del Derecho, exige también a los tribunales tenerlos en cuenta al resolver cuestiones más concretas que las que contempla el legislador, o incluso al interpretar el alcance y validez de las reglas legales. Ello es evidente en los casos en que la misma LRPA reprodujo alguno de esos principios, con la indudable voluntad de que los propios tribunales (entre otras autoridades llamadas a cumplir con la LRPA) aplicaran tal principio, en su caso deduciendo criterios y estándares de juzgamiento diferenciados. Así, por ejemplo, cuando la LRPA reproduce el principio conforme al cual la privación de libertad debe emplearse tan sólo como último recurso y por el período más breve que proceda (Art. 26 LRPA), lo está llamando a cumplir un papel que va más allá de la aplicación de las reglas explícitas inspiradas en el mismo; así, por ejemplo, deberá tenerse en cuenta ese principio, al decidir si escoge una sanción de encierro o una ambulatoria, en los casos en que la gravedad del delito determina como marco penal uno de aquellos que contemplan sanciones de uno y otro tipo, y también cuando decide la duración de la internación provisoria. El mismo tipo de razonamiento sobre las implicancias de los demás principios que determinan la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes deben hacer los tribunales cuando decidan otras cuestiones en las que tales principios aparezcan como materialmente relevantes, incluso si esos principios no han sido reproducidos expresamente por la LRPA, pues la validez de aquellos no deriva de este hecho, sino de la fuente que los ha establecido: la CPR, la CDN o los principios generales del Derecho.

De hecho, si se examina la doctrina y la jurisprudencia de los países que cuentan con legislaciones penales de adolescentes, puede constatarse que buena parte del desarrollo de criterios y estándares diferenciados, que configuran la **especialidad** del sistema penal de adolescentes en esos ordenamientos, deriva de la aplicación de principios especiales o de la aplicación de principios generales a la diversa situación fáctica en que se encuentra el adolescente, en comparación con el mayor de edad.

Este desarrollo deriva, en parte, de situaciones aplicables en nuestro derecho (sobre todo, la aplicación de principios reconocidos del derecho penal —como el de culpabilidad— a la diferente situación en que se encuentran los adolescentes, tanto en esos países como en Chile —menores competencias, que determinan una menor exigibilidad de la conducta conforme a derecho—), pero también deriva en parte de la específica formulación que en cada ordenamiento jurídico tiene los derechos constitucionales y de los tratados internacionales (diversos en Europa y en América Latina), y de la específica situación de estos tratados desde el punto de vista de su rango, en relación con la Constitución y la ley doméstica. Así, no es posible simplemente importar los planteamientos de esos otros países, ni siquiera de aquellos en los que la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes explícitamente se ha inspirado.

Por todo ello, para un sistema penal de adolescentes nuevo, completamente inédito en nuestro país, una cuestión fundamental es la que se pregunta acerca de cuáles

concretamente son los criterios y estándares diferenciados de juzgamiento y de aplicación de garantías que se desprenden de los principios jurídicos especiales para adolescentes y de la aplicación de principio jurídicos generales a la diversa situación de los adolescentes. Ello implica resolver previamente, cuáles concretamente son esos principios, sobre todo los principios especiales del sistema penal de adolescentes, cuestión que en alguna medida varía en cada ordenamiento jurídico, sobre todo si las reglas de validez y rango de los tratados internacionales son distintas. También implica tener una perspectiva clara de en qué sentido y concretamente en qué dimensiones de la realidad relevante, la situación del adolescente es diferente a la del mayor de edad, como para que los principios generales se traduzcan en criterios y estándares diferenciados.

Todo ello, por razones obvias, no ha sido abordado por la doctrina chilena, respecto de una Ley que acaba de entrar en vigencia.

