



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Procesal

**“EL TRATAMIENTO DEL NIÑO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE DURANTE LA ETAPA INVESTIGATIVA
DESFORMALIZADA”**

Luz Catalina Isla Cofré
Profesor Guía: Ana Luisa Prieto Peralta

Santiago, Chile
2010

ÍNDICE

	Pág.
- RESUMEN.	5
- INTRODUCCIÓN.	6
CAPITULO I:	
LOS NIÑOS EN CONFLICTO CON LA JUSTICIA	
1.- Los Niños y el Derecho de Menores.	9
2.- Modelos de Administración de Justicia en Menores.	18
2.1.- Modelo Protección.	18
2.2.- Modelo Justicia.	19
2.3.- Modelo Justicia Restaurativa.	21
3.- Actuales Tendencias en Chile.	24
CAPÍTULO II:	
LAS FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO DE MENORES EN RELACIÓN A LOS NIÑOS EN CONFLICTO CON LA JUSTICIA.	
1.- Fuentes Internacionales:	28
1.1.- Convención sobre los Derechos del Niño.	29

1.2.- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)	33
1.3.- Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil (Directrices Riad).	36
1.4.- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (Reglas de La Habana).	38
1.5.- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).	40
1.6.- Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.	41
2.- Comité de Derechos del Niño.	43
2.1.- Opinión General N° 10.	44
2.2.- Informes del Comité de Derechos del Niño en respuesta a Chile, en lo relativo a los niños en conflicto con la justicia, con especial mención a las situaciones en la etapa investigativa.	49
2.2.1.- Primer Proceso.	50
2.2.2.- Segundo Proceso.	52
2.2.3.- Tercer Proceso.	55
2.3.- Derechos y Garantías que se le reconocen a los niños en conflicto con la justicia en la etapa investigativa, en Derechos Internacional.	59

CAPÍTULO III:

ANÁLISIS DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE N° 20.084.

1.- Derechos y Garantías que se le reconocen a los niños en conflicto
con la justicia en la etapa investigativa, en legislación interna. 64

1.1.- Ley N° 20.084, Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. 67

1.2.- Ley N° 16.618, Ley de Menores. 80

CAPÍTULO IV:

**LEGISLACIÓN INTERNA Y EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN DERECHO DE
MENORES.**

1.- Aspectos Relevantes. 85

2.- Conclusiones. 90

BIBLIOGRAFÍA. 93

RESUMEN

La presente memoria, tiene por objeto dar una mirada reflexiva y crítica a nuestro actual sistema de responsabilidad penal adolescente, desde la perspectiva del Derecho de Menores, focalizado principalmente en la etapa investigativa desformalizada, momento en el cual, el niño que ha infringido la ley hace su primer contacto con el sistema de justicia.

En un análisis descriptivo y crítico se expone, a lo largo del presente trabajo, la variación que ha sufrido el tratamiento de los niños en conflicto con la justicia en el ámbito del derecho, pasando por diversos modelos y sistemas de justicia, cuya tendencia mundial actual está inclinada a la Justicia Restaurativa. Se destaca la importancia de las fuentes internacionales en esta materia, en instrumentos internacionales específicos y no específicos aplicables, así como también la relevancia de las recomendaciones entregadas por el Comité de Derechos del Niño a nuestro país. Además, se analiza la normativa nacional aplicable, tanto de la actual Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N° 20.084, como de la Ley de Menores N° 16.618, resaltando la importancia de los derechos y garantías que se les reconoce a los niños en conflicto con la justicia, finalizando con un análisis comparativo entre la legislación interna y el estándar internacional en Justicia de Menores.

Se concluye, que en nuestro país aún existen diversos incumplimientos a la Convención de Derechos del Niño y aunque se ha avanzado en el tratamiento a los niños en conflicto con la justicia, aún falta mucho por mejorar para que nuestra legislación se adecue al estándar internacional, y así podamos caminar hacia un nuevo modelo de justicia juvenil, como es hoy, la llamada Justicia Restaurativa.

INTRODUCCIÓN

En el último tiempo, se ha observado un aumento en la participación de menores de edad en la comisión de delitos, y más preocupante aún, es que su inicio en la vida delictiva comience, cada vez, a más temprana edad.

Esto ha provocado una sensación de inseguridad en la sociedad, incrementado por hechos de violencia juvenil que generalmente son transmitidos por los medios de comunicación, creando la percepción de que estos menores están fuera de control y que deben ser castigados con mayor severidad.

Todo ello, ha generado que la política del Estado esté orientada a una lucha contra la delincuencia juvenil, a través de la erradicación de ésta y protección de la sociedad, marginando a los niños infractores de ella.

Esta forma de enfrentar el tema de la delincuencia en los niños, provoca una falta de inversión en la rehabilitación juvenil, ya que, en la opinión pública, existe la concepción de que los niños delincuentes son una carga para la sociedad y que por lo tanto deban ser aislados de ella, lo que hace más difícil su reinserción.

No obstante, se trate de una problemática social difícil de abordar, lo importante es que exista una respuesta estatal lo más adecuada posible, respetuosa de los derechos y garantías de los niños infractores, en todas las etapas del procedimiento, para lograr de esta manera, la finalidad de re-educarlos y reinsertarlos en la sociedad.

Es por ello, que la presente memoria busca una reflexión ante el actual sistema de responsabilidad penal adolescente chileno, en cuanto al trato que nuestro país le ofrece a los menores de edad que han infringido la ley penal, durante la etapa investigativa desformalizada, momento en el cual, el niño hace su primer contacto con el sistema y donde más suelen suceder situaciones de desconocimiento a sus derechos, además, es el momento en que se toma la decisión de someterlo o no al

sistema formal de justicia. Todo ello, en un análisis realizado a la luz del Derecho de Menores y los diversos tratados internacionales ratificados por Chile.

Es así, que la primera parte del presente trabajo se expondrá cómo el tratamiento de los niños infractores de ley ha variado en el ámbito del derecho a través del tiempo, y que su situación legal ha pasado por distintos métodos y sistemas, con avances y retrocesos, y cuya tendencia mundial actual está inclinada a la Justicia Restaurativa.

En segundo lugar, se señalará la importancia de las fuentes internacionales en esta materia, tanto en instrumentos internacionales específicos como no específicos que son aplicables, de los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño como instrumento vinculante y de carácter imperativo cuyos únicos titulares son los niños. Así como también, se desarrolla la importancia del Comité de Derechos del Niño como órgano encargado de la vigilancia e interpretación de la Convención a los Estados que la han adoptado.

La tercera parte de esta exposición, está destinada al análisis de la normativa aplicable en Chile a los niños en conflicto con la justicia durante la etapa investigativa desformalizada, tanto de la actual Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N° 20.084, como de la Ley de Menores N° 16.618, con especial mención a los derechos y garantías que se les reconoce en esta etapa del procedimiento.

Terminando la presente memoria, con un análisis comparativo entre la legislación interna y el estándar internacional en Derecho de Menores respecto de los niños infractores de ley durante la etapa estudiada.

Ante esto, debemos tener presente que la justicia de menores se debe concebir como parte integrante del desarrollo de un país cuya administración contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.¹ Y, en

¹ Regla 1.4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores “Reglas de Beijing”. Año 1985.

la cual, se pueda lograr la reintegración del niño infractor, sin que ello implique una falta de responsabilidad de sus actos, ante la comunidad.

CAPÍTULO I

LOS NIÑOS EN CONFLICTO CON LA JUSTICIA

1.- Los Niños y el Derecho de Menores.

Los niños son una parte muy importante de nuestra sociedad, el futuro de la humanidad se plasma a través de ellos, por lo que el derecho no debe estar ajeno a regular de manera especial lo que les ocurra, velando siempre por su interés ante todo.

Respecto de aquellos niños que han caído en conductas ilícitas se debe tener una particular atención, tanto por parte del Estado como de la sociedad en su conjunto, para lograr con un adecuado tratamiento su re-educación y reinserción social.

A través de la historia el tratamiento del niño infractor de ley ha variado en el ámbito del derecho, donde su situación legal ha pasado por diversos métodos y sistemas, de los cuales podemos apreciar avances y retrocesos a lo largo del tiempo.

En un principio, la mayoría de los pueblos tienden a no castigarlos de la misma forma que un adulto, pero sólo respecto de los niños pequeños, es así como en los pueblos germanos los niños de hasta 12 años se les consideraba irresponsables penalmente, siendo la familia quienes respondían ante actos antijurídicos de éstos. En el caso de los hebreos, el niño rebelde era reprendido ante su familia cuando cometía la primera falta, en reincidencia se le azotaba y si su conducta no cambiaba se llegaba hasta la lapidación.²

En la Grecia Clásica, a los niños se les concedía cierta atenuación en las penas ante la comisión de delitos respecto de los adultos, salvo que fueran considerados culpables de homicidio donde no tenían este beneficio. En Roma, las Doce Tablas

² CHUNGA, Fermín. "Derecho de Menores", EDDILI- Editorial y distribuidora de libros S.A.; San Miguel-Perú, reimpresión 1990. p. 20.

hacen referencia al discernimiento, definiéndolo como la demostración de poseer ideas formadas de lo bueno y lo malo, lo que se utilizaba para juzgar a un púber o mayor de siete años.

Según José Rafael Mendoza en su obra “La protección y el tratamiento de los menores”, en el derecho romano justiniano se distinguían tres periodos en la edad del niño: 1) Irresponsabilidad absoluta hasta los 7 años, periodo llamado de la Infancia, luego en una etapa próxima a la infancia hasta los 10 años y medio en el varón y los 9 años y medio para la mujer, donde no se le considera capaz de pensamiento criminal; 2) Responsabilidad relativa, es la etapa próxima a la pubertad, hasta los 12 años en la mujer y los 14 años en el hombre, donde el impúber con malicia en el pensamiento podía ser castigado; y la 3) Responsabilidad penal atenuada, comprendía de la pubertad hasta los 18 años, extendido hasta los 25 años, etapa llamada de minoridad, donde podían ser castigados por actos delictivos, existiendo sólo diferencias en la naturaleza y dosificación de la pena respecto de los adultos.³

En el derecho canónico existía la inimputabilidad plena hasta los 7 años de edad, y la responsabilidad dudosa hasta los 14 años, por lo que el tribunal debía investigar el discernimiento, y si se le consideraba culpable el joven recibía un castigo atenuado.⁴

Las Siete Partidas de 1263, en España, hasta los 10 años y medio de edad no son susceptibles de responsabilidad, y entre esa edad y los 17 años las penas se podían disminuir hasta la mitad.⁵

Durante el siglo X, en Inglaterra, ante el primer robo de un menor de edad, los padres debían garantizar su futura honestidad, si era menor de 15 años debían jurar que no reincidiría, pero si los padres no lo tutelaban, era llevado a prisión, y si realizaba un nuevo delito, era sancionado con la horca como los adultos. En el siglo XVI, Enrique VII dispuso como obligación del Estado y de sus funciones, el proteger a los menores

³ Ibíd.

⁴ Ibíd. p. 21

⁵ Ibíd.

de edad. Luego esto sufrió un retroceso en el siglo XIX, pero en 1854 se determinó que la reclusión de los menores delincuentes sería en recintos separados de los adultos.⁶

En Francia, regida por normas del siglo XIII, los menores infractores que tenían entre 10 y 14 años, eran castigados con reprimendas y azotes, posteriormente a esa edad eran sometidos a la ley penal general. En Alemania, en los siglos XVII y XVIII, aún se aplicaba la pena de muerte a los menores de edad. Y en 1953 mantenían la jurisdicción común para tratar la delincuencia juvenil. En Rusia, una ley de 1897 indicaba que el juicio de los niños infractores de ley que tenían entre los 10 y 17 años debía hacerse en una audiencia a puertas cerradas y con presencia de los padres, debiendo aplicarse medidas pedagógicas y por opción sanciones penales correctivas. Esto va marcando una pauta a seguir en algunas legislaciones, lo cual va cambiando conforme avanzan los años en el vaivén del tiempo.⁷

El primer tribunal de menores surgió en el año 1899 en Chicago (*Children`court*), Estados Unidos.

Pronto surgió la necesidad en los países, de sustraer a los niños infractores del campo del derecho penal, por lo que se inició la creación de una jurisdicción especializada, diferente a la del derecho penal adulto.

Es así, como nació el Derecho de Menores, en busca de una legislación especializada que regularía a los menores de edad, y que fue forjándose a través de la historia a fin de lograr un trato diferenciado de los niños en relación a los adultos. Ante esto, debemos precisar lo que debemos entender como tal, desde las distintas concepciones entregadas por diversos autores a lo largo de su evolución.

Para Rafael Sajón, ex Director del Instituto Interamericano del niño durante el I Congreso Latinoamericano de Jueces de Menores y VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho de Menores, realizadas en Managua, Nicaragua, en 1978, señaló que “definir

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.* p. 21-22.

el Derecho de Menores significa e implica adoptar una posición y un criterio claro sobre la naturaleza y el contenido de esta disciplina jurídica. Más aún, formular un juicio asertivo, integrativo o discriminativo sobre Ciencias del Derecho y Derecho Positivo, sobre sujeto y objeto del Derecho y distinguir y precisar sobre normas e institutos propios, y sobre lo sustantivo, lo adjetivo instrumental operativo (procesal) y lo ejecutivo (administrativo) del Derecho de Menores, aceptación, límites”⁸

Por lo que define este derecho como “el derecho que tiene por objeto el menor, al incapaz, con el propósito y con el interés social de que este nazca, crezca y se desarrolle normalmente y que llegue a la mayoría de edad en la plenitud de sus posibilidades físicas, mentales y espirituales. Regula su actividad moral y conflictual con la familia, la comunidad y el orden jurídico-social”⁹

Alyrio Caballieri, en su obra “Derecho de Menores” (*Dereito Do Menor*), define éste derecho como “el conjunto de normas jurídicas relativas a definir la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención”¹⁰

Para Eduardo E. Córdoba y Carlos Landó, “es el conjunto de la acción o actividad comunitaria programadas de obras, servicios e instalaciones tendientes a prevenir, remediar y solucionar constructivamente las necesidades, precariedades de los niños mediante procesos formativos con la finalidad de obtener su crecimiento y desarrollo moral y lograr su incorporación al medio social en que ha de tocarle actuar en la plenitud de sus aptitudes físicas y espirituales, procurando su bienestar social”¹¹

El doctor Luis Mendizábal Oses como destacado jurista en la materia, define “que es un derecho singular eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento la

⁸ Ibíd. p. 25.

⁹ Ibíd.

¹⁰ CABALLIERI, Alyrio. “Derecho de Menores”, En: CHUNGA, Fermín. Op. Cit. p. 26.

¹¹ Ibíd. p. 27.

plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarse armónicamente y plenamente en la convivencia social".¹²

Actualmente, somos partidarios de la definición entregada por la ex Juez de Menores y Profesora de la Cátedra de Derecho de Menores en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Ana Luisa Prieto Peralta, quien nos señala que "es una rama del Derecho que tiene por objeto la protección integral del menor de edad desde que está concebido hasta que llegue a su mayoría de edad; permitiéndole participar en el quehacer comunitario en condiciones de igualdad, para que al alcanzar su plena capacidad lo haga en la plenitud de su posibilidad existencial".¹³

En cuanto al objeto de regulación del Derecho de Menores, son exclusivamente los niños, como sujeto especial a regular, comprendiendo como tales, lo que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 -como instrumento vinculante para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y que nuestro país ratificó-, señala en su artículo primero como "Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". No obstante, en diversos instrumentos internacionales, se utiliza el término "menor".¹⁴

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores "Reglas de Beijing", que si bien son anteriores a la Convención, ésta le ha dado valor obligatorio al retomar sus disposiciones, nos entrega una definición de "menor" como "todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto"¹⁵.

¹² MENDIZABAL OSES, Luis, "Derecho de Menores, Teoría General", Ediciones Pirámide, S.A.-Madrid, año 1977, p. 61.

¹³ PRIETO, Ana Luisa. "De la declaración de los Derechos del niño a la Convención de los derechos del niño: Nuevas bases para los deberes de la sociedad con respecto de los niños", Convención de los Derechos del Niño, UNICEF, 1988. p. 28.

¹⁴ El Diccionario de La Real Academia de la Lengua Española define la palabra "menor", entre diversas acepciones las siguientes: "dicho de una persona que tiene menos edad que otra" y como "persona que no ha llegado a la mayor edad".

¹⁵ Regla número 2.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores "Reglas de Beijing", año 1985.

Luis Mendizábal Oses, señala que “La palabra menor proviene de la latina *minor*, adjetivo comparativo que, referido al ser humano, matiza, para diferenciarlos, una circunstancia que inexorablemente concurre en la persona individual durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciándolo, de su parte, a la colectividad que aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial”.¹⁶

Al respecto, el mencionado autor señala que existe una relación de intereses entre los menores de edad y los adultos, que puede ser de indiferencia, de equivalencia y de preeminencia.¹⁷

Si la relación antes mencionada, no tiene un claro derecho que la establezca, hay indiferencia; si está consagrada la igualdad ante la ley, hay equivalencia de intereses; pero cuando se ha reconocido la prevalencia de los intereses de los menores sobre los intereses de los adultos, se trata de una relación de preeminencia.¹⁸

Ante ello, y siguiendo al mismo autor, existe una clara preeminencia de los intereses de los menores tanto en el plano individual como en el colectivo.

De esta manera focalizamos nuestro sujeto de estudio, comprendiendo que se trata de un sujeto especial y que por tanto requiere de un tratamiento especial tanto a nivel judicial como extrajudicial.

La conducta antisocial de un niño o adolescente, debe ser entendida como todos aquellos actos realizados por un menor de edad, que va en contra del ordenamiento jurídico y más específicamente contra la ley penal.

¹⁶ MENDIZABAL OSES, Luis, Op. Cit. p. 43.

¹⁷ *Ibíd.* p. 9.

¹⁸ *Ibíd.*

El sociólogo Pedro R. David, señala en su obra “Sociología Criminal Juvenil”, que la delincuencia “es un modo de conducta comunitaria, como el gusto por determinados alimentos, creencias religiosas o dialectos”¹⁹. Por lo tanto, estaríamos frente a conductas que se adquieren en el círculo social del menor de edad, en su entorno familiar y comunitario, y que por tanto necesita atención temprana para su adecuada corrección.

Para especificar el término “menores delincuentes”, que son nuestro objeto de estudio, nos remitiremos a las anteriormente mencionadas “Reglas de Beijing”, que en su regla 2.2.b nos señala como “delito”, “todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate”. Y en la regla 2.2.c, como “menor delincuente”, “todo niño o joven al que se le ha imputado la comisión de un delito”.