Además, también es una cuestión fundamental, directamente relacionada con la tarea de identificar esos principios y los criterios y estándares diferenciados, el seguimiento y análisis de la forma en que los tribunales chilenos, particularmente los tribunales superiores de justicia —llamados a uniformar la aplicación del derecho—, razonen a partir de los principios generales y especiales aplicables a los adolescentes infractores de ley penal, y especifiquen los criterios y estándares diferenciados que deben regir su juzgamiento y la aplicación de las garantías e instituciones del sistema penal, en los primeros años de aplicación de la nueva Ley.

Fundamentos teóricos y discusión bibliográfica

En Chile la discusión sobre la especialidad del sistema penal de adolescentes frente al sistema penal aplicable a los mayores de edad, es relativamente reciente. Ello se explica en buena medida porque durante años, el énfasis del debate pre-legislativo estuvo puesto en la necesidad de reconocer las semejanzas entre la intervención penal con adolescentes y el sistema penal aplicable a los mayores, desenmascarando al derecho tutelar de menores como un sistema penal encubierto, para así poder exigir la aplicación a los adolescentes de —a lo menos— las mismas garantías penales y procesales que el ordenamiento jurídico aseguraba a los mayores de edad, y que la Ley de Menores le negaba a los menores de edad (Bustos, 1992 —con referencias más bien a la situación española—; Cillero et al, 1995; Couso, 1998; Couso et al, 1999).

En años más recientes, la doctrina nacional se ha concentrado algo más en aquello que debe diferenciar al sistema penal de adolescentes del sistema penal aplicable a los mayores de edad, a partir del reconocimiento (que nunca se negó, pero no constituía un foco de las investigaciones) de la dimensión de especialidad del sistema penal de adolescentes, y ha identificado genéricamente la existencia de algunos principios especiales así como la necesidad de aplicar los principios generales en forma diferenciada a la especial situación

del adolescente (Maldonado, 2004; Cillero, 2003, concentrándose en términos todavía muy generales, en las garantías procesales). Bustos (2007) ofrece el desarrollo más reciente y completo, si bien todavía en un nivel de abstracción muy alto, determinado en gran medida por la falta de jurisprudencia en un momento en que la LRPA todavía no entraba en vigencia, y por el hecho de que la doctrina nacional todavía debatía los principios en el plano de la discusión legislativa (para la eventual reforma de la LRPA, tras la postergación de su entrada en vigencia, en junio de 2006).

En esa literatura, los principios son derivados de diversas fuentes, sin haberse llegado a sistematizar la forma y rango con que ellos se integran en el ordenamiento jurídico nacional, ni las eventuales colisiones que pueden plantearse con otros principios, o los problemas de regulación especial —de las reglas legales— versus regulación general —de las cláusulas de los tratados internacionales—, entre otros problemas dogmático-jurídicos más concretos, todo lo cual es explicable, entre otras razones, porque aún no se contaba con un texto definitivo y vigente de la LRPA.

En alguna ocasión, en esa literatura se examinaba en qué medida la aplicación de ciertas instituciones del proceso penal de adultos a los imputados menores de edad —declarados con discernimiento— permitía pronosticar el desarrollo de un procesamiento diferenciado de los adolescentes, compatible con el modelo de un “Derecho penal mínimo de adolescentes”, cuando esas instituciones comenzaran a ser aplicadas en el contexto de principios especiales, al entrar en vigencia la LRPA (Couso, 2002). En otra ocasión, en cambio, se destaca críticamente que el Proyecto de LRPA no desarrollaba en forma suficiente la especialidad y se quedaba demasiado anclado —en materia procesal-penal— a la estructura y las instituciones del proceso penal aplicable a los imputados mayores de edad (Duce, 2003).

También se ha planteado la idea de una especial situación del adolescente ante el sistema penal, sin ofrecerse una caracterización precisa —apoyada en conocimientos psicológicos y criminológicos consolidados— acerca de cuáles son las dimensiones de la realidad personal y social del adolescente que lo ponen en una situación diferente, si bien siempre se hace referencia a la menor madurez y competencias sociales, así como su mayor vulnerabilidad frente a los efectos negativos del proceso penal y de la pena (Bustos, 2007; Maldonado, 2004; Cillero, 2003). Sobre la base de esa situación fáctica diferente, se ha llegado a desprender, todavía sin mayor desarrollo dogmático-jurídico, la idea de que esa situación implica un juzgamiento diferenciado en ciertas materias penales (sobre la culpabilidad, como exigibilidad de otra conducta, diferente para los adolescentes que para los mayores de edad, Bustos, 2007; sobre los criterios de determinación de penas, Horvitz, 2006) y procesal-penales (sobre el sistema de recursos, Cillero, 2003; sobre el derecho a la defensa, Berríos, 2006; sobre la renuncia al derecho a guardar silencio, Estrada, 2006). Una visión algo más sistemática de las implicancias de la diferente situación del adolescente para una aplicación diferenciada de los criterios de juzgamiento en materia de injusto penal, culpabilidad y participación delictual, pero todavía en un nivel de desarrollo muy embrionario, la ofrece Couso (2006b).

En la doctrina comparada, la especialidad del sistema penal de adolescentes, y las implicancias concretas que de ellos se derivan para un juzgamiento diferenciado y para la aplicación también diferenciada de las garantías penales y procesales, han sido objeto de un tratamiento más sistemático. Los países más relevantes para un estudio de derecho comparado, desde el punto de vista del nivel de desarrollo que en ellos ha alcanzado la discusión, así como de las semejanzas relevantes con nuestra LRPA, parecen ser: España, Costa Rica, Alemania y Estados Unidos. Más precisamente, atendiendo al criterio del grado de desarrollo de la discusión y al de las semejanzas relevantes con nuestra Ley, sería necesario distinguir entre las materias estrictamente penales y las materias procesal-penales. Para las primeras, las legislaciones de España, Costa Rica (mencionadas expresamente como modelo por el Mensaje de la LRPA) y, muy especialmente, Alemania (que combina un desarrollo doctrinario y jurisprudencial de más de 80 años, respecto de su Ley Penal Juvenil, con semejanzas muy relevantes entre su sistema de derecho penal general y de derecho penal juvenil y los nuestros³). Para las segundas, los sistemas procesal penal de Alemania y Estados Unidos son los más relevantes: en el caso de Estados Unidos, especialmente por la riqueza en el desarrollo de las garantías del debido proceso, cuya influencia internacional es reconocida por la propia doctrina alemana (Kuhn, 1996); y, en el caso de Alemania, en parte por el desarrollo de esas garantías, teniendo en cuenta además que en ese país las garantías procesal-penales se toman en buena medida de instrumentos internacionales aplicables en Chile (la CDN) o semejantes a los que en nuestro país son aplicables (el Convenio Europeo de Derechos Humanos, para Alemania; la Convención Americana de Derechos Humanos, para Chile), y también en parte, por la gran influencia que el sistema procesal penal alemán tuvo en el diseño del proceso penal chileno —que, en lo fundamental, ha sido adoptado por la propia LRPA—.

Como se ha venido señalando, la especialidad del sistema penal de adolescentes, en el derecho comparado, se deriva de una serie de principios especiales (en Costa Rica, Tiffer et al, 2002; en Alemania, Eisenberg, 2006:4 y ss, Shaffstein/Beulke, 2002: 3 y ss.; en España, Giménez-Salinas i Colomer, 2001), que no implican en absoluto negar que “el Derecho penal de adolescentes es Derecho Penal” (Albrecht, 2000:VII) y exige, por ello, aplicar las garantías de que disfrutaban los adultos —sin perjuicio de aumentarlas con otras especiales—, cuando son objeto de persecución penal del Estado; y también se deriva de las especiales consecuencias que ciertos principios jurídicos generales producen cuando se aplican a la diferente situación en que el adolescente se encuentra frente al sistema penal. Una parte de la discusión doctrinaria en el derecho comparado se refiere, también, a la necesidad de evitar la discriminación de los adolescentes en la aplicación de las garantías generales, so pretexto de la especialidad de su situación y de los principios llamados a regir su juzgamiento (en Alemania, en general, denunciando la posición desmedrada —*Schlechterstellung*— de los adolescentes en la criminalidad de bagatela y leve, Albrecht, 2000, y específicamente