Generalmente, es muy utilizado el vocablo menores infractores, sin embargo, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 10 señala que los niños que han infringido las leyes penales o a quienes se les acusa o declara culpables de haberlas infringido, se les denominará “niños que tienen conflicto con la justicia”.²⁰

En nuestro país, son menores de edad todos aquellos que no hayan cumplido los 18 años de edad. De ellos, los que no hayan cumplido aún los 14 años de edad se consideran inimputables ante la ley, lo cual quiere decir que no son responsables penalmente si llegan a cometer algún delito, y que por tanto no son sancionados, aplicándoles en su caso alguna medida adoptada por el Juez de Familia.

Es así, como en el artículo 102 N de la actual Ley que Crea los Tribunales de Familia N° 19.968 señala:

¹⁹ DAVID, Pedro R., “Sociología Criminal Juvenil”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, año 1979, p.54.

²⁰ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General N° 10”, Los derechos del niño en la justicia de menores, 25 de Abril de 2007. p.1.

Artículo 102 N.- En los casos en que un niño, niña o adolescente inimputable incurra en una conducta ilícita, el juez de familia deberá citar a su padre, madre o a quien lo tenga a su cuidado a una audiencia, para los fines del artículo 234 del Código Civil.

Por consiguiente, el trato que les da el sistema a los menores inimputables está entregado al acuerdo a que llegue el Juez de Familia con los padres del menor, o las personas que tengan el cuidado personal de éste, y las medidas que tomen al respecto para evitar la reincidencia del infractor.

En cambio, en el caso de aquellos menores que se encuentren entre los 14 y 18 años de edad, y que han infringido la Ley penal, ello les acarrea responsabilidad penal juvenil.

Es así, como nuestra Ley de Responsabilidad Penal Juvenil promulgada y publicada el año 2005, tiene por objeto regular las infracciones penales cometidas por estos menores, como versa en el primer inciso de su artículo tercero:

Artículo 3º.- Límites de edad a la responsabilidad. La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que para efectos de esta ley, se consideran adolescentes.

Ahora bien, la presente memoria se centra en la situación del niño o joven menor de 18 años de edad, que entra en contacto con el sistema judicial como consecuencia de haber cometido un delito o ser sospechoso de ello. Claramente esta situación comienza con el arresto del menor, es decir, cuando éste es detenido por carabineros o la policía. Se trata de un periodo en el cual se toman decisiones trascendentales para la vida de un menor de edad, donde puede ser llevado o no ante el sistema formal de justicia y donde sabrá si será o no privado de su libertad.

Cabe aclarar que esta etapa previa donde se toma conocimiento de que un menor de edad ha cometido un delito, se le denomina en el nuevo sistema procesal penal vigente en nuestro país, etapa investigativa del procedimiento, siendo definida como aquella fase administrativa, flexible, informal que dirige en forma objetiva el Ministerio Público, de carácter analítico y preparatoria, la cual está destinada a la recopilación de los antecedentes necesarios para comprobar el delito y los partícipes de éste.²¹

En esta etapa se distinguen dos fases: la fase de investigación desformalizada o anterior a la formalización de la investigación y la fase de investigación formalizada o posterior a la formalización de la investigación.

La fase de investigación desformalizada o anterior a la formalización de la investigación corresponde a aquella fase en la cual los órganos de persecución penal han tomado conocimiento de la existencia de un delito o hecho punible y del cual se está investigando, sin que exista la formalización, es decir, sin que aún el fiscal le haya comunicado al Juez de Garantía el desarrollo de dicha investigación de uno o más delitos en contra de uno o más menores imputados.²²

La fase de investigación formalizada o posterior a la formalización de la investigación corresponde a aquella etapa en que el fiscal ha efectuado la comunicación al Juez de Garantía de que desarrolla actualmente una investigación en contra de uno o más menores imputados por uno o más delitos determinados.

Por ello, en la presente exposición abordaremos la etapa investigativa hasta ocurrida la formalización de la investigación, es decir, esta etapa previa y desformalizada en que se ha tomado conocimiento del delito efectuado por un menor de edad y que lo enfrenta al sistema de responsabilidad penal juvenil.

²¹ MATURANA, Cristián, "Los Procedimientos en el Nuevo Sistema Procesal Penal" Apuntes de Derecho Procesal Penal, año 2004. p. 17.

²² *Ibíd.*

No debemos olvidar, que aunque estos niños están en conflicto con la justicia, no dejan de tener su condición de tal, por lo que se diferencian de los adultos tanto en el desarrollo físico como psicológico, y cuyas necesidades a suplir son distintas, tanto en el ámbito emocional como educativo, de lo cual la justicia de menores debe hacerse cargo, teniendo siempre en consideración el interés superior del niño.

2.- Modelos de Administración de Justicia en Menores.-

La evolución de los modelos de administración de justicia de menores ha pasado por diversas tendencias, algunas muy proteccionistas y otras muy represivas para los niños en conflicto con la justicia, lo que hace necesario tener presente sus falencias y aciertos, y de esta manera avanzar hacia un nuevo modelo más integrativo que soslaye los errores del pasado.

Ante esto, daremos una revisión a los distintos modelos de justicia juvenil que han imperado, haciendo un hincapié en la actual tendencia que se está aplicando en diversos países.

Los sistemas para la administración de justicia juvenil se agrupan en los siguientes modelos: el Modelo Protección (*Welfare Model*), el Modelo de Justicia (*Justice Model*) y el Modelo Justicia Restaurativa (*Restorative Justice*).

De los mencionados modelos veremos sus principales características y críticas:

2.1. Modelo Protección (Welfare Model).-

Este modelo consiste principalmente, en que el niño es visto como una víctima del medio que le rodea, por tanto no tiene responsabilidad ni mucho menos culpa.

La intervención del Juez es esencial, quien tiene la labor de analizar la situación personal del niño para aplicar la medida pertinente al caso específico y lograr su reinserción social. En este modelo lo prioritario es el interés superior del niño. Los principios del Derecho Penal ocupan un lugar secundario.²³

El procedimiento para niños infractores de ley y los niños que se encuentran en situación de vulneración en sus derechos, es el mismo. Esto es criticado a este modelo, ya que se trata de situaciones distintas que necesitan procedimientos diferentes para tener una respuesta en específico al caso en particular, pues las necesidades en ambos casos son muy distintas.

Es un modelo calificado como paternalista, en donde el niño no es visto como un ser libre, sino dependiente de su entorno social, por lo que se le denomina también “Modelo Interés del Niño”.²⁴

2.2.- Modelo Justicia (Justice Model).

Este modelo adopta los principios generales del derecho penal, dirigiéndose únicamente a los menores infractores de ley, en base a la relación responsabilidad – sanción, tomando en cuenta los derechos procesales de ellos.

El niño en este modelo es visto como un ser libre de tomar decisiones y que por tanto es responsable de sus actos, siendo castigado conforme a la gravedad del delito cometido y el número. La sanción aplicada es diferente a la de los adultos en gradualidad.²⁵

En este modelo de justicia no se consideran las circunstancias del menor, es decir, no se hace una evaluación de su situación individual ni de las razones que lo

²³ PRIETO, Ana Luisa, “Hacia un Nuevo Modelo para la Administración de Justicia de Menores”, cuaderno de trabajo, Fundación DEM, año 2002, p. 6.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.* p. 7.

llevaron a delinquir, sino que se hace un análisis basado en el hecho en concreto, sin importar el individuo.

Por otro lado, este sistema no abarca la situación de aquellos niños que se encuentran vulnerados sus derechos, ni en situación de riesgo social, sino que está dirigido sólo a aquellos que han infringido la ley penal.

Los objetivos de este modelo son la prevención general y retribución, poniendo el acento en la parte represiva, dejando serias dudas del carácter educativo y de reinserción social. Se le califica como un modelo Rígido y Procesal.²⁶

Hasta ahora, los modelos mencionados se pueden resumir en el siguiente cuadro²⁷:

- Modelo Protección → un JOVEN comete una infracción.
- Modelo Justicia → una INFRACCIÓN cometida por un joven.

Del cuadro podemos apreciar que ambos modelos son muy distintos entre si, cuya respuesta al menor de edad es muy diferente, y en ambos no se contempla de manera específica el caso de aquellos niños que son vulnerados en sus derechos.

Ambos modelos han imperado en diversos países, así como en Chile, siendo la respuesta que el Estado entrega a los niños que han delinquido.

El Modelo de Protección, que corresponde a un sistema de justicia tutelar, imperó en Chile hasta la década de los 90'. Y el modelo Justicia, que es eminentemente garantista, comenzó a regir en nuestro país a partir de 1990 con los defensores de los derechos humanos.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.* p. 8. Síntesis del modelo descrito por Michael Jazmín, Juez en Jefe Adjunto a la Corte de Québec, Canadá, Septiembre de 2001.

Las deficiencias que contienen ambos modelos han llevado a buscar un tercer modelo que cubra aquellas áreas que los anteriores no contemplan y cumplir con la finalidad de la educación y reinserción social de los niños, restableciendo la paz y seguridad de la ciudadanía en forma más participativa e integral. Así surge el modelo de Justicia Restaurativa como un nuevo modelo a seguir y que se está implantando en diversos países.

2.3.- Modelo Justicia Restaurativa (Restorative Justice).

Este modelo de justicia surge en los inicios de la década de los 70, como una forma de tratar los delitos considerados de menor gravedad, y como una alternativa al sistema imperante en la época. En el año 1989, se implanta por primera vez como sistema nacional de justicia juvenil en Nueva Zelanda.

Las raíces de la justicia restaurativa se encuentran en las reuniones whanau de los Maoríes, aborígenes de Nueva Zelanda, quienes consideraban la familia extendida y las relaciones de parentesco para realizar estas reuniones como medio para abordar los problemas de los jóvenes de la tribu.

Es así como Nueva Zelanda toma la antigua tradición maorí que unida al discernimiento moderno, es adaptada a la justicia juvenil como problemática comunitaria, en la cual se busca que el menor infractor de ley asuma su responsabilidad personal por su conducta, que la víctima encuentre la paz y el bienestar, y que la comunidad reconozca la dignidad humana de ambos.²⁸

La justicia restaurativa postula que el proceso de justicia pertenece a la comunidad, en donde un delito representa un quiebre social que debe ser subsanado, reparando o enmendado el daño causado, surgiendo obligaciones y responsabilidades entre los involucrados: el ofensor, la víctima y la comunidad.

²⁸ *Ibíd.* p. 13.

El Dr. Howard Zehr, destacado Profesor de la Universidad Menonita de Harrisonburg, del Estado de Virginia en Estados Unidos, nos sugiere – en una versión adaptada de Tony Marshall²⁹- una definición operativa de justicia restaurativa como “un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”.

En la justicia restaurativa se concibe el delito como un daño que se ocasiona a la persona y a la comunidad en general, es por ello que el objetivo de la justicia restaurativa es que exista una experiencia sanadora para todos los involucrados.³⁰

Por ello, se requiere que en este proceso restaurador se atiendan los daños y las necesidades de las víctimas del hecho delictual, y que el ofensor comprenda su mala acción y asuma las consecuencias de ello.

Lo importante de este modelo, es que crea un sistema participativo de justicia, que centra la acción y respuesta en la sociedad. Se busca la responsabilidad del menor de edad frente a su víctima y la comunidad.

Existen distintas prácticas restaurativas, dentro de las cuales señalaremos tres: las conferencias víctima-ofensor, las conferencias familiares y los círculos. En todas ellas, la participación de la víctima es siempre voluntaria.

En la conferencia víctima-ofensor, en primer lugar se trabaja individualmente con cada parte y luego se les reúne en una conferencia. Existe un facilitador, que es el

²⁹ Tony Marshall, criminólogo Inglés, define la justicia restaurativa como “un proceso en el cual todas las partes interesadas en una ofensa específica se reúnen para decidir colectivamente cómo tratar las secuelas de la ofensa y sus implicaciones para el futuro”.

³⁰ PRIETO, Ana Luisa. Compendio del libro “El pequeño libro de la Justicia Restaurativa” de Howard Zehr. [s.a.] p. 2.

profesional encargado de organizar y dirigir la reunión. Puede existir la participación de la familia sólo como apoyo.³¹

En las conferencias familiares, aumenta el número de participantes, las familias tanto del ofensor como la de la víctima son invitadas, como también puede estar presente un defensor de menores o un abogado, representantes de la comunidad que tengan interés en ello y sirvan de apoyo, como también representantes de la policía.³²

La práctica de los círculos, es originaria de los aborígenes de Canadá. Actualmente, se utiliza para ampliar la participación, se reúnen víctima, ofensores, familiares, miembros de la comunidad, a veces funcionarios del sistema judicial, etc. Todos ellos se reúnen en un círculo donde ofician uno o dos guardianes como facilitadores del proceso, y los participantes hablan conforme el orden del círculo.³³

Al final de esta reunión, el niño firma un contrato frente al Juez y los asistentes, donde se compromete a cumplir lo requerido en un tiempo determinado. Si lo cumple, no registrará condena alguna en sus antecedentes.³⁴

Este modelo de justicia, reconoce claramente el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial, consagrado en la Convención de Derechos del Niño en su artículo 12, permitiendo su participación activa en algo que afecta su propia vida y la de su comunidad.

Por otro lado, podemos indicar que el modelo de justicia restaurativa reduce costos en el sistema de justicia, en el sentido de que se reemplazan los encarcelamientos con salidas creativas y alternativas al sistema judicial. Esto, siempre que se considere que el daño causado es subsanable a la víctima por el menor infractor y que éste puede contribuir a la comunidad. Además, existe un ahorro de

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ PRIETO, Ana Luisa, "Hacia un Nuevo Modelo para la Administración de Justicia de Menores", *Op. cit* p. 12.

gastos ya que se encuentra una solución no judicial a un problema social, evitando que se sobrecarguen los tribunales de justicia, los fiscales, defensores públicos, etc.

Se puede apreciar que éste modelo de justicia ofrece mayores oportunidades de educación para el niño infractor que el modelo de justicia retributiva, ya que el menor asume la responsabilidad de su acto dañino frente a la víctima. Esto, salvo que la víctima no quiera confrontar al menor, lo cual sería una limitante de este sistema.

Las experiencias de este modelo de justicia han sido alentadoras en los países en que se ha instaurado, como ha ocurrido en Australia y Nueva Zelanda.

3.- Actuales Tendencias en Chile.

Nuestro país, ha pasado por diversas etapas en su evolución en el tratamiento de los menores de edad, comenzando por una etapa de invisibilización de los niños en la legislación, donde sólo se tomaban en consideración a las personas que eran mayores de edad. Luego se pasó a un sistema de protección donde el niño se concibe como titular de derechos.

Con anterioridad a la Ley de Menores de 1928 los niños que cometían delitos eran juzgados conforme a las normas de Código Penal y Civil. En cuanto a su responsabilidad, se establecían tramos de edad para determinarla conforme a si tenían o no discernimiento.

Los niños que tenían menos de 10 años estaban exentos de responsabilidad penal; si se encontraban en el tramo de los 10 a los 16 años de edad, el juez debía determinar si el niño tenía o no discernimiento, y tanto los que se consideraba que tenían discernimiento como aquellos que eran mayores de 16 pero menores de 18 años, si se encontraban culpables, se les aplicaba una pena menor que la de los

adultos en gradualidad. Si bien el sistema se basaba en la protección, ésta se ejercía privando de libertad al menor.³⁵

La Ley de Menores de 1928, viene a regular a todos aquellos niños que se encuentran en situación irregular (niños abandonados, abusados, infractores de ley, etc.), sin hacer un mayor cambio a la situación jurídica existente hasta esos momentos. Esta ley fue sufriendo cambios a lo largo de los años, y en el año 1967 fue dictada la Ley 16.618, enmarcada dentro del modelo tutelar, la cual tras varias modificaciones aún sigue rigiendo algunas de sus normas hasta nuestros días.³⁶

A partir de 1990 con la ratificación de la Convención de Derechos del Niño por nuestro país, surge la necesidad de adecuar la legislación, orientando a la justicia de menores a un sistema garantista de respeto de los derechos procesales. Es en este contexto, que en junio del 2007 entra en vigencia la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley N° 20.084), que establece un sistema de justicia especializada para el tratamiento de adolescentes infractores de ley.

Entre los cambios que instaura la Ley 20.084, está la rebaja de la inimputabilidad, estableciéndose el límite para la responsabilidad penal a los 14 años de edad. Además, se establece un sistema de escala general de sanciones, por lo que según sea el delito o infracción cometida se aplicará la sanción allí señalada.

En este modelo justicia o también llamado modelo penal especial juvenil - afianzado a través de la mencionada ley - la reacción del sistema judicial está determinada por los hechos que haya cometido el niño y que estén tipificados en la ley, y no por una evaluación de la situación o circunstancias personales del menor, es decir, lo que se destaca es el hecho, mas no a la persona que lo cometió.

³⁵ METTIFOGO, Decio y SEPÚLVEDA, Rodrigo. "La situación y el tratamiento de jóvenes infractores de ley en Chile", Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, año 2004. p.17.

³⁶ FUENTEALBA ARAYA, Teresita. Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, desde la mirada de las peores formas de trabajo infantil. Revista MAD Niñez y políticas públicas, Edición especial N° 3: 121-145, 2009. p. 125.

En este contexto se puede apreciar, que aunque la Ley 20.084 está inspirada para regular a los adolescentes infractores existe una clara subsidiariedad del sistema penal adulto, esto cada vez que nos remite al Código Penal y Civil. Aquí claramente se puede divisar una pérdida de la especialidad requerida conforme al sujeto específico a regular, que son los niños. Es así, como la ley sustituye las penas señaladas en el Código Penal con las que contempla en su artículo 6º, pero para la equivalencia entre los grados de éstas, serán conforme a las señaladas en el Código Penal.

Cuando nos referimos a especialización, ésta debe ser tomada en sentido de que exista una mecánica o sistema especializado de justicia para los menores de edad, esto es, leyes especialmente dictadas para regularlos, procedimientos especiales, autoridades judiciales y administrativas especializadas en el trato con niños, medidas acordes a su edad, etc. Lo cual, vemos que se ha ido perdiendo en este modelo, que a través de sus reformas se ha vuelto cada vez más represivo hacia los niños en conflicto con la justicia.

El actual sistema, si bien tiene un órgano persecutor penal específico para tratar aquellos casos de niños infractores de ley, las personas que allí se desempeñan no son necesariamente especialistas en menores de edad, lo cual es una falencia del sistema que debiera ser subsanada. Por otro lado, Los tribunales de Menores fueron abolidos completamente, aquellos niños menores de 14 años y que por tanto son inimputables, como asimismo aquellos niños vulnerados en sus derechos, no tienen un órgano especial que los acoja, por lo que son derivados a los tribunales de familia, no existiendo un procedimiento, ni autoridades especializadas que atiendan sus necesidades conforme a su condición especial.

No obstante, debemos rescatar que aunque en Chile no hemos adoptado el modelo de justicia restaurativa, sino más bien seguimos en el de justicia retributiva, tenemos algunas prácticas restaurativas que se están implementando en el actual sistema como son: las salidas alternativas, los acuerdos reparatorios, trabajos en beneficio de la comunidad, entre otros.

En consecuencia, si bien nuestro país ha avanzado a lo largo de la historia en el tratamiento a los niños infractores de ley, aún existen muchas circunstancias que deben ser revisadas y modificadas, en busca de un mejor y efectivo tratamiento para ellos, donde la respuesta que el Estado les entrega sea eficiente, logrando su rehabilitación y reinserción social a tiempo.

Ante esto debemos visualizar que el actual sistema garantista no ha ofrecido en la práctica lo que se esperaba, es así como Atilio Álvarez, Defensor Público de Menores de la República de Argentina en el I Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa, Lima – Perú, Noviembre de 2009, señaló que “El neoretribucionismo, aún en sus formas mitigadas, significa un retroceso toda vez que se vuelve a la incriminación temprana con la baja edad de responsabilidad penal, a la creación de tipos penales especiales para adolescentes y a centrar la atención en las reformas de lo instancial –organización de los tribunales- más que en un tratamiento mismo. Se pervierte así el texto expresivo del artículo 5, inciso 5 del Pacto de San José de Costa Rica, que exige tribunales especializados para atender a los jóvenes que puedan ser procesados”.³⁷

Por ello, para lograr este avance hacia un mejor modelo debemos atender a los lineamientos que nos entregan los actuales instrumentos internacionales y apreciar las experiencias que han tenido otros países, como lo que está ocurriendo actualmente con el modelo de justicia restaurativa a nivel mundial.

³⁷ ÁLVAREZ, Atilio. “El dilema de América Latina ¿Neorretribucionismo o justicia juvenil restaurativa?”, En: I Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa: 4 al 7 de Noviembre de 2009. Lima – Perú. pp. s.p.

CAPÍTULO II

LAS FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO DE MENORES EN RELACIÓN A LOS NIÑOS EN CONFLICTO CON LA JUSTICIA

En este capítulo analizaremos las diversas disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales en relación con los niños en conflicto con la justicia.

1.- Fuentes Internacionales:

Existen fuentes internacionales específicas y no específicas aplicables a los niños en conflicto con la justicia.

Los instrumentos internacionales no específicos a los niños pero que igualmente se les aplica, son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966; la Convención para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de 1979.

En cuanto a los instrumentos internacionales específicos para los niños en conflicto con la justicia, estos son: La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 (CDN); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores “Reglas de Beijing” de 1985; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) de 1990; las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana) de 1990; y las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) de 1990, - es la única de las mencionadas que no es específica para niños,

pero se les aplica; y la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño, sobre “Derechos de los niños en la justicia de menores” de 2007.

1.1.- Convención sobre los Derechos del Niño.

El 20 de noviembre de 1989 fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas, siendo considerado como el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derecho humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Los Estados que la suscriban, ratifiquen o se adhieran, se comprometen a proteger y asegurar los derechos de los niños, y se les considera responsables de este compromiso ante la comunidad internacional, estando obligados a estipular y llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.³⁸ Tratándose de un instrumento vinculante y de carácter imperativo.

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) establece en sus 54 artículos los derechos de los niños y niñas de todo el mundo, donde reafirma todos los derechos fundamentales de las personas consagrados en otros instrumentos internacionales e incorpora derechos igualmente fundamentales cuyos únicos titulares son los niños, siendo el primer instrumento internacional exclusivamente dedicado a ellos, y que reconoce que precisan de cuidados y asistencias especiales. Teniendo presente que, como lo señala la Declaración de Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”

Es así, como el niño en su calidad de persona humana es elevado a la categoría de sujeto de derechos fundamentales, siendo el titular de los derechos consagrados en la CDN.

³⁸ UNICEF, “Convención sobre los Derechos del Niño”. [En línea] <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30160.html>, [consulta: 30 noviembre 2009].

Para un mejor estudio de los derechos fundamentales de los niños consagrados en la CDN, que a su vez se encuentran inmersos en los derechos humanos en general, se les clasifica a través de las denominadas 3 P.³⁹

- Provisión: comprende los derechos de los niños a poseer, recibir o tener a ciertas cosas o servicios que garanticen su desarrollo armónico e integral como seres humanos, en los aspectos físico, intelectual y afectivo.
- Protección: comprende el derecho de los niños a ser protegido de ciertos actos o prácticas que atenten contra las posibilidades de su desarrollo integral como seres humanos.
- Participación: comprende el derecho de los niños a pensar, a hacer cosas, a expresarse libremente, y a tener voz efectiva sobre cuestiones que afecten su propia vida y la de su comunidad.

Es así, como encontramos en la “P” de la participación los artículos 37 y 40 correspondientes a los niños en conflicto con la justicia, que son nuestro objeto de estudio.

Como se dijo en el capítulo anterior, la CDN señala en su artículo primero el concepto de niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En la etapa investigativa del procedimiento de justicia juvenil, en donde a un niño infractor se le imputa la comisión de un delito o es sospechoso de ello, la CDN en su art. 37.b señala que “Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad

³⁹ PRIETO, Ana Luisa. “De la declaración de los Derechos del niño a la Convención de los derechos del niño: Nuevas bases para los deberes de la sociedad con respecto de los niños”, Convención de los Derechos del Niño, UNICEF. 1988. p. 28.

con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más corto posible que proceda”.

También existe la preocupación internacional del trato que se les da a los niños infractores de ley durante su arresto por parte de los funcionarios encargados, ante esto la CDN señala en su art. 37.a. que “Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...”, y a su vez en la letra C del mismo artículo establece que “Todo niño privado de su libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad...”. Además, se consagra el principio básico de separación de los adultos, con la finalidad de proteger a los niños contra la explotación, los abusos y las influencias negativas de estos, señalando que “...En particular, todo niño privado de su libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño...”, la excepción de la que se hace referencia, se entiende en aquellos casos en que los niños son arrestados junto a sus padres, como son los casos de inmigración ilegal.

Asimismo, en la CDN se señala la responsabilidad de los Estados Partes en que los niños en conflicto con la justicia sean tratados “...de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y valor que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño...”. Se destaca también por la CDN, en el tratamiento de un niño infractor de ley, que los Estados deben tener en cuenta “... la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40.1.)

En el art. 40.2.a. de la CDN establece lo que deben garantizar los Estados Partes, señalando que no se alegue, acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido leyes penales “...por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.

Por otro lado en el caso de aquellos niños que se les acuse de haber infringido la ley, la CDN garantiza la “presunción de inocencia” mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

También se garantiza el derecho del niño a ser informado “...sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o representantes legales, de los cargos que pesan sobre él, y que dispondrá de asistencia jurídica u otra apropiada en la preparación y presentación de su defensa” (art. 40.2.b - ii.).

En cuanto a la causa de un niño en conflicto con la justicia, esta deberá ser dirimida sin demora, a una audiencia equitativa conforme a la ley y en presencia de su asesor jurídico u otro asesor adecuado, salvo que ello sea contrario al interés superior del niño (art. 40.2. b - iii). Y que deberá contar con asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o habla el idioma utilizado (art. 40.2. b - vi). Y respecto de su testimonio, éste no será obligado a prestarlo o a declararse culpable, respetando en todo momento su vida privada.

Si el menor de edad, es declarado culpable de haber infringido la ley penal, que esta decisión pueda ser revisada por un órgano superior, independiente e imparcial, conforme a la ley (art. 40 letra b - v).

En relación a la especialidad, la CDN le señala a los Estados Partes que deben establecer leyes, procedimientos, autoridades e instrucciones específicos para los niños en conflicto con la justicia. Además, deben establecer la edad mínima por la cual un niño no es considerado capaz de infringir la ley penal, en nuestro país dicho límite se encuentra en los 14 años de edad.

También la CDN señala que cuando sea apropiado y deseable, que se adopten medidas en procedimientos no judiciales, siempre que se respeten plenamente los derechos y garantías de los niños (40.3.b.). Posteriormente, enumera una variedad de medidas alternativas que se deben considerar y que podrían ayudar a evitar sentencias

que conlleven a la privación de libertad de un menor de edad, y en las cuales, “los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción” (40.4.).

No obstante, se señala que en la aplicación de las disposiciones de la CDN, se atenderá siempre a la que sea más favorable para los niños, es decir, si ha nivel nacional existe una ley más favorable para el menor de edad, se aplicará ésta en vez de la contenida en la CDN (art. 41).

1.2.- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)

Durante el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en Caracas – Venezuela (1980), se formularon varios principios básicos que se reflejaron en un conjunto de reglas a fin de proteger los derechos fundamentales de los niños en conflicto con la justicia elaborados por el Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, presentados en el Séptimo Congreso celebrado en Milán – Italia, y que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en Noviembre de 1985.

Estas reglas conocidas generalmente con el nombre de Reglas de Beijing, representan las condiciones mínimas aceptadas por Naciones Unidas para el tratamiento de los delincuentes juveniles en todo sistema jurídico, y que si bien son anteriores a la Convención sobre los Derechos del Niño, ésta le ha dado valor obligatorio al retomar sus disposiciones.

El ámbito de aplicación de las Reglas de Beijing aparece claramente en su regla 3.1., al señalar que “...no sólo se aplicarán a los menores delincuentes, sino también a los menores que pueden ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos”; Estos son los llamados “delitos en razón de su condición”, donde se consideran como delitos conductas

realizadas por niños por su condición de tal, y que no son sancionadas para los adultos, así por ejemplo, desobediencia en la escuela.

Las Reglas de Beijing nos mencionan los objetivos de la justicia de menores, destacando como primer objetivo el fomento del bienestar del menor en todo sistema jurídico, y en este contexto, aquellos países que han adoptado un modelo de justicia penal beneficien las salidas alternativas a las sanciones meramente penales (Regla 5.1.).

Como segundo objetivo se menciona el principio de proporcionalidad, como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, donde el niño en conflicto con la justicia tenga su merecido no sólo según la gravedad del delito, sino que además se consideren sus circunstancias personales, como son: su situación familiar, situación social, el daño causado, los esfuerzos para indemnizar a la víctima, su disposición para llevar una vida buena y útil, etc. Es decir, una proporcionalidad en la respuesta que el sistema de administración de justicia le entrega al menor infractor conforme a las circunstancias de él y del delito cometido, incluyendo a la víctima.⁴⁰

Lo anterior no se debe confundir, pues lo que se busca no es la impunidad sino más bien un justo merecido, que la sanción o medida que se le aplique al niño no sea ni mayor ni menor a lo que cometió conforme a las circunstancias, es decir, una proporcionalidad.

En cuanto a las facultades discrecionales del juez, las Reglas de Beijing señalan que deben ser limitadas, en todas las etapas del procedimiento, incluyendo la investigativa, y de esta forma restringir cualquier abuso en las medidas que adopte un juez como adecuadas a un caso en particular, salvaguardando de esta manera, los derechos del niño infractor de ley (Regla 6).

⁴⁰ Comentario, regla 5 de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores “Reglas de Beijing”.

Conforme a los diversos instrumentos internacionales las Reglas de Beijing reconocen como aspecto importante para un juicio justo e imparcial el respeto a las garantías procesales básicas tales como: la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho a asesoramiento, derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior (Regla 7).

Sin embargo, las Reglas de Beijing fomentan la práctica llamada Remisión (Regla 11), la que consiste en evitar recurrir a los tribunales de justicia y por ende el contacto del niño infractor con el sistema judicial formal, salvo aquellos casos graves.

Respecto de la investigación y procesamiento de un menor de edad, en el primer contacto de él con el sistema judicial, al ser detenido, se debe notificar inmediatamente a sus padres o tutores, o en el más breve plazo posible (Regla 10). A su vez, esta regla señala que “El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor”, esto para que este momento sea lo menos traumante para el niño, además de que dentro de estos procedimientos se vele por el bienestar del menor, evitando que pueda sufrir algún daño por funcionarios policiales u otros encargados de hacer cumplir la ley.

Es así, como en la Regla 12, trata de la especialización policial, donde los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que intervengan en la administración de justicia de menores tengan una formación especializada en el trato con menores de edad.

Por otro lado, al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing señalan que la prisión preventiva debe aplicarse “como último recurso y durante el plazo más breve posible” (Regla 13). Además, se señala que se deben privilegiar las medidas sustitorias de la prisión preventiva, y que en caso contrario, si el joven es recluido, deberá estar separado de los adultos detenidos. En todo caso, debe recibir los cuidados, protección y asistencia propia a su condición.

En consecuencia, Las Reglas de Beijing siempre están orientadas a procurar el bienestar del menor, y en lo posible reducir la necesidad de intervenir judicialmente, y de someter al menor a un tratamiento efectivo, humano y equitativo, siempre con la participación de la familia y la comunidad.

1.3.- Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil (Directrices RIAD).

La Asamblea General de Naciones Unidas, teniendo en cuenta la Declaración de Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, adopta y proclama el 14 de diciembre de 1990 las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil en su resolución 45/112, y exhorta a los Estados Miembros a que apliquen las Directrices en la legislación, la política y la práctica, dentro del contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada país

Las medidas para la prevención de las infracciones juveniles contempladas en las Directrices, se pueden clasificar en distintos niveles⁴¹:

- Prevención Primaria, son medidas generales que promueve la justicia social y la igualdad de oportunidades, abordando así las causas principales de la delincuencia, tales como la pobreza y otras formas de marginación;
- Prevención Secundaria, son las medidas encargadas a asistir a los niños que puedan correr peligro, como por ejemplo aquellos casos en que los padres por diversos motivos no se ocupan de ellos.

⁴¹ JUSTICIA Juvenil, Centro Internacional para el desarrollo del Niño de UNICEF, Florencia – Italia, Innocenti Digest (3), 1998. p. 15.

- Prevención Terciaria, referida a los planes diseñados para evitar que los niños entren innecesariamente en contacto con el sistema judicial formal, y otras medidas para impedir que reincidan.

La prevención de la delincuencia juvenil de que tratan las Directrices Riad es entendida como una "...parte esencial de la prevención del delito en la sociedad..." (1), para ello se debe considerar que "el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta" (5.e). Por lo que la respuesta a estas conductas debe ser comunitaria y sólo en última instancia, recurrir a los tribunales de justicia.

Ante esto, se persigue que los Estados elaboren medidas tendientes a evitar la criminalización y penalización de un niño por una conducta que no causa graves perjuicios a sí mismo y a la sociedad. De este modo, se adopten medidas que eviten que los niños infractores de ley entren en procedimientos judiciales.

Además, se señala que "Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes" (52). Esta especialidad necesaria en materia de menores se refleja en todos los instrumentos internacionales, es así como también, las Directrices recomiendan que se pueda crear un puesto de mediador o un órgano análogo para jóvenes que garantice el respeto a su condición jurídica, sus derechos e intereses, así como también la posibilidad de remisión (57).

Asimismo, se señala que los actores que intervienen en el primer contacto del menor con el sistema de justicia, debe ser personal capacitado en tratar con menores de edad, tanto los funcionarios de hacer cumplir la ley como demás funcionarios pertinentes, y en la medida de lo posible, sustraer a los jóvenes del sistema de justicia penal (58).

Por tanto, las Directrices Riad al igual que los otros instrumentos internacionales en materia de menores, tiene la finalidad de que a través de diversas medidas preventivas se pueda evitar el contacto de un niño infractor de ley con el sistema judicial, cuando sea innecesario, y en caso contrario se recurra como última instancia, y siempre velando por la protección del bienestar, el desarrollo, los derechos e intereses de los niños.

1.4.- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (Reglas de La Habana)

La Asamblea General adoptó en diciembre de 1990 las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, denominadas también Reglas de la Habana, cuyo objeto es establecer las normas mínimas aceptadas por Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, en busca de contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración a la sociedad.

Las Reglas de la Habana nos define lo que se entiende por privación de libertad, como “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”(11.b.).

Es así, como dentro de sus perspectivas fundamentales se señala que el sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental (1). La privación de libertad se debe usar como último recurso, y en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores (12).

Los niños infractores de ley que estén detenidos bajo arresto o en espera de juicio, se les presume inocentes y deben ser tratados como tal. Y en todo caso, cuando se recurra a la detención preventiva, ésta deberá ser en el plazo más breve posible (17).

Las Reglas de la Habana nos enumeran las condiciones mínimas de detención de un niño en conflicto con la justicia, sin ser taxativa; en principio se garantiza el derecho al asesoramiento jurídico, por lo que el niño infractor puede solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista. Por otro lado, y siempre que sea posible se les dará la posibilidad de realizar un trabajo remunerado y de continuar con sus estudios. Y además, se les autorizará a tener material de entretenimiento y recreo (8).

En la administración de justicia en menores, siempre se tendrá la finalidad de reintegrar en la comunidad al niño en conflicto con la justicia, por ello las Reglas de la Habana señalan que deberá beneficiarse al menor de las medidas que le puedan ayudar a su reintegración a la sociedad, la vida familiar y a su educación o trabajo (79), por lo que, es tarea de las autoridades competentes crear estas medidas que ayuden a los menores a su reinserción.

También se destaca la especialidad del personal competente para tratar con menores infractores, quienes deben ejercer sus funciones en centros de detención con respeto y protección a la dignidad y los derechos humanos fundamentales de todos los menores (87), quedando fuera cualquier tipo de maltrato bajo ninguna circunstancia.

Por tanto, las Reglas de la Habana reconocen la vulnerabilidad de los menores privados de su libertad, y que por ende deben tener una especial atención por parte del Estado, debiendo garantizar sus derechos y bienestar mientras dure la privación de libertad, la que en todo caso, debe aplicarse como una medida de último recurso y por el menor tiempo posible.

1.5.- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).

Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1990, conforme al reconocimiento de la necesidad de elaborar métodos y estrategias locales, nacionales, regionales a internacionales en el tratamiento no institucional del delincuente y en el convencimiento de que las medidas no privativas de libertad pueden ser un medio eficaz para el tratamiento del infractor en la comunidad.

Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de medidas no privativas de libertad, conocidas también como Reglas de Tokio, tienen por objeto fomentar una mayor participación de la sociedad en la gestión de justicia penal, especialmente en el tratamiento del delincuente, y de éstos con la sociedad.

Es un instrumento internacional no específico para menores de edad pero su contenido les es aplicable en forma general, y que consiste en una serie de principios básicos que buscan promover la aplicación de medidas no privativas de libertad.