³ Derivada, fundamentalmente, del hecho de que nuestra LRPA se inspira en buena medida en las leyes penales juveniles de España y Costa Rica, que, a su vez, en gran medida, se basan en la Jugendgerichtsgesetz (Ley de Tribunales de Menores, o de “Justicia Juvenil”) alemana (sobre Costa Rica, Tiffer, 2000:83-84; sobre España, Tamarit, 2002:30 y Couso, 2006a:453).

relación con el proceso penal, Burscheidt, 2000; en Estados Unidos, crítico sobre la negación de la garantía del juicio por jurado, Feld, 1999).

A partir de los principios especiales y de la especial situación en relación con los principios generales, la doctrina y la jurisprudencia comparada han desarrollado criterios y estándares diferenciados a lo menos en las siguientes áreas:

- juzgamiento de la responsabilidad penal de adolescentes;
- determinación de sanciones penales;
- aplicación de reglas y garantías procesales;
- condiciones de ejecución de las sanciones penales.

Juzgamiento diferenciado de la responsabilidad penal de adolescentes:

1) En relación con la producción de un injusto penal

Diversos autores, en Alemania y España, critican que las leyes de esos países apliquen sin más las tipificaciones de la ley penal de adultos a los adolescentes. Según Albrecht, “Los mandatos y las prohibiciones del mundo de los adultos, no son compatibles por regla general, con los mundos de vida de los menores y sus representaciones normativas” (2000:92), ni con ciertas formas de interacción que se dan entre los adolescentes. Por eso, la aplicación de aquellos mandatos y prohibiciones, sin modificaciones, para juzgar los comportamientos de los adolescentes, materialmente pueden llevar a un trato desigual y a “rupturas de comunicación y valoración” (ibíd.).

Esta crítica, sin perjuicio de sus implicancias de *lege ferenda* (sobre todo, fundamentando una cuidadosa selección de las conductas punibles que tiene sentido incriminar para los adolescentes), tiene importantes repercusiones de *lege lata*, es decir, en la interpretación de los tipos, y se dirige a sostener la necesidad de flexibilidad a la hora de calificar jurídicamente ciertos hechos, cuando, justamente a causa de aquellas diferencias en las formas de interacción y valoración de ciertos conflictos por parte de los adolescentes, aparece como dudosa la realización del tipo penal en el sentido de la *ratio legis* (Albrecht, 2000:92). Es decir, al tomarse en serio la peculiar situación de los adolescentes y su mirada sobre los conflictos que protagonizan, resulta, por ejemplo, que un hecho que para el Código penal puede considerarse como un robo con violencia en las personas, con una pena abstracta muy alta (en Chile, superior a la del homicidio simple), visto desde el punto de vista de los dos jóvenes involucrados (autor y víctima) puede aparecer como un conflicto completamente menor, que se resuelve con la devolución de la especie (en el caso de dos jóvenes que rivalizan después de un partido de fútbol y uno de ellos le quita la pelota al otro tras haberle pegado con unos golpes de puño) (Albrecht, ibíd.).

Estas peculiaridades de la conducta de los adolescentes en materia de injusto penal, en general, son más bien una consecuencia de principios generales, en particular el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, que conduce a una interpretación de los tipos a partir de la exigencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma. Así, en ciertos casos, el significado que en la interacción juvenil tienen ciertos hechos, determina que no se produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que fundamenta la punibilidad de la conducta o su castigo bajo un determinado tipo penal agravado.