Dentro de la etapa previa al juicio, las Reglas señalan que siempre que proceda conforme al ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otro organismo competente en materia penal, tenga la facultad de retirar los cargos contra el delincuente, cuando esto sea procedente. Y en casos de poca importancia el fiscal pueda imponer la medida no privativa de libertad adecuada conforme al caso en concreto (5.1.).

Al igual que otros instrumentos internacionales, se reconoce la aplicación de la prisión preventiva como último recurso en materia penal conforme a la investigación del supuesto delito, la protección de la sociedad y de la víctima (6.1). Es así, que se señala que “las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se apliquen lo antes posible” (6.2). Y, en caso de que se aplique la prisión preventiva, ésta deberá durar el menor tiempo posible, conforme se logren los objetivos buscados, y siempre que se apliquen con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

1.6.- Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprueba el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en diciembre de 1979, y decide transmitirlo a los gobiernos con la recomendación de que lo consideren para su uso en la legislación o prácticas nacionales como un conjunto de principios que han de ser observados por los funcionarios que hacen cumplir la ley.

Se reconoce por la Asamblea General, como una medida importante para garantizar la protección de todos los derechos e intereses de los ciudadanos el establecimiento de un código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

A su vez, se tiene presente que todo órgano de aplicación de la ley debe ser representativo de la comunidad, cuyos funcionarios encargados de tal tarea, forman parte del sistema de justicia.

En el artículo primero del mencionado Código se señala que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en todo momento cumplirán con los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales...”. Con la expresión “funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” el Código se refiere a todo agente de la ley que ejerce funciones de policía, especialmente aquellos que poseen facultades de detención o arresto.

Respecto a las tareas que cumplen estos funcionarios, el Código señala que deberán realizarlas en respeto y protección de la dignidad humana, manteniendo y defendiendo los derechos humanos (art. 2), por lo que sólo podrán usar la fuerza en la medida que sea estrictamente necesario y que las circunstancias lo ameriten, como en la prevención del delito o para efectuar la detención del delincuente o presunto delincuente. Esto es un claro límite al uso de fuerza por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en el desempeño de sus tareas.

Si bien el mencionado Código no es específico para menores de edad, se les aplica como instrumento internacional general, toda vez que los funcionarios en el desempeño de sus tareas se relacionen con niños infractores de ley, en cualquier etapa del procedimiento, ya sea durante el primer contacto del menor con el sistema de justicia, como es el caso de la detención, o cuando estos menores son privados de su libertad bajo alguna medida que deban cumplir.

Sin embargo, no debemos olvidar que en materia de Derecho de Menores, los funcionarios deben estar especialmente capacitados para relacionarse con niños, es así como lo contempla la regla 12 de Las Reglas de Beijing al señalar la necesidad de una formación especializada de todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que intervienen en la administración de justicia de menores, sobretodo si consideramos que son los primeros en tener contacto con el menor infractor, por ello la importancia de que procedan en forma adecuada e informada.

De igual manera, el artículo 15 de nuestra Ley de Menores contempla que la Policía de Menores debe ser un personal especializado en el trabajo con menores de edad, a su vez, el artículo 30 de nuestra actual Ley de Responsabilidad Penal Adolescente hace mención sobre la capacitación de las policías.

Existe una preocupación a nivel internacional sobre respeto a los derechos y garantías de las personas y a su dignidad humana, en el caso de niños en conflicto con la justicia, el tema es aún más delicado, ya que al ser sometidos al sistema judicial y sobretodo en la etapa primarias del procedimiento de justicia juvenil, como son el arresto o detención del menor y hasta antes del juicio, están más expuesto a ser víctima de la violación o desconocimiento de sus derechos. Por ello, es importante la aplicación tanto del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, como también de los instrumentos internacionales específicos para ellos que regulen dichas situaciones en busca del bienestar del menor.

2.- Comité de Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en su artículo 43 estableció la creación de un Comité de los Derechos del Niño (en adelante Comité), el cual está compuesto por dieciocho expertos independientes, los cuales son elegidos por los Estados Partes, por un período de 4 años, pudiendo ser reelectos por un período más. Se seleccionan en base a su integridad moral, conocimientos, experiencias y capacidades personales. Al mismo tiempo se consideran criterios de equidad en relación a la distribución geográfica, como también la representación de los principales sistemas legales.

El Comité es el órgano encargado de la vigilancia de la CDN, su mandato es vigilar y monitorear las medidas adoptadas para poner en práctica las provisiones y principios de la CDN, y examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes.

También, el Comité supervisa la aplicación de los protocolos facultativos de la CDN, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.⁴²

Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la CDN y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales".⁴³

El Comité también examina los informes adicionales que deben presentar los Estados que se han adherido a los dos protocolos facultativos de la CDN.

⁴² NACIONES UNIDAS. Comité de los Derechos del Niño: Vigilancia de los Derechos del Niño, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [En línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>>, [consulta: 02 diciembre 2009].

⁴³ *Ibíd.*

Además, El Comité publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general.⁴⁴

Dentro de las observaciones generales que hace el Comité analizaremos la Observación General N° 10, correspondiente a los derechos del niño en la justicia de menores.

2.1.- Opinión General N° 10.

El Comité General de Derechos del Niño, con fecha 2 de febrero de 2007 dictó la observación general n° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. Ello en razón de la preocupación del Comité por el cumplimiento de los Estados Partes de lo que establece la CDN en sus artículos 37 y 40 principalmente, en materia de derechos procesales, elaboración y aplicación de medidas con respecto a los niños en conflicto con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, y la privación de libertad como último recurso.

Asimismo, el Comité se preocupa de la falta de información sobre las materias que los Estados Partes han adoptado para evitar que los niños entren en conflicto con la justicia, además desea proporcionar orientación y recomendaciones más precisas para el establecimiento de una administración de justicia de menores conforme a la CDN. Dicha justicia debe promover la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos y la justicia restaurativa.

El Comité señala que los Estados Partes deben elaborar y aplicar una política general de justicia de menores, la cual no debe limitarse a los artículos 37 y 40 de la CDN, sino que también se deben considerar los artículos 2, 3, 6, y 12.

⁴⁴ *Ibíd.*

Dentro de los objetivos de la observación general nº 10 están: 1) Alentar a los Estados Partes a elaborar y aplicar una política general de justicia de menores a fin de prevenir y luchar contra la delincuencia juvenil sobre la base de la CDN; 2) Ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones sobre el contenido de esa política general de justicia de menores, con especial atención en la prevención de la delincuencia juvenil, y de que se adopten medidas sin recurrir a procedimientos judiciales; 3) Promover una integración en la política nacional de menores con normas internacionales como son las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices RIAD).

Además, el Comité enuncia una serie de principios para una política general de justicia de menores:

- Principio de la No discriminación: se encuentra consagrado en el art. 12 de la CDN, y los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños en conflicto con la justicia.
- El interés superior del niño: art. 3 de la CDN, se señala que en la administración de justicia el interés superior del niño debe ser considerado como primordial. Ello en razón de que los niños se diferencian de los adultos en su desarrollo físico y psicológico como también en las necesidades emocionales y educativas. Es por ello, su menor culpabilidad y la justificación de un sistema separado de justicia.
- Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: art. 6 de la CDN, es un derecho intrínseco a todo niño, lo cual, como señala el comité, debe servir de guía e inspirar a los Estados Partes para elaborar políticas y programas nacionales de prevención de la delincuencia juvenil. Además, señala que la privación de libertad trae consecuencias negativas en los niños en cuanto a su

desarrollo e integración social, por lo que debe ser utilizada como último recurso, según establece el art. 37 de la CDN.

- Respeto a la opinión del niño: art. 12 de la CDN, trata del derecho del niño a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que le afecten, en cada etapa del proceso de justicia de menores. El Comité observa que ello es importante para el disfrute de sus derechos, siendo una poderosa reforma y mejora.
- Dignidad: art. 40.1. de la CDN, este derecho debe respetarse y protegerse durante todo el proceso de la justicia de menores, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de las medidas que se hayan adoptado, según observa el Comité. Y que el trato que el personal de la administración de la justicia de menores tenga con el niño sea considerando su desarrollo y buscando su bienestar. Además, insta a los Estados Partes a que adopten medidas eficaces para evitar toda forma de violencia hacia los niños en todas las etapas del proceso de justicia de menores (en el primer contacto con la policía, en la detención preventiva, etc.)

El Comité hace algunas recomendaciones a los Estados Partes en la generación de una política general de justicia de menores, entre las cuales están las siguientes:

- Prevención de la delincuencia juvenil: el Comité recomienda a los Estados Partes que incorporen en su política nacional general de justicia de menores las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices RIAD), y agrega que se debe prestar una especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de todos los niños en particular en el ámbito de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes en situación similar, la escuela, el medio laboral, formación profesional, también mediante organizaciones voluntarias.

- Intervenciones y remisión de casos: es señalado por el Comité que las autoridades pueden adoptar dos tipos de medidas en relación con los niños en conflicto con la justicia, como son: adoptar medidas sin recurrir a procedimientos judiciales o adoptar medidas dentro de un contexto judicial, y en ambos casos con pleno respeto de los derechos y garantías legales de los niños.

Respecto de la intervención sin recurrir a procedimientos judiciales, y según lo señalado por el art. 40 párrafo 3 de la CDN, el Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas que no supongan recurrir a procedimientos judiciales, siempre que ello sea apropiado y deseable. Además de evitar la estigmatización, considerando que ello es positivo para los niños, la seguridad pública y es más económico. Este tipo de medidas que se adopten son entregadas a discreción de los Estados Partes en cuanto a la naturaleza y contenido exacto de ellas.

En cuanto al pleno respeto de los derechos humanos y las garantías legales, el Comité se remite al art. 40 de la CDN, destacando lo siguiente:

La remisión de casos⁴⁵, sólo deberá utilizarse cuando existan las pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito que se le acusa; o que él haya admitido libre y voluntariamente su responsabilidad en ello, sin intimidación o presión, y de que ello no se utilizara en otro procedimiento posterior. El consentimiento a la remisión debe ser libre, voluntario e informado.⁴⁶

Además el Comité señala que la legislación debe contener indicaciones concretas sobre cuándo es posible la remisión, las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos involucrados en la decisión para proteger al niño de

⁴⁵ La remisión de casos, son aquellas medidas para tratar a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, sin recurrir a procedimientos judiciales.

⁴⁶ El comité destaca que el consentimiento debe ser entregado por el niño basado en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido, la duración de la medida y las consecuencias si no coopera con la ejecución de ella.

toda discriminación. Debe darse la oportunidad de asesoramiento jurídico al niño, sobre la conveniencia e idoneidad de la remisión y la posibilidad de revisión de la medida. La remisión efectiva de un niño deberá dar cierre definitivo del caso sin dejar registros penales, siendo un expediente confidencial sólo para fines administrativos.

En cuanto a las intervenciones en procedimientos judiciales: la autoridad competente (fiscalía) al iniciar un procedimiento judicial debe aplicar los principios de un juicio imparcial y equitativo, además aplicar medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como último recurso.

El Comité hace presente a los Estados Partes conforme al art. 40 de la CDN, que la reintegración requiere que no se adopten medidas que puedan dificultar la plena participación del niño en su comunidad.

- Dentro de las garantías de un juicio imparcial, el Comité hace referencia a diversos principios que deberán ser contemplados como son: la presunción de inocencia (art. 42.2.b.i. CDN); el derecho a ser escuchado (art.12 CDN); el derecho a una participación efectiva en los procedimientos (art. 40.2.b.iv. CDN); Información sin demora y directa de los cargos (art. 40.2.b.ii. CDN); Asistencia Jurídica u otra apropiada (art. 40.2.b.ii. CDN); Decisiones sin demora y con participación de los padres (art. 40.2.b.iii y iv CDN); Derecho de Apelación (art. 40.2.b.iv CDN); todos los cuales trataremos más adelante en detalle.

2.2.- Informes del Comité de Derechos del Niño en respuesta a Chile, en lo relativo a los niños en conflicto con la justicia, con especial mención a las situaciones en la etapa investigativa.

De acuerdo con el artículo 44⁴⁷ de la CDN, los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité informes periódicos sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos en la CDN y sobre los progresos realizados en cuanto al goce de esos derechos.

Los informes deben indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente CDN. Deben asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la CDN en el país de que se trate. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes, la información básica presentada anteriormente.

El Comité recaba también información escrita procedentes de otras fuentes, tales como las ONG (Organizaciones No Gubernamentales) e Intergubernamentales.

⁴⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 44 "1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:
a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;
b) En lo sucesivo, cada cinco años.
2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.
3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en lo sucesivo informes presentados de conformidad con los dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.
4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.
5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.
6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos".

Además, se espera que los Estados Partes den a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Nuestro país ha pasado por tres procesos de entrega de informes al Comité desde que ratificó la CDN en año 1990, lo cual, pasaremos a revisar, basándonos principalmente, en las medidas respecto de los niños en conflicto con la justicia:

2.2.1.- Primer Proceso.

El primer informe del Estado de Chile sobre las medidas adoptadas para dar cuenta del grado de avance y cumplimiento a nivel nacional de los derechos establecidos en la CDN, fue elaborado entre el Gobierno de Chile y la sociedad civil representada por el Grupo de Apoyo a la CDN, GAN. 22 de Junio de 1993.⁴⁸

El mencionado informe trata de diversos temas sobre la aplicación de los derechos del niño en Chile, en lo que respecta a los niños en conflicto con la justicia, el informe señala que existe una política especial en relación con las ordenes judiciales en niños menores de 18 años de edad. Si bien se reconoció que los niños sólo pueden ser retenidos en recintos especialmente dependientes de la policía de menores, por no existir recintos suficientes para ello, aún existían aproximadamente setecientos menores en recintos carcelarios de adultos, en secciones separadas con programas de rehabilitación según un informe de Gendarmería de Chile, y que el número de niños recluidos en recintos de adultos fue disminuyendo en un 20% los dos últimos años antes de presentado el informe.

El Estado de Chile también informó al Comité que la función de protección de los niños la realiza a través del Servicio Nacional de Menores (SENAME), como organismo dependiente del Ministerio de Justicia en colaboración con instituciones privadas sin

⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/3/Add.18, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención: Chile, Naciones Unidas, 22 de junio del 1993. p. 5.

finés de lucro reconocidas oficialmente como depositarias de esta función. Además se especificó que existían en ese momento veintisiete establecimientos de protección de menores y que desde 1990 se desarrollaron modalidades no tradicionales de atención, incluyendo los Centros Nacionales de Diagnóstico y Orientación Familiar, el Programa de Apoyo a Jóvenes Retenidos, el Servicio Especializado de Asistencia Judicial y el Programa Niño, Familia y Comunidad.

En las Observaciones que hizo el Comité al primer informe entregado por nuestro país, destacó como aspecto positivo que durante ese periodo se hayan adoptado importantes medidas para armonizar la legislación nacional con disposiciones de la CDN y que se hayan establecido mecanismos de vigilancia, incluido el Servicio Nacional de Menores (SENAME), encargados de ayudar y proteger a los niños y a los jóvenes en circunstancias especialmente difíciles.⁴⁹

Dentro de los factores y dificultades para la aplicación de la CDN, el Comité reconoció que las exigencias en materia de rehabilitación y reintegración social habían sido considerables, no menos respecto de los niños.

En las Recomendaciones que hizo el Comité a nuestro país, estaba el que se estableciera un sistema jurídico de administración de justicia para menores a la luz de los principios y disposiciones de la CDN, en particular los artículos 37 y 40, así como de otras normas pertinentes de las Naciones Unidas, incluidas las Reglas de Beijing, las Reglas de la Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Riad. A su vez, recomendó que tal sistema jurídico abordara la importante cuestión de la edad mínima de la responsabilidad penal, a la luz de los mejores intereses de los niños.⁵⁰

⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/15/Add.22, "Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile", Naciones Unidas; 22 de abril de 1994. p. 2.

⁵⁰ *Ibid.*

Por último el Comité recomendó que se diera amplia publicidad a las disposiciones de la CDN entre el público en general y, en particular, entre profesores, trabajadores sociales, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, personal de las instalaciones de corrección, magistrados y miembros de otras profesiones que se ocupan de la aplicación de la CDN.⁵¹

2.2.2.- Segundo Proceso.

El segundo informe periódico presentado por el Estado de Chile al Comité en virtud del art. 44 de la CDN (periodo 1993-1998), dio cuenta de los logros obtenidos y las mejoras respecto de las observaciones hechas por el Comité al primer informe.

En este informe el Estado Chileno dio cuenta, entre otras cosas, de su política relativa al respeto y reconocimiento de las libertades fundamentales y sobre las garantías de los niños privados de libertad. En virtud de ello, era un compromiso prioritario para el Gobierno la reforma integral de la legislación de menores en materia infraccional, lo que se materializó dictando una serie de leyes y decretos que progresivamente fueron dando cumplimiento a las normas internacionales, entre ellas las destinadas a crear equipos para erradicar a los menores de las cárceles de adultos, el Decreto N° 778 de 18 de mayo de 1994 suprimió la posibilidad de ingresar menores inimputables a las cárceles y la Ley 19.343 del 3 de octubre de 1994 sobre la erradicación de menores de establecimientos penitenciarios. La ley 19.257 modificó el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención y estableció normas sobre protección de los derechos de los ciudadanos, además, esta ley señaló las circunstancias en que la policía tiene la obligación de detener, así como el deber de los funcionarios públicos a cargo del procedimiento de detención o aprehensión de informar verbalmente de la razón de la detención o aprehensión, y los

⁵¹ *Ibíd.*

demás derechos que establece la ley⁵². Entre otras normas, esta ley estableció el derecho del detenido o preso, aún cuando se encuentre incomunicado, para que en su presencia, a la mayor brevedad y por los medios más expeditos posibles se informe a su familia, a su abogado o a la persona que se indique, del hecho y la causa de su detención o prisión.

A su vez, el Estado de Chile informó al Comité un proyecto de reforma a la legislación de menores, y agregó que en materia de infracciones juveniles a la ley penal uno de los principios rectores del proyecto en materia infraccional es el reconocimiento de la calidad de "persona" y de las especiales necesidades de los niños y adolescentes. Además, este proyecto reconocía al niño y adolescente como sujeto de derecho responsable, en su medida, por las infracciones que comete. Se excluye en el proyecto cualquier forma encubierta de aplicación de medidas privativas de libertad por conductas no punibles para los adultos, y establecía un catálogo de medidas alternativas a la privativa de libertad, la que sería de último recurso. Asimismo, se concordó que dicha reforma legislativa excluiría de responsabilidad penal ordinaria a los menores de 18 años y establecería un sistema especial de responsabilidad para las personas mayores de 14 y menores de 18 años.⁵³

El Comité sobre los derechos del niño, en sus observaciones al segundo informe entregado por Chile, consideró positivo el conjunto de leyes adoptadas por nuestro país para adecuar la legislación interna a la CDN.⁵⁴ No obstante, en cuanto a los principios generales, al Comité le preocupó que no se tenían en cuenta plenamente, tanto en la legislación como en la política nacional, los principios de la no discriminación (art. 2 de la CDN), el interés superior del niño (art. 3 de la CDN), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6 de la CDN) y el

⁵² Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/65/Add.13, "Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención: Chile", Naciones Unidas, 25 de junio del 2001. p. 8.

⁵³ *Ibíd.* p. 14 -15

⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/15/Add.173, "Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los derechos del niño: Chile", Naciones Unidas; 3 de abril de 2002, p. 1-2.

respeto de las opiniones del niño (art. 12 de la CDN); y reitera su recomendación del proceso anterior, de que se integren a la legislación y que se apliquen en todas decisiones.⁵⁵

Además, el Comité reitera su preocupación de que en Chile aún estaba en rigor la Ley de menores de 1967, basada en la doctrina de la “situación irregular”, y que no establecía una clara diferencia entre aquellos niños vulnerados en sus derechos y aquellos en conflicto con la justicia. También hizo la observación de que la detención no se utilizaba sólo como un último recurso, especialmente en niños pobres y socialmente desfavorecidos y que se recluirían en centros de detención de adultos. Asimismo, expresó su inquietud de que el derecho y el procedimiento penal para adultos podía aplicarse también a los niños de 16 a 18 años de edad que han obrado con discernimiento, y de que en la recomendación anterior se señaló que el Estado se preocupara de la cuestión de la edad mínima de responsabilidad penal, lo que no se llevó a práctica⁵⁶.

Por tanto, y en consonancia con su recomendación anterior el Comité recomendó a nuestro país que: Acelere la adopción del proyecto de ley sobre los niños en conflicto con la ley y aumente las asignaciones presupuestarias para la administración de la justicia de menores; Aborde la cuestión de la edad mínima de responsabilidad penal conforme al art. 40. 3. a) de la CDN; Siga revisando su legislación y sus prácticas relacionadas con el sistema de justicia de menores conforme a la CDN, en particular con los artículos 37, 39 y 40, y con otras normas internacionales pertinentes, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); Vele por que todas las personas menores de 18 años tengan derecho a medidas especiales de protección; Utilice la detención preventiva sólo como último recurso y por el menor tiempo posible y, en cualquier caso, separados de los adultos; Siempre que pueda, utilice medidas distintas de la detención preventiva y otras formas de privación

⁵⁵ *Ibíd.* p. 6-7.

⁵⁶ *Ibíd.* p.14

de la libertad; Fortalezca las medidas preventivas; Adopte medidas apropiadas de rehabilitación para promover la reintegración social de los niños; Solicite asistencia, entre otros, al ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), el Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito, la Red internacional sobre justicia de menores y UNICEF (Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia), por conducto del Grupo de Coordinación sobre Asesoramiento y Asistencia Técnicos en materia de Justicia de Menores.⁵⁷

2.2.3.- Tercer Proceso

El tercer informe periódico del Estado de Chile al Comité de Derechos del Niño, correspondiente al periodo 1998-2004, para dar cuenta del grado de avance y cumplimiento a nivel nacional de los derechos consagrados en la CDN.

El Estado de Chile, aclaró en este informe que, tal como afirmó en informes anteriores, los principios de la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el respeto de las opiniones del niño o niña se encuentran consagrado en la Constitución Política, e informó que estos principios se encuentran consagrados en la Política Nacional y Plan Integrado a Favor de la Infancia y Adolescencia, 2001-2010, no obstante, señaló que el proceso de insertar estos principios en la sociedad y en distintos niveles del aparato estatal es complejo, ello en respuesta a la preocupación expresada por el Comité en el informe anterior.⁵⁸

En cuanto a los niños en conflicto con la justicia, Chile reconoció que existía un retraso significativo en la aprobación de proyectos, especialmente en el cumplimiento del art. 40 de la CDN, y que en este sentido presenta como avance legislativo la Ley de

⁵⁷ *Ibíd.* p.14-15.

⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/CHL/3, "Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Terceros informes periódicos que los Estados Partes debían presentar en 1997: Chile", Naciones Unidas; 20 de diciembre de 2005. p. 16.

Responsabilidad Penal Adolescente, la que se encontraba en tramitación, y que comprendería un procedimiento especializado para la investigación y establecimiento de la responsabilidad de los adolescentes entre 14 y 18 años de edad que cometen delitos, la delimitación de las infracciones a la ley penal, los derechos y garantías de los adolescentes que han infringido la ley penal, y sanciones privativas y no privativas de libertad. Lo cual, vendría a mejorar el sistema tutelar existente hasta ese momento, por lo que dentro de sus objetivos estaba el suprimir el sistema de declaración de discernimiento e introducir todas las garantías penales y procesales establecidas para los adultos en el nuevo sistema procesal penal, y que el caso de los delitos menos graves se aplique una medida socioeducativas, reservando las medidas privativas de libertad para los delitos graves.⁵⁹ Además, se agrega que la señalada Ley pronta a publicarse, considera como límite los 14 años de edad para establecer responsabilidad penal. Los niños y niñas que estén debajo de esta edad límite se les considerará inimputables penalmente.

Además, nuestro país señaló que en el 2002, se aprobó la Ley N° 19.806, que introduce normas adecuadoras a la reforma procesal penal y modifica, entre otros cuerpos legales, la Ley de Menores N° 16.618, lo que habría consagrado una incipiente separación de vías entre los procedimientos y respuestas aplicables a los niños y niñas a quienes se imputa haber cometido un delito, de aquellas aplicables a los niños y niñas amenazados o vulnerados en sus derechos.⁶⁰

En cuanto a los niños privados de libertad, incluida toda forma de detención, encarcelamiento o internamiento en un establecimiento bajo custodia, Chile destacó sus principales medidas legislativas como son la reforma procesal penal y la presentación del proyecto de ley destinado a la infancia y la adolescencia, además de la aplicación de políticas, programas y proyectos que fomentan los derechos de los niños y niñas, en especial en el circuito de la administración de justicia, que incluye a la policía, los tribunales, los abogados defensores, los centros privativos de libertad y las iniciativas de apoyo psicosocial hacia los adolescentes que cumplen condena o las

⁵⁹ *Ibíd.* p.8.

⁶⁰ *Ibíd.*

medidas adoptadas en el sistema de privación de libertad o en el medio libre. Sin embargo, se reconoce que aún existían adolescentes privados de libertad en centros penitenciarios para adultos, lo que sería corregido con la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley 20.084)⁶¹

El Comité presenta al Estado de Chile una lista de cuestiones que debe abordar en su tercer informe, solicitando que presente por escrito información adicional y actualizada, entre ellas, se solicita información sobre el presupuesto asignado a la administración de justicia de menores y la recuperación y reintegración social de los menores delincuentes, además de estadísticas desglosadas relativo a los niños en conflicto con justicia sobre denuncias, detenciones, condenas, etc., en los años 2003, 2004 y 2005.⁶² El Estado de Chile envía respuesta escrita sobre la lista de cuestiones formuladas por el Comité, el 3 de Enero de 2007.

El Comité luego de acoger el tercer informe periódico por parte de Chile, las respuestas por escrito a su lista de cuestiones y el diálogo establecido, presenta sus observaciones finales, en la cual celebra la incorporación de numerosos artículos sobre los derechos del niño en la Constitución y enmiendas legislativas. Sin embargo, lamenta que aún no se haya reformado la Ley de Menores (Ley Nº 16.618 de 1967) para fuera una ley integral de menores, según recomendación anterior de 2002, por lo que reitera su preocupación y además recomienda, que se haga una distinción clara, en los procedimientos judiciales y en todo aspecto, entre los niños que necesitan protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley.⁶³

En cuanto a los principios de los artículos 2, 3, 6 y 12 de la CDN, sobre la no discriminación, el interés superior de niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el

⁶¹ *Ibíd.* p. 84.

⁶² Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/CHL/Q/3, "Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; Lista de Cuestiones que deben abordarse al examinar el tercer informe periódico de Chile (CRC/C/CHL/3)", Naciones Unidas, 6 de octubre de 2006. p. 4.

⁶³ Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/CHL/CO/3, "Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Chile", Comité sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas; 23 de abril de 2007, p. 3.

desarrollo del niño, y el respeto a la opinión del niño, el Comité recomendó que fueran incorporados plenamente en todo programa político, procedimientos judiciales y administrativos.

Respecto de la administración de justicia de menores, el Comité reitera su recomendación anterior de que se armonice plenamente el sistema de justicia de menores, y en particular la nueva legislación, con la CDN, en especial con los artículos 37, 40 y 39. Señala además, que debe ser consonante con otras normas de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal y las recomendaciones de la Observación General N° 10 del Comité (CRC/C/GC/10) sobre los derechos del niño en la justicia de menores.

En virtud de lo anterior, el Comité recomienda en particular a nuestro país que: se asigne los recursos humanos y financieros necesarios para la aplicación de la ley de responsabilidad penal adolescente y se establezca un sistema de medidas socioeducativas; se vele por que la privación de libertad sea una medida impuesta como último recurso; se adopten las medidas necesarias para que los menores de 18 años privados de libertad estén separados de los adultos; se preste asistencia jurídica gratuita al menor; se establezca un sistema independiente para el menor en relación a las denuncias; se vele por que los niños privados de libertad tengan contacto regular con sus familias y que sean notificados de inmediato a los padres su detención; se imparta información de los derechos y necesidades especiales de los niños a los agentes del orden, personal penitenciario, jueces, abogados, fiscales, defensores públicos, asistentes sociales y otros que lo requieran; y, se pida más asistencia técnica en materia de menores y formación de la policía al Grupo de coordinación interinstitucional de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores, con la

participación de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), el UNICEF, el ACNUDH y ONG, entre otras entidades.⁶⁴

En resumen, a los ojos del Comité, Chile tiene todavía un largo camino por recorrer para cumplir con las obligaciones establecidas por la CDN, desde que entró en vigencia el 13 de agosto de 1990. Advierte que aún persisten diversos incumplimientos, por lo que ha reiterado sus recomendaciones. Por tanto, nuestro país debe adecuar su legislación a la CDN y a los diversos instrumentos internacionales, en relación a los niños en conflicto con la justicia, particularmente en los artículos 37, 40 y 39 de la CDN.

2.3.- Derechos y Garantías que se le reconocen a los niños en conflicto con la justicia en la etapa investigativa, en Derecho Internacional.

Existen garantías procesales básicas aplicables a los menores de edad cuando, por la comisión de un delito o ser sospechoso de ello, entra en contacto con el sistema judicial, entre ellas, las garantías mínimas a nivel internacional que deben ser respetadas por los Estados Partes, que son las siguientes:

Presunción de inocencia: Esta garantía procesal entrega la carga de la prueba al órgano persecutor, ello se encuentra en armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (14.2). Asimismo, en el art. 40 b. i) de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se establece que al niño infractor de ley se le “presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

A su vez, ninguna persona puede ser obligada a declararse culpable, ni a confesar hechos mediante torturas ni maltratos, según se contempla en la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes, y en art. 37A de la CDN se señala que se debe velar para “ningún niño sea sometido a torturas

⁶⁴ Ibid. p. 17 y 18.

ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...”. Además, constituiría una violación grave a los derechos del niño la obtención de pruebas bajo condiciones de tortura o maltrato. Se debe considerar además que los factores de intimidación son más fuertes para un niño que para un adulto. Esta garantía debe ser respetada por los Estados partes dentro de sus procedimientos judiciales desde el primer contacto que tiene un niño con el sistema de justicia juvenil.

Derecho a ser escuchado: Esta garantía está consagrada en el art. 12 de la CDN⁶⁵, el que en su párrafo segundo señala claramente la oportunidad del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, directamente o por medio de un representante. Este derecho debe ser respetado en todas las etapas del juicio desde que el niño entra en contacto con el sistema judicial, lo cual suele vulnerarse con mayor frecuencia en la etapa investigativa. Es por ello, que es necesaria la especialización en materia de menores por parte de los actores involucrados en el proceso como son: la policía, los defensores, jueces, fiscales, entre otros. Este derecho está directamente relacionado con el derecho a participar en el procedimiento del art. 40. 2. b. iv) de la CDN.

Derecho a participar en el procedimiento: el niño tiene derecho a participar efectivamente y a ser escuchado en un proceso que le afectará su vida, el art. 40. 2. b. iv. de la CDN nos señala que el niño podrá “interrogar o hacer interrogar a los testigos...”, para esto el niño debe comprender los cargos que se le imputan, los que se le deben informar directamente y sin demora según lo señalado en el art. 40. 2. b. ii), es decir, lo antes posible, y como señala las Reglas de Beijing en su art. 14, el procedimiento debe realizarse en un ambiente de comprensión que permita al niño participar y expresarse libremente.

⁶⁵ Convención de los Derechos del Niño, artículo 12 “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o se un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Derecho a Asistencia: Esta garantía se encuentra contemplada en el art. 40. 2. b. ii) de la CDN, señalando que el niño “dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”, lo cual se refiere a una asistencia profesional adecuada y no necesariamente jurídica, llevándonos al reenvío de casos. Esto, en consonancia con el art. 14. 3. b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”, por lo que según señala el Comité de Derechos del Niño, el niño y la persona que le preste la asistencia deben disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Decisiones sin demora: El tiempo entre la comisión del delito y la respuesta definitiva a ese acto infraccional debe ser el más breve posible, lo cual está consagrado en el art. 40. 2. b. iii) de la CDN, que señala “que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano competente...”, a su vez, el art. 37 de la CDN señala para los niños privados de libertad que tienen derecho a una “pronta” decisión. Además, el art. 14. 3. c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, utiliza el término “sin dilaciones indebidas”. Por lo que, el Comité recomienda a los Estados Partes que fijen y respeten estos plazos en vista de su efecto positivo y pedagógico para el niño, y se evite su estigmatización.

Participación de los padres: Garantía contemplada en el art. 40. 2. b) iii) de la CDN, el Comité señala, para promover la participación de los padres, que se les debe notificar lo antes posible la detención del niño, y recomienda a los Estados Partes que dispongan expresamente por la ley la mayor participación de los padres o representantes legales en el procedimiento. Ello en virtud de que la participación de los padres puede prestar asistencia psicológica y emotiva al niño como también una respuesta más eficaz a la infracción penal.

Derecho a Apelar: Esta garantía está contemplada en el art. 40. 2. b. v) de la CDN, y en el art. 14. 5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo

que toda decisión y medida impuesta por infringir la ley penal puede ser sometida a una autoridad superior, independiente e imparcial.

Derecho al respeto de la vida privada: La CDN señala que se respetará plenamente en todas las fases del procedimiento la vida privada del niño, según establecen sus art. 40. 2. b. vii) y 16. Además, el Comité recomienda a los Estados Partes establecer que el juicio y otras actuaciones judiciales se celebren a puerta cerrada, cuyas excepciones sean limitadas, y que por tanto, toda información y registro sea estrictamente confidencial, evitando la estigmatización del niño. Se busca la protección de la intimidad del menor, por lo que toda excepción debe ser con consentimiento de éste.

Estas garantías contempladas en la CDN como en otros instrumentos internacionales, son las garantías mínimas que deben ser contempladas y respetadas a los niños en conflicto con la ley, en todo sistema de administración de justicia de menores, y que nuestro país ha ido incorporando conforme a las recomendaciones hechas por el Comité de Derechos del Niño.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Nº 20.084.

En la década de los 90 la justicia de menores en nuestro país se orientó, en un contexto de defensa de los derechos humanos, a un sistema garantista de respeto de los derechos procesales, lo que llevó a la implementación de un nuevo modelo de justicia penal adolescente, dentro de un marco de reforma integral al sistema de protección y justicia de la infancia, a fin de adecuar la legislación interna a los derechos y principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es en este contexto, que junto a otras reformas legales, en el año 2000 se presenta el proyecto de ley para modificar la justicia penal adolescente, ingresada a tramitación el año 2002, y que tras de tres años de tramitación en el Congreso, el año 2005 se publicó la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal.

Es así como actualmente, el sistema de justicia de menores, se encuentra regulado por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley 20.084) en relación a los niños infractores de ley penal entre los 14 y 18 años de edad, y en cuanto a los niños vulnerados en sus derechos, no existe un estatuto que los regule especialmente, sino que más bien están contemplados dentro de la Ley que crea los Tribunales de Familia (Ley 19.968).

A continuación, veremos los derechos y garantías contemplados en nuestra legislación respecto de los niños en conflicto con la justicia, durante la etapa investigativa, y que se encuentran inmersos tanto en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante LRPA) como en otros cuerpos normativos.

1.- Derechos y Garantías que se le reconocen a los niños en conflicto con la justicia en la etapa investigativa, en legislación interna.

Cuando se señala que toda persona acusada de haber cometido un delito tiene derecho a gozar de todos los beneficios de tener un juicio justo, nos referimos a los derechos y garantías que deben estar presentes en todo proceso. Pero, cuando quienes están en conflicto con la justicia son niños, debemos atender, además, a la especialidad del sujeto de que se trata, a sus características y necesidades especiales, lo que debe ser contemplado y garantizado legalmente.

El artículo 2 de la LRPA señala que en toda actuación judicial o administrativa se debe tener en consideración el interés superior del niño, lo que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos y garantías por parte de las autoridades, conforme a la Constitución Política de la República (en adelante CPR), las leyes, la Convención sobre los Derechos Niño y demás instrumentos internacionales.

Los derechos y garantías contempladas por nuestra actual legislación a los niños que han infringido la ley penal, durante la etapa investigativa, son los siguientes⁶⁶:

1. Todo adolescente detenido tiene derecho a que se le informe el motivo de su detención y a ver la orden de detención, salvo que sea sorprendido en flagrancia cometiendo un delito.

El art. 94 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), el cual es aplicado supletoriamente a la LRPA, nos señala en su letra a) el derecho del imputado a que se le exprese de forma clara y específica el motivo de la privación de libertad y que se exhiba la orden que la dispone, ello salvo en los casos de flagrancia. Esta garantía también se encuentra contemplada en el artículo 135 del CPP, señalando en su inciso primero que el funcionario público que practique la

⁶⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Mirada en profundidad: "Derecho de los Infractores", [en línea], <[http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/ley-responsabilidadpenal-adolescente/ derecho-de-los-infractores](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/ley-responsabilidadpenal-adolescente/derecho-de-los-infractores)> [consulta: 20 diciembre 2009].

detención deberá informar al afectado el motivo de la detención al momento de practicarla.