A continuación se exponen algunos de los casos más relevantes:

a) En materia de elementos subjetivos del injusto

La menor o nula lesión del bien jurídico protegido se puede producir, en primer lugar, porque falta, en el sentido de la *ratio legis*, algún “elemento subjetivo” del injusto que debe concurrir para que se de la tipicidad que se supone en el hecho (Albrecht, *ibíd*; Eisenberg, 2006). Entre los ejemplos más plausibles de elementos subjetivos que pueden faltar por las características “adolescentes” del comportamiento, se cuentan los siguientes:

- El “ánimo apropiatorio”, en los delitos patrimoniales; así, por ejemplo, la jurisprudencia alemana ha negado la “intención de apropiarse” de la cosa en el caso del apoderamiento violento, por parte de un grupo de *skin-heads*, de una chaqueta de la víctima con un estilo y color de aquellos que normalmente sólo usan los miembros de ese grupo, al que la víctima precisamente no pertenecía, lo que se tradujo en que el apoderamiento violento tenía la intención de descalificar a la víctima como portador legítimo de esa indumentaria, más que de “apropiársela” (AG Tiergarten, 7/11/88), todo lo cual sólo se entiende apreciando la especial situación de ese grupo juvenil y de sus representaciones normativas y formas de interacción.
- El dolo homicida o ciertas agravantes o calificantes en el homicidio, en casos de ostensible espontaneidad, falta de plan, irracionalidad y gran carga emocional con que los adolescentes suelen cometer acciones violentas (Albrecht, 2000; Eisenberg, 2006).

b) Caso especial de los delitos sexuales

La situación de los abusos sexuales y los delitos contra la libertad sexual cometidos por adolescentes es también reconocida como una situación especial (como lo advierte, en España, Tamarit, 2002:36), que ha merecido, a lo menos un tratamiento legal especial en relación con los delitos sexuales “impropios” (aquellos en que la “víctima” menor de la edad de consentimiento sexual, de hecho ha consentido en la relación sexual con el adolescente), que suele exigir un mínimo de diferencia de edad entre autor y víctima para considerar punible la conducta, lo que puede tener un impacto más global sobre la consideración de la responsabilidad penal de los adolescentes (aún si la diferencia de edad con la víctima es mayor) respecto de los delitos sexuales impropios.

2) En relación con la culpabilidad del autor

El Derecho penal de adolescentes es un derecho penal de culpabilidad. Ello implica que se aplican todas las eximentes y atenuantes basadas en la falta de culpabilidad o en una situación de culpabilidad disminuida. Pero la doctrina comparada ha considerado que el principio general de culpabilidad, aplicado a los adolescentes, debe traducirse en criterios de juzgamiento especiales para los diversos elementos de la culpabilidad (respecto de Alemania, Albrecht, 2000, para España, Couso, 2006a; en relación con Costa Rica, Tiffer et al, 2002:429; respecto de Estados Unidos, Feld, 1999:302 y ss.). Además, considerando la situación de los adolescentes con serias desventajas socioeconómicas, que condicionen su conducta delictual, en general, se ha llegado a afirmar que el principio de culpabilidad implica reconocerles una menor culpabilidad, pues menos exigible les es a ellos el comportamiento conforme a derecho (Bustos, 1992); criterio que ha sido reconocido por la jurisprudencia de Costa Rica (Tribunal de Casación Penal, Setencia N° 591-F-97).

3) La actuación en grupo y los adolescentes

El fenómeno de la actuación en grupo por parte de los adolescentes ha sido estudiado desde el punto de vista de la dinámica sicológica que se produce en los miembros del grupo, teniendo en cuenta las características propias de los adolescentes, pero también con las especificidades que la interacción en el grupo genera. En la doctrina comparada se admite que la actuación en grupo es un dato distintivo, propio de la cultura de pares en relación con los adolescentes, y que los adolescentes son especialmente sensibles a la influencia de sus pares (Feld, 1999:312, citando al célebre psicólogo de la infancia, Erik Erikson).

Las características de la actuación de adolescentes en grupo, relevantes para un juzgamiento penal diferenciado, han sido sistematizadas en Alemania por Zieger (2002, citando los estudios de Cabanis):

- Actuación imprevista, basada en una ocurrencia espontánea, desprovista de plan, sin acuerdo verbal alguno.
- Efecto grupal de desaparición de las inhibiciones y escrúpulos.
- Desvalorización hacia los viejos, débiles, homosexuales u otros grupos minoritarios o marginales.
- Ostensible ausencia de objetivos y de falta de sentido de la actuación (desproporción entre el hecho punible y la “ganancia” esperada o alcanzada).
- Falta de conciencia de lo injusto del hecho y de sentimiento de responsabilidad en quienes actúan en grupo.

- Gran sentimiento de solidaridad interna y de superioridad del grupo.
- Ausencia de división de roles clara o definida.

De todas ellas pueden derivarse importantes consecuencias en materia de tipicidad y culpabilidad de la participación (exploradas para la LRPA chilena por Couso, 2006b).

Determinación de sanciones:

En los sistemas penales de inspiración “continental”, la doctrina ha identificado la existencia de una situación fáctica (menor culpabilidad, mayor *sensibilidad* a la pena, especialmente la privativa de libertad) y jurídica (principios de la CDN y la LRPA) categorialmente diferente entre adolescentes y mayores de edad, que debe traducirse *prima facie* en criterios de determinación de la pena también diferentes, especialmente en materia de selección de una sanción privativa de libertad en lugar de una ambulatoria, así como de una sanción orientada a la prevención especial (típicamente, la libertad asistida, o libertad vigilada en el caso de los mayores de edad) en lugar de una reparatoria (reparación, multa) o simbólica (amonestación, respecto de los adolescentes, remisión condicional de la pena, en el caso de los mayores de edad), y, en general, en relación con la determinación del contenido de inserción social de las diversas sanciones aplicables. En particular, se ha investigado sobre las consecuencias que el “principio educativo” debería tener, y el que de hecho tiene, en la práctica de determinación de sanciones (en Alemania, críticamente sobre la posición desmedrada en los delitos leves, donde existiría un “plus educativo” de pena para los adolescentes, Albrecht, 2000, Eisenberg, 2006; en Costa Rica, en un plano más prescriptivo sobre el rol del principio educativo, Tiffer et al, 2002; también en España, González Cussac y Cuerda Arnau), así como la importancia del principio que relega la privación de libertad como último recurso y por el tiempo más breve que proceda y el efecto limitador del principio de culpabilidad (ibid.). En Estados Unidos, con una práctica sancionatoria comparativamente mucho más severa, se han debatido especialmente las consecuencias de la especial situación evolutiva del menor de edad, para excluir la aplicación de la pena de muerte (recién declarada inconstitucional por la Corte Suprema federal el año 2005), o las penas de encierro de larga duración (Zimring, 2005; Feld, 1999).

Aplicación diferenciada de garantías e instituciones procesal-penales:

En esta materia, el desarrollo jurisprudencial norteamericano y doctrinario —y, en menor medida, jurisprudencial- alemán han alcanzado un importante desarrollo. La sistematización comparativa de Kuhn (1996) parece seguir siendo, a la fecha, la más completa en la materia, analizando paralelamente y en forma comparada la situación del derecho alemán (también examinada con detalle por Eisenberg, 2006, o Albrecht, 2000) con la de los Estados Unidos de América (sistemáticamente expuesta por Gardner, 1997, también por Abrams y Ramsey, 2000) y, respecto de la aplicación de las garantías del debido proceso, teniendo a la vista

los criterios y estándares diferenciados de aplicación que derivan de principios especiales o de la especial situación material en la que se encuentra el adolescente. De su exposición se desprenden criterios y estándares eventualmente diferenciados (si bien, con especificidades para cada uno de esos dos países) respecto de la aplicación de las siguientes garantías e instituciones procesales:

- Derecho a estar presente en forma ininterrumpida a lo largo de todo el juicio (que en ocasiones se ve restringido para la protección de la personalidad y el desarrollo del adolescente).
- Necesidad de asegurar que el imputado entienda el sentido y alcance de la imputación y de los actos que pueden afectar sus derechos.
- Derecho a la defensa material, es decir, a poder intervenir como parte en el proceso y a dirigir su defensa (materia en la que, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una importante sentencia en contra del Reino Unido, considerando vulnerada la garantía del imputado que le confiere derecho a participar en el proceso, por tratarse de un menor de edad que, debido a su juventud y escasa capacidad intelectual, no pudo ejercer eficazmente este derecho —sentencia de 15 de junio de 2004, recaída en la demanda núm. 60958/2000).
- Derecho a la defensa técnica en todas las fases del proceso (que ha generado una serie de estándares especiales para adolescentes; véase, sobre la aplicación de las “Directrices de Colonia” en Alemania, Walter (Dir.), 1997; sobre el derecho a la defensa en Estados Unidos, Feld, 1999: 109 y ss., y sobre las Guidelines de la IJA-ABA, en Estados Unidos, McCarthy/Carr, 1989: 458 y ss.).
- Derecho a no declarar en su contra y a no ser interrogado sino en la presencia de su defensor (donde, por ejemplo, en Estados Unidos hay un importante desarrollo jurisprudencial diferenciado para menores de edad, de las garantías de Miranda versus Arizona, especificándose que la renuncia del menor a su derecho a guardar silencio, para ser voluntaria, inteligente y con conocimiento de causa, exige que antes de ser interrogado haya podido discutir el asunto con un adulto independiente, como sus padres o su abogado defensor; In re ETC (449, A.2d 937, Vt., 1982)).
- Protección frente a renuncia de derechos sin inteligencia suficiente.
- Derecho a un juzgamiento oportuno y a un juicio sin dilaciones (donde también hay desarrollo jurisprudencial diferenciado para menores de edad en Estados Unidos: In the Matter of Benjamín (708 N.E.2d 156, N.Y., 1999); cfr., en Alemania, Mertens, 2003, advirtiendo sobre la tensión entre el principio de celeridad y otras garantías procesales).
- Criterios de selección de las medidas cautelares personales, en particular, la prisión preventiva (materia sobre la cual hay jurisprudencia con estándares especiales en Costa Rica, referida por Tiffer, 2004).

Bibliografía

Albrecht, Peter-Alexis (1990), *El Derecho Penal de Menores*, traducción de Juan Bustos. PPU, Barcelona.

Albrecht, Peter-Alexis (2000), *Jugenstrafrecht*, 3a Edición. C.H. Beck, München.

Abrams, Douglas E., y Ramsey, Sarah, H. (2000) *Children and the Law. Doctrine, Policy and Practice*. West Group, St. Paul, Minn.

Berrios, Gonzalo (2006), “Derechos de los Adolescentes y Actividad Persecutoria Previa al Control Judicial de la Detención”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7. U. de Chile, Santiago.

Bustos Ramírez, Juan (1992), *Hacia la Desmitificación de la Facultad Reformadora en el Derecho de menores: por un Derecho penal de Menores*, en él mismo (director), *Un Derecho penal del menor*. Conosur, Santiago de Chile.

Bustos Ramírez, Juan (2007), *Derecho Penal del Niño-Adolescente (Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente)*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.

Burscheidt, Ulrike (2000), *Das Verbot Schlechterstellung Jugendlicher und Heranwachsender gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage*. Nomos, Baden-Baden.