2. Todo adolescente detenido tiene derecho a ser informado en forma específica y clara de los hechos que se le imputan y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes.

Este derecho está contenido en el art. 93 del CPP, sobre los derechos y garantías del imputado, y que en su letra a) contempla el derecho a ser informado. Asimismo, el artículo 135 del CPP nos señala el deber de informar de los hechos como del derecho por parte del funcionario encargado del procedimiento de detención.

3. Todo adolescente tiene derecho a guardar silencio y no puede ser obligado a declarar. Si desea declarar, sólo puede hacerlo ante el fiscal y en presencia de su abogado defensor.

Esta garantía se encuentra contemplada en el art. 31 de la LRPA, donde se señala que el adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, ello en toda actuación que exceda la mera acreditación de su identidad.

4. Todo adolescente detenido tiene derecho a ser trasladado ante la presencia de un juez, de preferencia de manera inmediata, o, a más tardar, dentro del plazo establecido en la ley.

El art. 31 de la LRPA establece que en caso de flagrancia el adolescente sea trasladado en el menor plazo posible, el que no puede exceder las 24 horas. No obstante, el mismo artículo señala una excepción donde se puede ampliar el plazo de detención conforme al art. 132 del CPP, en la cual el fiscal puede solicitar la ampliación de la detención hasta por 3 días, ello con el fin de preparar su presentación.

5. Todo adolescente detenido tiene derecho a un abogado de confianza desde el momento mismo de su detención hasta que se cumpla su condena. Si no lo tiene, el Estado le debe proporcionar un abogado defensor.

El derecho de ser asistido por un abogado desde la etapa investigativa está contenido en el art. 93 del CPP, así como también, el derecho a defensa desde la primera actuación del procedimiento hasta la ejecución completa de la sentencia se contempla en el art. 102 del mismo código. El defensor, puede ser uno de confianza designado por el imputado o un defensor penal público que le sea asignado. Asimismo, el derecho a defensa jurídica lo encontramos consagrado en el art. 19 N° 3 de la CPR.

6. Siempre, y especialmente mientras esté privado de su libertad, el adolescente tiene derecho a ser tratado con dignidad. Bajo ninguna circunstancia puede ser torturado o tratado de manera cruel o humillante.

Esta garantía se encuentra contenida en el art. 93 letras h) del CPP sobre el derecho del imputado a “no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Por su parte, la CPR señala en su art. 19 N° 1 inciso primero el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

7. Todo adolescente imputado de un delito tiene derecho a ser tratado como inocente, hasta que un tribunal determine su culpabilidad.

El art. 4 del CPP consagra la presunción de inocencia, señalando que “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”. Asimismo, la CPR en su art. 19 n° 3 inciso 6 señala que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

8. Todo adolescente privado de libertad tiene derecho a permanecer separado de los adultos y a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia, visitas o permisos de salida.

Este principio de separación está contenido en el art. 48 de la LRPA señalando que los adolescentes privados de libertad, por alguna sanción o medida, deben permanecer separados de los adultos. Por su parte, el art. 94 letra h) del CPP señala el derecho a recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, salvo que ello sea perjudicial para el éxito de la investigación, según lo establece el art. 151 del mismo código.

1.1.- Ley N° 20.084, Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de sanciones y la forma de ejecución de éstas (art. 1 LRPA).

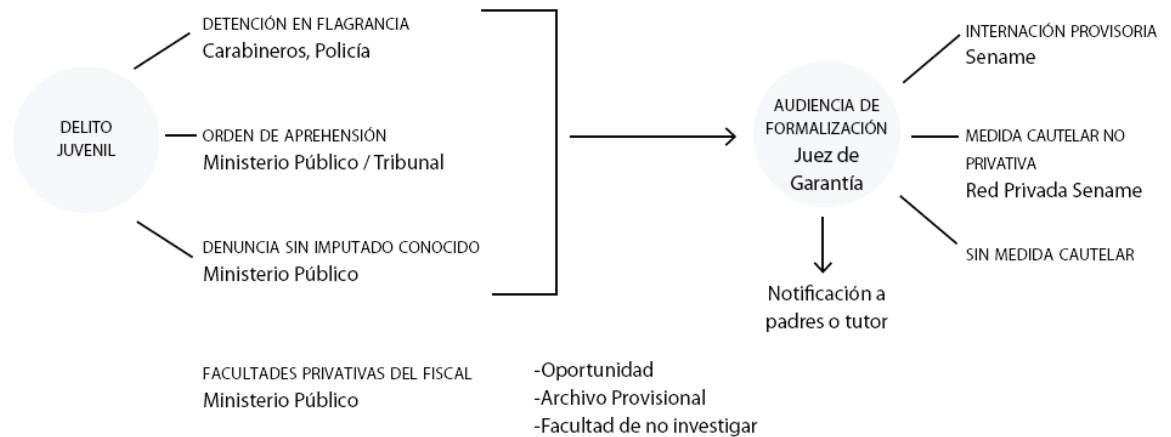
Actualmente, la LRPA fija como límites de edad en responsabilidad penal, entre los 14 y 18 años de edad (art. 3 LRPA).

Recordemos que nuestro análisis está basado en la etapa primaria del procedimiento hasta la formalización de la investigación⁶⁷, en la denominada etapa investigativa, es decir, aquella etapa previa y desformalizada en que se ha tomado conocimiento del delito efectuado por un menor de edad y del cual se investiga para determinar su responsabilidad.

Debemos tener en cuenta que tanto la investigación, el juzgamiento y la ejecución por infringir la ley penal, se regulan en forma supletoria por las normas del Código Procesal Penal, según señala el art. 27 de la LRPA.

⁶⁷ La Formalización de la investigación corresponde a aquella etapa en que el fiscal ha efectuado la comunicación al Juez de Garantía de que desarrolla actualmente una investigación en contra de uno o más imputados por uno o más delitos determinados.

Circuito Sistema Penal Adolescente (etapa investigativa)⁶⁸



Fuente: SENAME 2007, Circuito del sistema penal adolescente.

Como se puede apreciar en el flujograma anterior, un niño que ha cometido un delito o es sospechoso de haberlo cometido, entra en contacto con el sistema cuando es detenido por Carabineros o la Policía, en caso de flagrancia⁶⁹, o por orden judicial. En ambas situaciones Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones deben

⁶⁸ SEMINARIO Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en cifras: desafíos y oportunidades, (Santiago, Chile, 2007), Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Cifras, UNICEF, 2007. p. 2.

⁶⁹ Art. 130 del Código Procesal Penal "Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- El que acabare de cometerlo;
- El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse".

poner al menor a disposición del Juez de Garantía⁷⁰ “en el menor tiempo posible”, no pudiendo exceder 24 horas (art. 31 LRPA). Se da cumplimiento a esta obligación legal desde que el menor es dejado bajo custodia de Gendarmería del respectivo Tribunal (art. 131 CPP).

Tanto Carabineros de Chile como la Policía de Investigaciones deben tener presente el principio de separación y asegurar que durante la detención, custodia y traslado de los adolescentes imputados, éstos se encuentren efectivamente separados de los adultos (art. 31 LRPA).

El fiscal⁷¹ por su parte deberá velar por que las obligaciones señaladas en el párrafo anterior se cumplan.

En cuanto a la declaración del adolescente el inciso primero del art. 31 de la LRPA señala que “...sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia del defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiere al adolescente y que exceda la mera acreditación de su identidad”. Por tanto, el fiscal no podrá delegar esta actuación en la policía, la cual sólo está facultada para realizar las preguntas conducentes a la identificación o individualización del adolescente imputado, dentro del procedimiento del control de identidad.

Si se tratare de simples delitos no sancionados con penas privativas de libertad, no procede la detención y sólo se cita al menor infractor a la Fiscalía, previo

⁷⁰ Es el juez encargado de velar por las garantías de las personas durante la investigación que realiza el fiscal del Ministerio Público. Le corresponde autorizar previamente todas las actuaciones del fiscal que afecten los derechos del imputado y de terceros, decretar o dejar sin efecto las medidas cautelares personales (detención, prisión preventiva, arraigo, etc.) o reales (embargo) y, en general, velar porque las personas puedan ejercer sus derechos durante la etapa de investigación. Le corresponde la preparación del Juicio Oral que se realizará ante el Tribunal Oral en lo Penal y, por último, debe dictar sentencia en el procedimiento simplificado y abreviado.(www.juicios.cl)

⁷¹ Los Fiscales son abogados que -en exclusiva- deben dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. Sobre la base de su investigación, deben ejercer la acción penal pública formulando acusación en contra de los responsables y sosteniendo dicha acusación en un juicio, ante los Tribunales de Justicia. Además, debe adoptar medidas destinadas a proteger a las víctimas y a los testigos de los delitos.(www.fiscales.cl)

señalamiento del domicilio. Sin embargo, a falta de comparecencia existe la posibilidad de decretar el arresto del menor infractor, cuando ello ponga en riesgo el normal desarrollo del procedimiento (art. 33 CPP).

En cuanto a la audiencia de control de detención⁷², en la práctica se realiza cuando los fiscales no han hecho cesar la detención del infractor luego de recibida la comunicación de parte de los organismos policiales y hasta antes de ponerlo a disposición del tribunal.

La audiencia de control de detención tiene un carácter cautelar, siendo necesaria siempre que exista privación de libertad temporal de un menor infractor de ley penal, a fin de reducir el riesgo de que se vulneren sus derechos y garantías.

Conforme al art. 132 del CPP, en la primera audiencia judicial del detenido debe estar presente el fiscal, si no concurriese se libera al detenido.

En la audiencia de control de detención por ser la primera y que suele darse generalmente en caso de delitos de flagrancia, el fiscal procederá a formalizar⁷³ al adolescente imputado y a solicitar las medidas cautelares que procedan, ello siempre que cuente con los antecedentes necesarios y se encuentre presente el defensor⁷⁴ del imputado, no obstante si el fiscal no contare con dichos antecedentes podrá solicitar al juez, ampliación del plazo hasta por tres días para preparar su presentación.

⁷² La audiencia de control de detención ha sido entendida como la instancia judicial de control orientada a que los jueces de garantía ejerzan su función de cautela de garantías del imputado.(Oficio FN N° 511, 2007)

⁷³ Art. 229 del Código Procesal Penal “Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”.

⁷⁴ Es el abogado del imputado encargado de su defensa. Todo imputado tiene derecho a contar un abogado de su confianza desde el comienzo del procedimiento. Si no puede contratar un abogado particular, el Estado debe proveerle uno, al menos desde la primera audiencia judicial. La presencia del defensor es requisito de validez de muchas audiencias judiciales y especialmente del Juicio Oral.(www.juicios.cl)

En cuanto a la ejecución de la detención e internación provisoria decretada, ésta debe cumplirse conforme a los artículos 17 de la Ley 16.618 y 37 letra c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales señalan que los menores de edad deben estar separados de los adultos en los establecimientos de detención.

La medida cautelar de internación provisoria en recinto cerrado sólo será procedente en aquellos casos en que al menor infractor de ley se le imputen aquellas conductas que de ser cometida por un adulto constituirían crímenes (art. 32 LRPA) y que es aplicada con el fin de garantizar el éxito de las diligencias de la investigación.

En cuanto a la notificación de los padres o a quien tenga el cuidado personal del menor infractor de ley, el art. 36 de la LRPA establece que en la primera audiencia en que deba comparecer el adolescente imputado deberá notificarse a los padres o a quien lo tenga bajo su cuidado. Ante esto, cabe la aclaración que no se trata de una notificación⁷⁵ propiamente tal, sino más bien es un aviso o comunicación de que se realizará dicha audiencia, por lo que no se trata de una actuación judicial. Por ello, que la falta de notificación a los padres o curadores del adolescente no trae consecuencias procesales, ya que no constituye un requisito de validez.

La anteriormente mencionada comunicación o aviso puede ser realizada por el organismo policial que practica la detención del menor infractor, o el procedimiento correspondiente, dentro del proceso de verificación del domicilio.

Cabe señalar, que existen casos en que el Fiscal decide no realizar la investigación o no continuar con ella, los cuales son: cuando no se inicia la investigación por no existir delito (facultad para no iniciar la investigación); cuando se archiva la investigación por falta de pruebas (archivo provisional); cuando se archiva o no se inicia la investigación por tratarse de delitos de muy baja penalidad que no comprometen el interés público (principio de oportunidad).

⁷⁵ La notificación es una actuación judicial, efectuada en la forma establecida por la ley, que tiene por finalidad dar eficacia a las resoluciones judiciales y comunicar éstas a las partes o terceros (Mario Mosquera Ruiz).

En tanto no se haya producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal tiene la facultad para no iniciar la investigación o archivarla provisionalmente. El art. 168 del CPP señala que el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivo de delito o cuando los antecedentes permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal. No obstante, dicha decisión debe ser fundada y sometida a aprobación del juez de garantía.

Respecto al archivo provisional, será procedente en las investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes a esclarecer los hechos. Si el delito mereciere pena aflictiva⁷⁶, el fiscal deberá someter la decisión de archivar provisionalmente una causa a la aprobación del Fiscal Regional. No obstante, la víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación (art. 167 CPP).

En cuanto al principio de oportunidad contemplado en el art. 170 del CPP, se establece que los fiscales del ministerio público pueden no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, siempre que la conducta investigada no comprometiére gravemente el interés público. Para su aplicación deberán tener como base la pena, conforme al art. 21 de la LRPA⁷⁷, y en especial consideración la incidencia que ello podría tener en la vida futura del adolescente (art. 35 CPP). Por tanto, el principio de oportunidad, como facultad del fiscal a cargo, sólo podría ejercerlo respecto de los delitos simples, que en el caso de los adultos comiencen por presidio menor en su grado medio.

⁷⁶ Son penas aflictivas: a) las penas de crímenes; b) todas las penas de simples delitos que se sancionen con presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menor en su grado máximo. Art. 37 del Código Penal.

⁷⁷ Art. 21 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente “Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”.

En ambas situaciones señaladas en el párrafo anterior para la procedencia del principio de oportunidad -la existencia del grave compromiso del interés público y la incidencia que la persecución penal podría tener en la vida futura del adolescente-, será el fiscal a cargo quien haga un juicio valorativo al respecto, conforme al caso en concreto.⁷⁸

Ahora, si nos referimos a la especialización requerida en el sistema de justicia, considerando la especialidad del sujeto a tratar, que son los menores de edad, el artículo 29 de la LRPA nos señala que en justicia penal adolescente los jueces de garantía, los jueces del tribunal oral en lo penal⁷⁹, los fiscales adjuntos y los defensores penales públicos deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones de la LRPA.

Sin embargo, el mismo artículo en el inciso posterior señala que “todo fiscal, defensor o juez con competencia en materia criminal, se encuentra habilitado para intervenir, en el marco de sus competencias”, por lo que se denota una pérdida clara de la especialidad requerida en el párrafo anterior.

Respecto de los otros intervinientes en el sistema, como es la policía, el art. 30 de la LRPA se refiere a su capacitación, estableciendo que las instituciones incorporarán en sus programas de formación y perfeccionamiento los estudios necesarios para que posean el conocimiento de los objetivos y contenidos de la LRPA, de la Convención sobre los Derechos del Niño y asuntos criminológicos asociados. No obstante, la

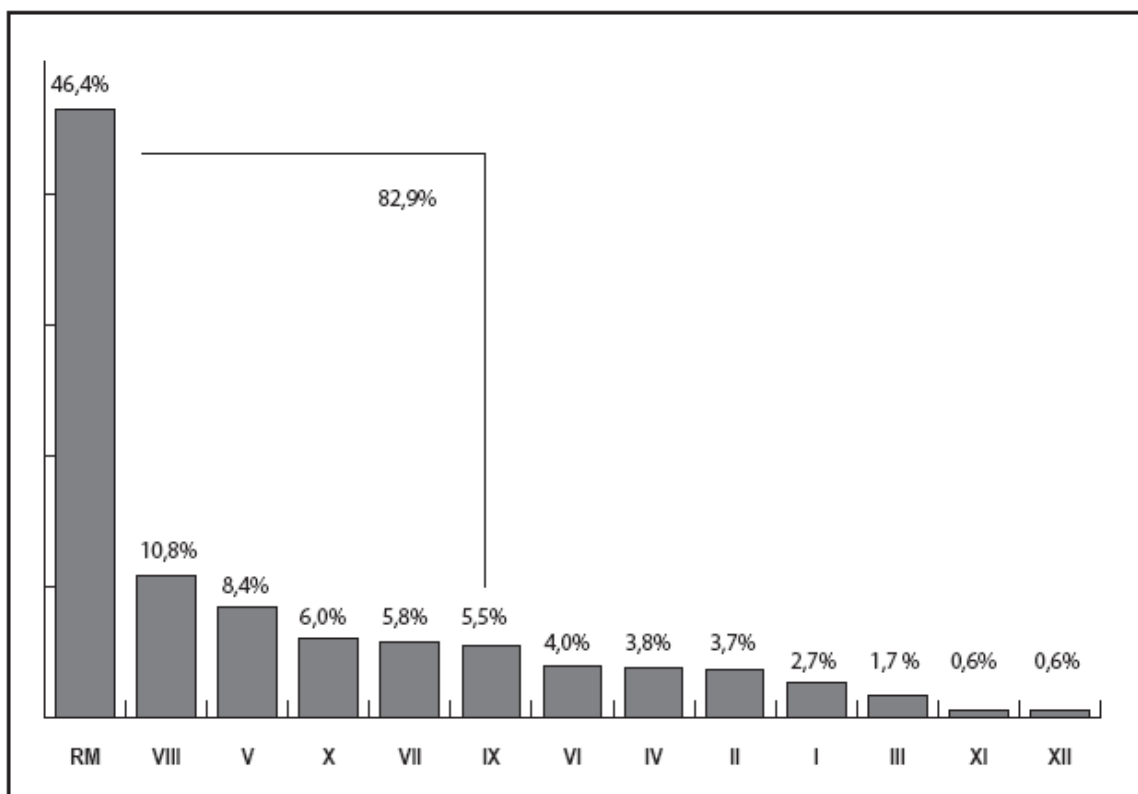
⁷⁸ PIEDRABUENA R., G. Oficio del Fiscal Nacional N° 484 (Instructivo N° 4 de la Ley 20.084), año 2007. p. 4.

⁷⁹ Son tribunales ordinarios, los colegiados en cuanto a su composición y funcionamiento, letrados, de derecho y permanentes, con competencia especial, que ejercen sus facultades sobre una comuna o agrupación de comunas y conocen en única instancia exclusivamente del juicio oral regulado en el Código Procesal Penal. Su superior jerárquico es la Corte de Apelaciones respectiva. (Introducción al nuevo sistema procesal penal, Cristián Maturana Miquel, Julio 2004)

función de la Policía de Menores se encuentra regulada en la Ley 16.1618, Ley de Menores, la que se analizará más adelante.