Cillero, Miguel (2003), “De la tutela a las garantías: consideraciones sobre el proceso penal y la justicia de adolescentes”, en *Revista de Derechos del Niño*, N° 2. UDP-UNICEF, Santiago.

Cillero, Miguel; Couso, Jaime; Juste Picón, María Antonia y Urzúa, Paula (1995), *Niños y adolescentes: sus Derechos en Nuestro Derecho*. SENAME, Santiago.

Couso, Jaime (1998), “Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos”, en *OPCION, De la Tutela a la Justicia*. LOM, Santiago.

Couso, Jaime (2002), *El nuevo proceso penal y los imputados menores de edad. Estudio exploratorio acerca de los resultados del primer año de aplicación en las regiones de Coquimbo y la Araucanía*, en *Revista de Derechos del Niño*, N° 1. UDP-UNICEF, Santiago.

Couso, Jaime (2006a), *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad: Historia, teoría y metodología*. Tirant lo Blanch, Valencia (España).

Couso, Jaime (2006b), *Lecciones sobre la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes*, en *Curso de Capacitación on-line sobre la Ley N° 20.084, Defensoría Penal Pública*, Chile, inédito.

Couso, Jaime; Farías, Ana María, y colaboradores (1999), “Derecho penal de adolescentes. ¿Educación, ayuda o sanción?”. U. de Chile-UNICEF Santiago.

Duce, Mauricio (2003), "El Proceso Establecido en el Proyecto de Ley que Crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal: Avances y Problemas", en Revista de Derechos del Niño, N° 2. UDP-UNICEF, Santiago.

Eisenberg, Ulrich (2006), Jugendgerichtsgesetz, 11. Edition. C.H. Beck, München.

Estrada, Francisco (2006), "La renuncia al derecho a guardar silencio por un Adolescente en Nuestro Ordenamiento y en el Estadounidense", en Revista de Derechos del Niño, N° 3-4. UDP-UNICEF, Santiago.

Feld, Barry (1999), Bad Kids. Race and the Transformation of the Juvenile Court. Oxford University Press, New York.

Gardner, Martin (1997), Understanding Juvenile Law. Matthew Bender, NY-San Francisco.

Giménez-Salinas i Colomer, Esther (2001), "Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", en Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

González Cussac, José L. y Cuerda Arnau, Ma. Luisa, "Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas", en González Cussac y Tamarit Sumalla, Justicia Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación). Tirant lo Blanch, Valencia.

Kuhn, Thomas (1996), Verfahrensfairness im Jugendstrafrecht. Das deutsche Recht und das Recht der USA im Vergleich. VVF, München.

Mertens, Andreas (2003), Schnell oder Gut? Die Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes im Jugendstrafverfahren. Peter Lang, Frankfurt am Main.

Schaffstein/Beulke (2002), Jugendstrafrecht. Eine Systematische Darstellung, 14. Edition. Kohlhammer, Stuttgart.

Tamarit Sumalla, Josep Ma. (2002) "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores", en González Cussac y Tamarit Sumalla, Justicia Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación). Tirant lo Blanch, Valencia.

Tiffer, Carlos (2000), Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung von Costa Rica. Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach.

Tiffer, Carlos (2004), "La jurisprudencia en materia de justicia penal juvenil en Costa Rica", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Temis, Bogotá.

Tiffer, Carlos; Llobet Rodríguez, Javier y Dünkel, Frieder, (2002) Derecho Penal Juvenil. ILANUD-DAAD, San José.

Walter, Michael (Dir.) (1997), Strafverteidigung für junge Beschuldigte. Versuch einer Bestandsaufnahme und einer Bilanz der "Kölner Richtlinien". Centauros, Pfaffenweiler.

Zieger, Matthias (2002), Verteidigung in Jugendstrafsachen, 4a Edición revisada y actualizada. C.F. Müller, Heidelberg.

Zimring, Franklin (2005), American Juvenile Justice. Oxford University Press, New Cork.