Es importante considerar algunos datos estadísticos luego de la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, para poder observar el panorama de la situación que viven los niños infractores de ley en Chile, en cifras de registros de Carabineros de Chile y el Ministerio Público:

Porcentajes de adolescentes infractores de ley por región (Julio-Septiembre 2007)⁸⁰:



FUENTE CARABINEROS DE CHILE

⁸⁰ SEMINARIO Ley de Responsabilidad Penal Adolescente: desafíos y oportunidades (Santiago, Chile, 2007). Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Cifras, UNICEF, 2007. p. 5.

El cuadro anterior nos muestra claramente que el mayor número de adolescentes infractores de ley se concentra en la Región Metropolitana con un 46,4% del total del país, ello sumado a las regiones VII, V, X, VII y IX en conjunto agrupan el 82,9% de menores de edad en conflicto con la justicia del país. Ante esto, cabe señalar que los delitos de mayor frecuencia suelen ser los hurtos simples con un 29.87%, como se puede apreciar en el cuadro siguiente:

DELITOS CON MAYOR FRECUENCIA	TOTAL	%
HURTO SIMPLE	3.05	29,87%
ROBO CON VIOLENCIA	1.023	10,02%
DESORDENES PÚBLICOS	758	7,42%
ROBO FRUSTRADO	434	4,25%
ROBO EN LUGAR NO HABITADO	432	4,23%
HURTO FALTA	388	3,80%
DAÑOS SIMPLES	366	3,58%
ROBO POR SORPRESA	362	3,55%
ROBO EN LUGAR HABITADO	338	3,31%
PORTE DE ARMA BLANCA	325	3,18%
RECEPTACIÓN	304	2,98%
LESIONES LEVES	256	2,51%
ROBO EN BIENES NACIONALES	184	1,80%
PORTE DE ARMA DE FUEGO	155	1,52%
CONSUMO/PORTE DE DROGAS	146	1,43%
ROBO DE ACCESORIOS AL INTERIOR DEL VEHÍCULO	115	1,13%

FUENTE CARABINEROS DE CHILE

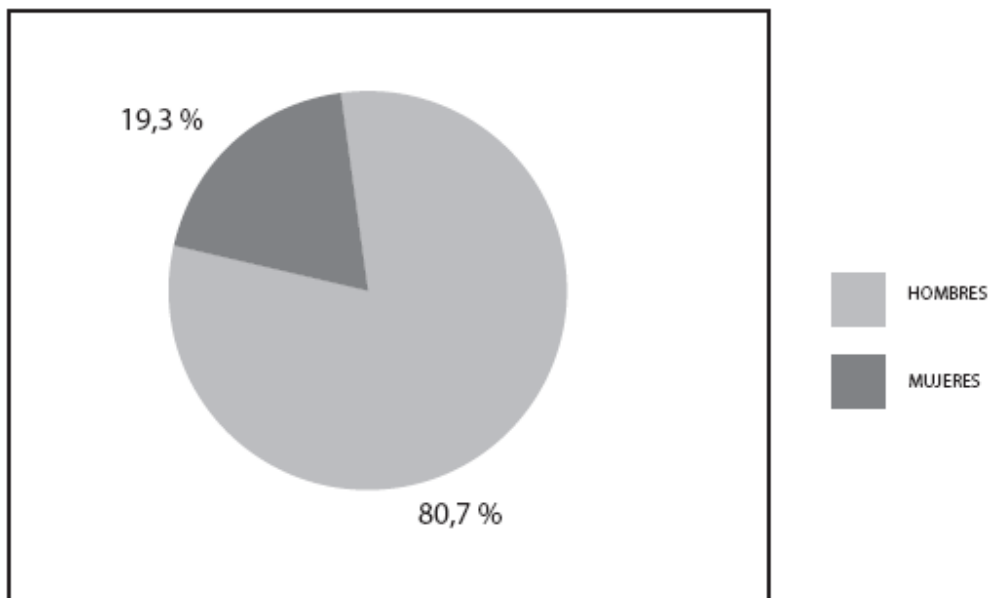
En cuanto a la edad, podemos apreciar en el siguiente gráfico, que el mayor porcentaje de detenidos se encuentra en el tramo de los 16 a 17 años de edad, con un 71.4%:

Distribución por tramo de edad⁸¹:

Tramos de edad	Cantidad	% de detenidos
14 - 15	2.919	28,6%
16 - 17	7.291	71,4%

FUENTE: CARABINEROS DE CHILE

Respecto de la población de niños en conflicto con la justicia, se distingue que la mayoría son varones como se puede ver en el gráfico, abarcando el 80.7% y las mujeres tan sólo con el 19.3%:



FUENTE: CARABINEROS DE CHILE

⁸¹ Ibíd. p. 4.

Una vez entrada en marcha la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley 20.084), ingresaron al Ministerio Público 12.518 nuevos casos de menores infractores de ley de entre 14 y 17 años de edad, de los cuales, el 92% fue remitido por Carabineros de Chile, como se puede apreciar en la siguiente tabla⁸²:

INSTITUCIÓN REMISORA	NÚMERO DE IMPUTADOS
CARABINEROS	11.520
POLICÍA DE INVESTIGACIONES	487
FISCALÍA	191
JUZGADOS DE GARANTÍA	177
OTRO TRIB CON COMPETENCIA CRIMINAL	75
QUERRELLA O DENUNCIA DE INSTITUCIONES	51
GENDARMERÍA	16
ARMADA DE CHILE	1
TOTAL	12.518

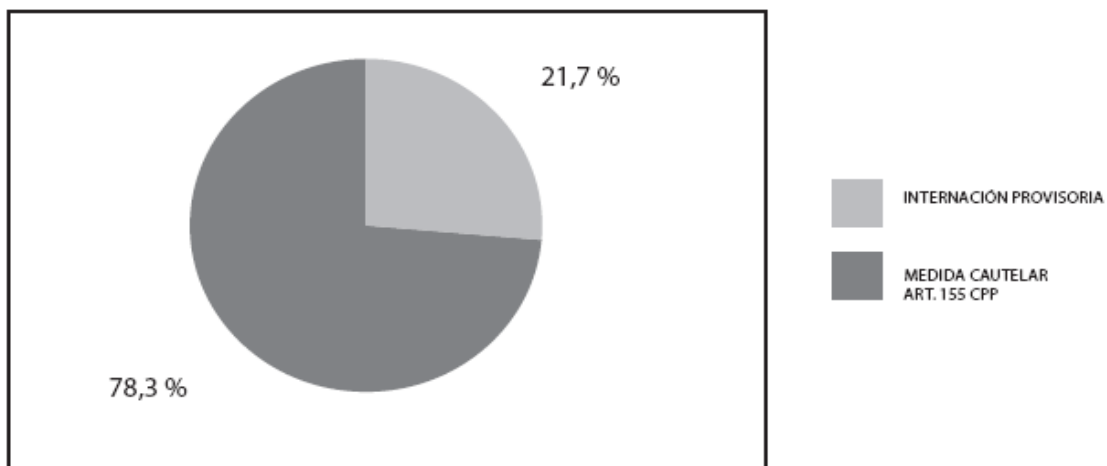
FUENTE: MINISTERIO PÚBLICO

Al respecto, del total de adolescentes imputados que fueron ingresados por el Ministerio Público, el 32,9% tuvo audiencia de control de detención. Además, del total de menores ingresados se formalizó al 29.9% de ellos, aplicándoseles al 61.4% una medida cautelar, de las cuales, el 21.7% fue de internación provisoria y el 78.3% una medida cautelar personal del art. 155 del Código de Procesal Penal⁸³, como lo podemos ver en el siguiente gráfico⁸⁴:

⁸² *Ibíd.* p. 7.

⁸³ Art. 155 del Código Procesal Penal, “enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad de asiento del tribunal;
b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;



FUENTE: MINISTERIO PÚBLICO

En cuanto a las facultades del Fiscal a cargo de la investigación, podemos ver en el siguiente gráfico que el 80% de los casos terminó por aplicación del principio de oportunidad, un 12% por archivo provisional y un 7% por incompetencia⁸⁵:

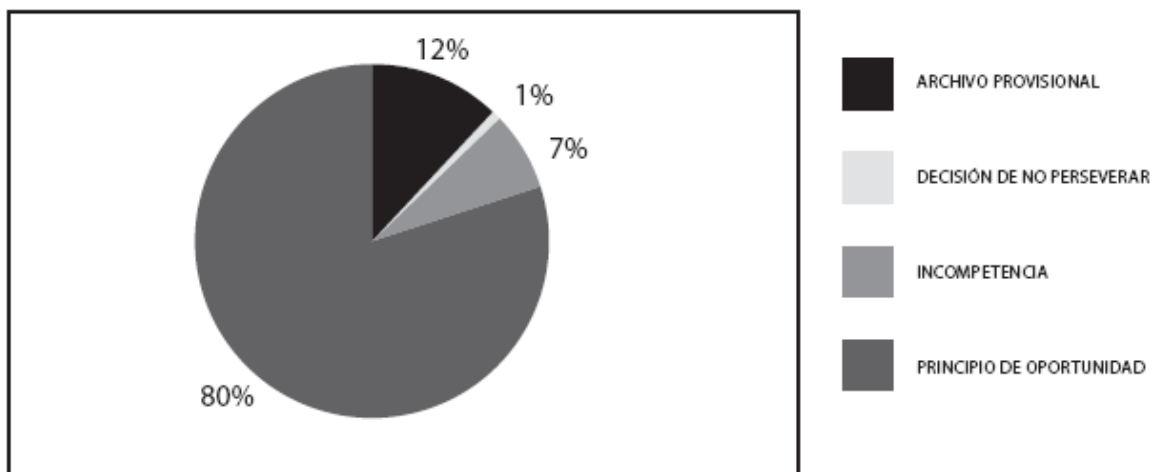
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho de defensa, y
- g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

El Tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se registrarán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este párrafo.

⁸⁴ SEMINARIO Ley de Responsabilidad Penal Adolescente: desafíos y oportunidades (Santiago, Chile, 2007). Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Cifras, UNICEF, 2007. p. 7.

⁸⁵ Ibíd. p. 8.



FUENTE: MINISTERIO PÚBLICO

En resumen, se puede constatar que nuestro sistema de justicia juvenil, se encuentra basada en el ilícito penal, es decir, en el hecho punible, mas no en el sujeto que lo realizó, como se desprende del art. 20 de la LRPA “Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan,...”, lo que sin duda, nos conlleva a un sistema que ha perdido la especialidad requerida a nivel internacional en justicia de menores, donde lo que se debe destacar es el sujeto a tratar en específico, que son los niños, y que por tanto se debe tener en consideración las circunstancias personales de éste por las cuales llegó a delinquir, procurando en todo momento su bienestar, sin que ello interfiera en que asuma su responsabilidad ante la víctima y la sociedad, y que con un tratamiento adecuado se logre su reinserción social.

1.2.- Ley Nº 16.618, Ley de Menores.

La primera Ley de Menores (Ley Nº 4.447) fue dictada en 1928, la que vino a regular todas aquellas instancias en que los niños ponían en peligro el orden social, los denominados niños en situación irregular⁸⁶, tales como: los niños abandonados, los que se encontraban en situación de peligro, los que cometían delitos, los niños impedidos, etc., estableciendo un mecanismo de protección para ellos. Además, esta ley creó los primeros Tribunales de Menores con Jueces de Menores. Posteriormente, tras más de 30 años rigiendo, en 1961 tuvo una modificación sustancial al dictarse la Ley 14.550, en la que se estableció un procedimiento especial para menores, con Jueces de Letras de Menores con competencia específica en la materia y que se incorporaron dentro del poder judicial.

En 1967 bajo el modelo de justicia tutelar fue publicada la Ley 16.618, la que incorporó algunos cambios en la institucionalidad, incluyendo la creación de la Policía de Menores, pero conservando el modelo en sus aspectos esenciales.

Entre las numerosas modificaciones que ha sufrido esta ley, podemos señalar como recientes las siguientes: Ley 19.968 del 30 de agosto de 2004, Ley 20.032 del 25 de julio de 2005, Ley 20.084 del 7 de diciembre de 2005 y Ley 20.086 del 15 de diciembre de 2005.

Lo anteriormente señalado, trajo como consecuencia la derogación de la mayoría de los artículos de la Ley de Menores (en adelante LM), en función de la Reforma procesal penal adolescente y de la creación de los Tribunales de Familia, lo que derivó en el consecuente cierre de los Tribunales de Menores.

⁸⁶ La situación irregular ha sido definida como “aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moralmente, o padece un déficit físico o mental” (SAJÓN, Rafael y CALVENTO, Ubaldino, en “Perspectivas del Derecho de Menores y de Familia en Latinoamérica Nuevos Enfoques”, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, año 1978, pág. 14.)

Dentro de los títulos que aún siguen vigente en esta Ley, y que se refieren a la materia en estudio, encontramos que en su Título II organiza la Policía de Menores, define sus funciones y precisa sus atribuciones; en su Título IV dispone el establecimiento de Casas de Menores e Instituciones destinadas a recibir a los menores cuando sean detenidos o deban comparecer ante el juez y que desempeñarán también las funciones de centro de observación, tránsito y distribución; y en su Título V nos entrega algunas disposiciones penales.

Es así, como en el artículo primero esta Ley se establece su ámbito de aplicación, al señalar que “se aplicará a los menores de edad, sin perjuicio de disposiciones especiales que establecen otra edad para efectos determinados”.

Se señala además, que en caso de duda sobre la edad de una persona, que a simple vista parece menor, se le considerará como tal, mientras se comprueba su edad. Asimismo, se contempla en el art. 31 de la LRPA.

En caso de detención de un menor de edad, el art. 17 de la LM prohíbe a los jefes de establecimientos de detención que exista contacto entre menores de edad y adultos, ello bajo sanción administrativa en caso de incumplimiento.

La Ley de Menores en su art. 15 señala la creación de un departamento denominado “Policía de Menores”, el que estaría compuesto por personal especializado en el trabajo con niños, lo que sin duda responde a las necesidades del tratamiento especial que requiere un menor de edad.

Dentro de las finalidades que la mencionada Ley le atribuye a la Policía de Menores, se señalan las siguientes: a) Recoger a los menores en situación irregular con necesidad de asistencia o protección; b) Ejercer, de acuerdo con las instrucciones que imparta el Servicio Nacional de Menores, el control de los sitios estimados como centros de corrupción de menores; c) Fiscalizar los espectáculos públicos, centros de diversión o cualquier lugar donde haya afluencia de público, con el fin de evitar la concurrencia de menores, cuando no sean apropiados para ellos, y; d) Denunciar al

Ministerio Público los hechos penados; e) Otorgar protección inmediata a un niño, niña o adolescente que se encuentre en situación de peligro grave, directo e inminente para su vida e integridad física.

En la práctica, el Departamento Policía de Menores es dependiente de la Dirección de Protección Policial de la Familia de Carabineros de Chile (DIPROFAM), y está destinado a planificar, organizar, dirigir y controlar acciones orientadas a la actualización de las normas, y procedimientos técnicos policiales relacionados con niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a la legislación vigente, y desarrolla actividades de difusión dirigidas a la comunidad en prevención de situaciones ilícitas que afecten a menores de edad.⁸⁷

Entre los artículos vigentes de la Ley en estudio, está el art. 55 que señala la existencia de instituciones privadas reconocidas como colaboradoras del Servicio Nacional de Menores (SENAME)⁸⁸. Dicho Servicio, tiene por objeto contribuir al desarrollo del sistema de protección social de la infancia y adolescencia, a través del ejercicio de derechos y reinserción social y/o familiar de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos e infractores de ley.

No obstante, cabe hacer presente que la relación entre SENAME y sus colaboradores acreditados⁸⁹ se encuentra regulada en la Ley 20.032, cuyo actuar se

⁸⁷ CARABINEROS DE CHILE, Unidades Especializadas, Dirección de Protección Policial de la Familia, [en línea] <<http://www.carabineros.cl/sitioweb/web/verSeccion.do?cod=108>> [consulta: 05 de febrero de 2010]

⁸⁸ El Servicio Nacional de Menores, es un organismo gubernamental ayudante del sistema judicial, que depende del Ministerio de Justicia. Fue creado por el Decreto Ley N° 2.465 del 10 de enero de 1979 (www.sename.cl).

⁸⁹ Art. 4 N° 1 de la Ley 20.032 señala como colaboradores acreditados: “las personas jurídicas sin fines de lucro que, con el objeto de desarrollar las acciones a que se refiere el artículo anterior, sean reconocidas como tales por resolución del Director Nacional del SENAME, en la forma y condiciones exigidas por esta ley y su reglamento.

Las personas naturales podrán ser reconocidas como colaboradores acreditados, para el solo efecto de desarrollar la línea de acción de diagnóstico, en conformidad con el procedimiento dispuesto en el inciso anterior.

Las instituciones públicas que ejecuten o entre cuyas funciones se encuentre desarrollar acciones relacionadas con las materias de que trata esta ley, no requerirán de dicho reconocimiento”.

debe realizar conforme al respeto y promoción de los derechos humanos de las personas menores de dieciocho años contenidos en la Constitución Política de la República, las leyes vigentes, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales (art. 2 N° 1 Ley 20.032).

Los colaboradores acreditados tienen como actividad a desarrollar las siguientes: oficinas de protección de los derechos del niño, niña y adolescente, centros residenciales, programas y diagnóstico, sin perjuicio que también puedan ser desarrolladas por SENAME (art. 3 Ley 20.032). Asimismo, se señala que los programas de reinserción para adolescentes infractores de ley penal será subvencionado por SENAME a sus colaboradores acreditados (art. 4 N° 3 letra b, Ley 20.032).

Sin embargo, el art. 55 de la LM en su inciso 3° señala que, si el Director del establecimiento estima inconveniente el ingreso o permanencia de un menor de edad, podrá pedir a la autoridad que haya dictado la medida, la reconsideración de ésta.

De igual forma, los menores de edad que se encuentren en establecimientos del SENAME o de alguno de sus colaboradores acreditados, podrán permanecer en ellos hasta cumplir la mayoría de edad, sin perjuicio de que la medida sea modificada o revocada por el Juez antes de ello.

En resumen, se puede apreciar claramente, que si bien nuestra Ley de Menores se encuentra derogada en la mayoría de sus artículos, aún existen algunos de ellos que son aplicables a los procedimientos en complemento a las normas de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y del Código Procesal Penal.

Todo esto, nos deja una clara visión de la realidad normativa en Chile, la que sin duda ha perdido su especialidad en materia de Justicia Juvenil, que si bien goza de una Ley especial para regular a aquellos niños mayores de 14 años de edad que estén en conflicto con la justicia, ello no es de igual forma para aquellos menores de 14 años, a quienes se les aplica la Ley que crea los Tribunales de Familia al igual que aquellos

niños vulnerados en sus derechos, por lo que no tienen un cuerpo normativo que los regule específicamente.

Si bien existe especialidad en la regulación de los niños infractores de ley entre los 14 y 18 años de edad, dicha especialidad se ve disminuida toda vez que existe remisión al Código Procesal Penal, que es el cuerpo normativo que regula los procedimientos para adultos.

En consecuencia, nuestro país necesita avanzar en su legislación en materia de menores, para llegar a cumplir con el estándar internacional, el cual requiere que exista especialidad en el tratamiento de los niños, con legislación, procedimientos y funcionarios especializados, procurando el bienestar del niño en todo momento, y cuya finalidad siempre será la rehabilitación y reinserción en la sociedad.

CAPÍTULO IV

LEGISLACIÓN INTERNA Y EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN DERECHO DE MENORES

1.- Aspectos Relevantes.

En el campo de la Justicia Juvenil es importante el reconocimiento y respeto a los derechos y garantías de los niños infractores de ley, tanto de aquellos que están dentro del límite de la responsabilidad penal, como aquellos llamados inimputables, para lo cual, es necesario que el ordenamiento jurídico interno de cada país deba adecuarse al estándar internacional en materia de Derecho de Menores.

De todas las etapas del procedimiento de Justicia Juvenil, es en la etapa investigativa donde más se vulneran derechos y garantías de los menores imputados de haber cometido delito, sobretodo durante la detención o arresto, ante ello, es importante hacer una comparación entre los derechos y garantías que se encuentran consagradas a nivel internacional y aquellas contempladas en nuestra legislación, en la etapa estudiada.

Si comenzamos nuestro paseo por la etapa investigativa, al momento que un adolescente es sospechoso o se le acusa de haber cometido un delito, goza de la presunción de inocencia, que hace recaer la carga de la prueba en el órgano persecutor, tal como se contempla en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14.2), y la Convención sobre los Derechos del Niño-CDN (art. 40.b.i); En nuestro país, ello se encuentra señalado en el art. 4 del Código Procesal Penal. Por su parte, el niño tampoco puede ser sometido a tortura para obtener confesión, según se establece en la CDN (art. 37.A) y la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradante. Asimismo, no debe existir factores de intimidación, lo que es una clara alusión al actuar de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, como son Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, por

ello, durante este primer contacto del niño con el sistema de justicia, es función del Fiscal y del Defensor hacer cumplir estas garantías.

Otra garantía muy importante pero a su vez la que más suele vulnerarse durante la etapa investigativa es el derecho a ser escuchado, consagrado en el art. 12 de la CDN, donde se señala que el niño tiene el derecho a ser oído en un procedimiento que le afectará su vida; ante esto, encontramos que en nuestra legislación el niño sólo podrá declarar frente al fiscal con presencia de su defensor (art. 31 LRPA), por lo que antes de ello no será considerado lo que diga o tenga deseos de declarar.

Junto con el derecho a ser escuchado está el derecho a participar activamente en un proceso que le afectará, para ello requiere que se le informe de los cargos que se le imputan sin demora y en forma directa como señala el art. 40.2.b. iv) de la CDN, lo que significa lo antes posible, ya sea por la policía, el fiscal o el juez, y de forma que el menor imputado pueda entender dichos cargos según lo especifica el Comité sobre los Derechos del Niño, ante esto, es el Defensor quien debe alegar que ello se cumpla. También el Comité recomienda que esta información también sea entregada a los padres o representantes legales del niño. En nuestra legislación sólo se contemplan las reglas generales aplicadas a los imputados adultos del Código Procesal Penal, tanto en la comunicación de los hechos que se le imputan, como los derechos que le asisten.

Asimismo, la participación del niño en el procedimiento se reconoce en la garantía de presenciar y examinar testigos (art. 40.2.iv. CDN), donde el niño los pueda interrogar o hacer que los interroge su abogado o representante, en lo cual siempre se tiene en cuenta la edad y madurez del menor (art.12 CDN); Nuestra legislación no contempla esta situación.

A nivel internacional se consagra la garantía de la participación de los padres, por lo que deben ser informados sin demora y en forma directa de los cargos que pesan sobre menor imputado, cuya participación en el procedimiento es importante como apoyo psicológico y emotivo para el niño. En nuestro país, la única norma en que se contempla su participación es en el art. 102N de la Ley que crea los Tribunales de

Familia, para crímenes y delitos cometidos por inimputables, es decir, menores de 14 años de edad, y que a su vez nos remite al art. 234 del Código Civil correspondiente a la facultad de corregir⁹⁰.

En cuanto a la garantía de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada para el menor imputado, contemplada en el art. 40.2.b.ii) de la CDN, donde dicha asistencia no es necesariamente jurídica- como especifica también el Comité sobre los Derechos del Niño-, no obstante, nuestro país exige la asistencia jurídica, a través de la defensoría penal pública donde existe personal especializado en materia de justicia de menores, aunque solamente en la Región Metropolitana y sólo para niños entre los 14 a 18 años de edad.

Un aspecto importante al respecto, es el señalado por el art. 14. 3. b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde el Defensor o la persona que preste asistencia al niño, debe disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, lo cual, en la práctica se hace difícil ya que los defensores penales llevan innumerables casos.

Existe un consenso a nivel internacional en que el tiempo transcurrido, entre la comisión de un delito y la respuesta del sistema de justicia juvenil, debe ser el más breve posible, para que el efecto sea positivo y pedagógico para el menor, y sobretodo que no sea estigmatizado (40.2.b.iii. CDN) y en el caso de privación de libertad debe existir una “pronta” decisión. Al respecto, nuestra legislación en el art. 31 de la LRPA

⁹⁰ Art. 234 del Código Civil, “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si se produjere tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquier persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales del art. 71 de la ley N° 19.968, con sujeción al procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de la misma ley, sin perjuicio de las sanciones que correspondiese aplicar por la infracción.

Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que determine más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir los 18 años de edad.

Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres”.

señala que cuando existe detención, en caso de flagrancia, Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones deberá poner al menor a disposición del juez de garantía en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder las 24 horas, no obstante se contempla la ampliación de ese plazo de hasta 3 días cuando el fiscal lo solicita. Asimismo en el caso de coautoría de niños y adultos en delitos, el defensor del niño suele ser el mismo que el de los adultos, por lo que se extiende la investigación, lo que no da cumplimiento a lo contemplado en los instrumentos internacionales en justicia juvenil.

En cuanto al Derecho a apelar contemplado en el art. 40. 2. b. v) de la Convención, y en el art. 14. 5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde toda decisión y medida impuesta por infringir la ley penal pueda ser sometida a una autoridad superior, independiente e imparcial. En Chile, no hay apelación para casos de niños infractores de ley penal, y a nivel de control de ejecución de la pena se puede solicitar remisión o sustitución de la pena una vez aprobado el plan de intervención.

A nivel internacional se garantiza el derecho del niño al pleno respeto de su vida privada en todas las fases del procedimiento (art. 16 y 20.2.b.vii. CDN) por lo que no debiere publicarse ninguna información del niño infractor de ley, porque provoca su estigmatización, y puede afectarlo en su capacidad para acceder a la educación y de conservar su propia seguridad, por lo que las autoridades no deben publicar datos de ellos, y los registros deben ser estrictamente confidenciales. En nuestro país, los juicios penales son orales y públicos, los medios de comunicación suelen difundir información de niños en conflicto con la justicia, pasando a ser conocidos sus nombres y vidas, así como los delitos cometidos por ellos, lo que claramente está en notoria contrariedad con el estándar internacional al respecto.

Cabe agregar, como se ha destacado a lo largo de la presente memoria, que la especialización en materia de justicia de menores es muy importante y así se ha resaltado a nivel internacional en los diversos instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, Las Reglas de Beijín, entre otras. Nuestra legislación en el art. 29 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, hace

referencia a la especialización de los intervinientes en la justicia penal de menores, pero a su vez, señala que todo funcionario (fiscal, defensor o juez) con competencia en materia criminal es igualmente apto. Asimismo, en el caso de las instituciones policiales (Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones) también existe una escasa especialización en esta materia, lo cual nos aleja del estándar requerido internacionalmente.

En resumen, al hacer una comparación entre el estándar internacional y nuestra legislación interna salen a la luz algunas falencias en el sistema de justicia juvenil chileno, lo que también ha sido advertido por el Comité de Derechos del Niño en sus recomendaciones a nuestro país, por lo que debemos avanzar hacia la incorporación del estándar internacional, si bien se ha tratado de mejorar el sistema existente, aún falta mucho por lograr, como también tener una mayor especialización tanto normativa como de los intervinientes en el procedimiento y una mayor inversión en rehabilitación de niños infractores, todo en pos del fin deseado que es la reinserción social de un niño que ha caído en conflicto con la justicia.

2.- Conclusiones.

En los últimos años, se ha hecho el esfuerzo de colocar el tema de los niños en conflicto con la justicia dentro de la preferencia en las agendas nacionales e internacionales. El problema se ha generado en la forma de abordar este conflicto social, el que se ha basado en la lucha contra la delincuencia juvenil en vez de fomentar una Justicia Juvenil, lo que ha llevado a la marginación social y a la falta de inversión en rehabilitación, alejándonos de la finalidad de la justicia de menores que es la reintegración del niño.

Luego de la recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño, nuestro país pasó del modelo tutelar al modelo justicia, o ahora también llamado modelo penal especial juvenil, lo que trajo como consecuencia una serie de reformas legislativas, que lejos de avanzar en el tratamiento de menores, a vuelto al sistema de justicia más severo, rebajando la edad de imputabilidad de los adolescentes a 14 años, estableciendo penas cada vez más duras y cuya determinación está basada en el delito cometido y no en el sujeto que lo cometió.

Asimismo, las reformas han fijado su atención en la organización de los tribunales más que en el tratamiento que se le debe dar al menor. En este contexto, se ha terminado con los tribunales de menores, y con ello se ha soslayado lo exigido por los instrumentos internacionales sobre la existencia tribunales especializados para atender a los menores de edad.

Si bien, la reforma ha creado un procedimiento especial para los menores infractores de ley penal entre los 14 y 18 años de edad, este pierde especialidad toda vez que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente se remite a las normas aplicadas a los adultos en el Código Procesal Penal. Por otro lado, se constata la falta de especialidad (legislación, funcionarios y procedimientos especializados en el trato con menores de edad) para aquellos niños menores de 14 años que han infringido la ley penal, de igual modo para aquellos niños vulnerados en sus derechos.

No obstante, Chile ha ido incorporando las garantías y derechos mínimos que se deben contemplar y respetar a los niños en conflicto con la justicia a nivel internacional; el Comité de Derechos del Niño ha hecho hincapié, en sus observaciones y recomendaciones a nuestro país, que persisten diversos incumplimientos a la Convención sobre los Derechos del Niño, en la adecuación de nuestra legislación a sus preceptos, con especial mención de los artículos 37, 40 y 39 de éste, referidos a los niños en conflicto con la justicia.

Hoy en día, a nivel internacional se está mirando hacia un nuevo modelo de justicia, que ofrece mayores y mejores oportunidades de re-educación y reinserción para los niños infractores de ley, cuyo proceso restaurador atiende los daños y las necesidades de las víctimas del hecho delictual, y que el ofensor comprenda su mala acción y asuma las consecuencias de ello. Es así, como la *Restorative Justice* o Justicia Restaurativa, ha obtenido resultados alentadores en otros países, y que sin duda, es el ejemplo a seguir en Justicia de Menores.

Para que en nuestro país exista un real avance en Justicia Juvenil y así podamos superar las deficiencias del sistema imperante, es importante la generación de una política pública que esté dirigida a objetivos que sean preventivos, tales como: evitar ciertos factores o circunstancias que lleven a niños a delinquir, así como también, en aquellos casos de niños que ya han delinquido, que la respuesta que les entrega el sistema de justicia no produzca que esa conducta antisocial se intensifique. Además, dirigir los esfuerzos a desarrollar y mejorar una formación especializada en Derecho de Menores a todos aquellos funcionarios judiciales y administrativos que tratan con niños en conflicto con la justicia, como: jueces, fiscales, defensores y policías. Desarrollar medidas alternativas al sistema judicial formal, conservando las garantías mínimas reconocidas a los menores. Así como también el desarrollo de una justicia reparadora donde el menor se haga responsable de sus actos ilegales y enfrente las consecuencias de ello ante la víctima y la sociedad, donde sea participe de las decisiones sobre las sanciones y compensaciones, y también su familia, todo ello en forma lo más expedita posible y en cuya intervención se busque la reintegración del infractor en la sociedad.

Sin duda Justicia Juvenil actual debe orientarse hacia un nuevo modelo, atendiendo a las recomendaciones hechas por el Comité de Derechos del Niño y a los lineamientos que nos entregan los diversos instrumentos internacionales con especial atención a las Reglas de Beijing como instrumento de especificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, A. “El dilema de América Latina ¿Neorretribucionismo o justicia juvenil restaurativa?”, En: I Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa: 4 al 7 de Noviembre de 2009. Lima – Perú. pp. s.p.

- CALVENTO S., U. “Modernas Tendencias del Derecho de Familia”, Publicaciones Jurídico - Sociales, Montevideo - Uruguay. Instituto Interamericano del Niño, año 1979. 18 p.

- CALVENTO S., U. “Lineamientos del Derecho de Menores en Latinoamérica”, Sección Jurídico - Social, Montevideo - Uruguay, Instituto Interamericano del Niño, año 1982. 25 p.

- CHUNGA, F. “Derecho de Menores”, EDDILI- Editorial y distribuidora de libros S.A.; San Miguel-Perú, reimpresión 1990. 277 p.

- Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/3/Add.18, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención: Chile, Naciones Unidas, 22 de junio del 1993. 67 p.

- Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/15/Add.22, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile”, Naciones Unidas; 22 de abril de 1994. 4 p.

- Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/65/Add.13, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención: Chile, Naciones Unidas, 25 de junio del 2001. 239 p.

- Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/15/Add.173, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los derechos del niño: Chile”, Naciones Unidas; 3 de abril de 2002. 15 p.

- Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/CHL/3, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Terceros informes periódicos que los Estados Partes debían presentar en 1997: Chile”, Naciones Unidas; 20 de diciembre de 2005. 121 p.

- Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/CHL/Q/3, “Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; Lista de Cuestiones que deben abordarse al examinar el tercer informe periódico de Chile (CRC/C/CHL/3)”, Naciones Unidas, 6 de octubre de 2006. 7 p.

- Comité de los Derechos del Niño, Documento CRC/C/CHL/CO/3, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Chile”, Comité sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas; 23 de abril de 2007. 20 p.

- DAVID, P. R., “Sociología Criminal Juvenil”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, año 1979. 138 p.

- FUENTEALBA A., T. Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, desde la mirada de las peores formas de trabajo infantil. Revista MAD Niñez y Políticas Públicas, Edición especial N° 3: 121-145, 2009.

- JUSTICIA Juvenil, Centro Internacional para el desarrollo del Niño de UNICEF, Florencia – Italia, Innocenti Digest (3), año 1998. 24 p.

- MATURANA, C., “Los Procedimientos en el Nuevo Sistema Procesal Penal” Apuntes de Derecho Procesal Penal, año 2004. 13-53 p.

- MENDIZABAL O., L. "Derecho de Menores, Teoría General", Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, año 1977. 517 p.

- METTIFOGO, D. y SEPÚLVEDA, R. "La situación y el tratamiento de jóvenes infractores de Ley en Chile", Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, año 2004. 61 p.

- PIEDRABUENA R., G. Oficio del Fiscal Nacional N° 484 (Instructivo N° 4 de la Ley 20.084), año 2007. 10 p.

- PIEDRABUENA R., G. Oficio del Fiscal Nacional N° 511 (Instructivo N° 7 de la Ley 20.084), año 2007. 8 p.

- PRIETO, A. "De la declaración de los Derechos del niño a la Convención de los derechos del niño: Nuevas bases para los deberes de la sociedad con respecto de los niños", Convención de los Derechos del Niño, UNICEF, 1988. 21-29 p.

- PRIETO, A. "Hacia un Nuevo Modelo para la Administración de Justicia de Menores", cuaderno de trabajo. Fundación DEM, Santiago de Chile, año 2002. 20 p.

- PRIETO, A. Compendio del libro "El pequeño libro de la Justicia Restaurativa" de Howard Zehr. [s.a.]. 9 p.

- RESPONSABILIDAD Penal Juvenil: la nueva ley ¿soluciona el problema?, La Semana Jurídica, N° 273: 4-5, del 30 de enero al 05 de febrero de 2006.

- SAJÓN, R. y CALVENTO, U., en "Perspectivas del Derecho de Menores y de Familia en Latinoamérica Nuevos Enfoques", En: I Congreso Latinoamericano de Jueces de Menores y VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho de Menores (Managua, Nicaragua. Marzo 5 – 10 de 1978). Instituto Interamericano del Niño, Montevideo - Uruguay, año 1978. 42 p.

- SEMINARIO Ley de Responsabilidad Penal Adolescente: desafíos y oportunidades (Santiago, Chile, 2007). Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Cifras, UNICEF, 2007.

Instrumentos Internacionales:

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/169, 17 de diciembre de 1979.

- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

- Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil (Directrices Riad). Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/112, 14 de Diciembre de 1990.

- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores, 25 de abril de 2007.

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores "Reglas de Beijing". Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

Legislación Interna:

- Ley 16.618, Ley de Menores, publicada en el Diario Oficial el 8 de marzo de 1967.

- Ley 19.968, Crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.

- Ley 20.032, Ley que establece sistema de atención a la niñez y a la adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención, publicada en el Diario Oficial el 25 de julio de 2005.

- Ley 20.084, Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, publicada en el Diario Oficial el 07 de diciembre de 2005.

Recursos electrónicos

- UNICEF, "Convención sobre los Derechos del Niño". [En línea] 26 de agosto de 2008 <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30160.html>, [consulta: 30 noviembre 2009].

- NACIONES UNIDAS, Comité de los Derechos del Niño: Vigilancia de los Derechos del Niño, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [En línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>>, [consulta: 02 diciembre 2009]

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Mirada en profundidad: "Derecho de los Infractores", [en línea],

<http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/leyresponsabilidadpenaladolescente/de_recho-de-los-infractores> [consulta: 20 diciembre 2009].

- CARABINEROS DE CHILE, Unidades Especializadas, Dirección de Protección Policial de la Familia, [en línea] <<http://www.carabineros.cl/sitioweb/web/verSeccion.do?cod=108>> [consulta: 05 de febrero de 2010]