



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

Ley de Responsabilidad Penal Adolescente:

Juventud, Marginalidad y Control social.

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado
en Ciencias jurídicas y sociales.

Postulantes: Oscar Acuña W.

Gabriela Barraza O.

René Bonnemaïson M.

Alonso Escobar P.

Isabel Figueroa T.

Juan José Gatica L.

Helmuth Heyer

María Isabel López G.

Rufino Martínez S.

Denys Pavez F.

Profesora guía : Myrna Villegas Díaz.

Santiago, 2008

AGRADECIMIENTOS

Un sentido reconocimiento a la Profesora Myrna Villegas, quien nos guió con una dedicación que realmente admiramos y de la que estaremos eternamente agradecidos. También a sus ayudantes Matías Álvarez y Salvador Briceño quienes siempre tuvieron una gran disposición para guiarnos y apoyarnos en esta enorme tarea. Y a nuestros compañeros Claudia Escobar, Álvaro Paz y Claudia Rodrigo, que si bien no terminaron este proyecto junto a nosotros, su contribución en un comienzo fue trascendental.

Los memoristas de este trabajo

INDICE

INTRODUCCION.....	8
--------------------------	----------

CAPITULO I:

MARCO POLITICO CRIMINAL Y CRIMINOLOGICO

1. El Estado, su rol en la sociedad y el Derecho Penal.	17
2. Control Social	26
2.1 Sociedad del riesgo, seguridad ciudadana y expansionismo penal.	26
2.2 Derecho Penal simbólico.....	34
2.3 Derecho Penal del enemigo.	47
3. Juventud y marginalidad.	57

CAPITULO II:

JUVENTUD Y RESPUESTA PUNITIVA DEL ESTADO

4. Modelos de justicia juvenil	66
4.1 Nociones preliminares.....	66
4.2 Modelo tutelar, doctrina de la situación irregular.	69
4.3 Modelo educativo.....	75
4.4 Modelo de responsabilidad, doctrina de la protección integral.	80

5. Experiencia comparada	84
5.1 Legislacion europea	85
5.1.1 España	85
5.1.2 Reino Unido (Inglaterra y Escocia)	87
5.2 Nueva Zelanda y la justicia restaurativa	89
5.3 Legislación latinoamericana	94
5.3.1 Ecuador	95
5.3.2 El Salvador	96
6. Aproximación histórica de la justicia penal juvenil en Chile	99
6.1 Nociones preliminares	99
6.2 Etapa de la inexistencia de una legislación específica sobre la infancia (1875-1928)	100
6.3 Etapa de la legislación de menores. La protección y el control de la infancia (1928 -1990)	102
6.4 Etapa de la entrada en vigencia de la Convención de Derechos del Niño	106
6.5 Modificaciones legislativas posteriores, tendientes a adecuar el sistema tutelar vigente a lo prescrito por la cdn	109
7. Historia de la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente	113

CAPITULO III:
MARCO JURIDICO INTERNACIONAL

8. Nociones preliminares.	132
9. Convención sobre los Derechos del Niño.	133
10. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. "Reglas de Beijing".....	142
11. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.....	148
12. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. 153	
13. Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad. ...	158
14. Dictamen del CESE “sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la Unión Europea” 165	

CAPITULO IV:
ANALISIS DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE.

15. Nociones preliminares.	168
16. Disposiciones generales en la ley 20.084.	171

16.1 Remisión al código penal y leyes penales especiales.	171
16.1.1 Especial situación de las faltas.	175
16.2 Interés superior del adolescente.	186
16.3 Límites de edad.	197
16.4 Regla especial para los delitos sexuales.	202
16.5 Reglas sobre la prescripción.	203
17. Determinación de la pena en la ley de responsabilidad penal adolescente.	206
17.1 Aspectos generales.	206
17.2 Criterios que informan la determinación de la pena.	208
17.2.1 Derecho Penal adulto.	209
17.2.2 Derecho Penal juvenil.	211
17.3 Elementos de la teoría del delito y determinación de la pena.	216
17.3.1 Tipo y tipicidad.	216
17.3.2 Antijuridicidad.	219
17.3.3 Culpabilidad.	220
17.3.4 Iter críminis y participación criminal.	222
17.3.5 Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.	225
17.4 Disposiciones legales, factores relevantes y situaciones complejas respecto a la determinación de la pena.	227
18. Análisis de las clases de sanciones descritas en la ley 20.084.	234

18.1	Nociones preliminares.....	234
18.2	Clasificación de las sanciones.....	237
18.2.1	Penas privativas de libertad.....	237
18.2.2	Penas no privativas de libertad.....	242
18.2.3	Penas accesorias.	248
19.	Ejecución de las sanciones y medidas.....	253
19.1	Consideraciones preliminares.	253
19.2	Derechos y garantías en la ejecución.....	254
19.3	Administración de las medidas.....	256
19.3.1	Medidas no privativas de libertad.	256
19.3.2	Medidas privativas de libertad.	256
19.4	Centros de privación de libertad.....	258
19.5	Tribunal competente	262
19.6	Quebrantamiento de condena.....	262
19.7	Sustitución de condena.....	265
19.8	Remisión de condena.	266
19.9	Certificación de cumplimiento.....	267
19.10	Conclusiones respecto a la ejecución de las sanciones.	268
20.	Procedimiento en la ley de responsabilidad penal adolescente.	269
20.1	Nociones basicas.....	269

20.2 Reglas generales del procedimiento.	271
20.2.1 Supletoriedad del Código Procesal Penal.....	271
20.2.2 Concurso de procedimientos.	272
20.2.3 Sistema de justicia especializada	274
20.3 Procedimiento.	278
20.3.1 Inicio del procedimiento.....	278
20.3.2 Principio de oportunidad.....	284
20.3.3 Audiencia de formalización.....	285
20.3.4 Posibilidad de juicio inmediato.....	287
20.3.5 Etapa de investigación.	288
20.3.6 Etapas posteriores.....	289
20.3.7 Audiencia de preparación del juicio oral.	294
20.3.8 Juicio oral.	295
20.3.9 Audiencia de determinación de la sanción.....	296
CONCLUSIONES	298
BIBLIOGRAFIA	318

INTRODUCCION

La tarea de analizar la conducta humana es siempre compleja, más aún cuando se trata de examinarla en un contexto presente; es decir, cuando la frontera entre el objeto de estudio y los sujetos del mismo se vuelve difusa. Hacemos esta advertencia, ya que la memoria que a continuación hemos de desarrollar, pretende observar y analizar una realidad jurídica que no solo nos interesa y atrae dada nuestra condición de hombres y mujeres de Derecho, sino sobre todo, por nuestra constitución como ciudadanos participes de una sociedad de vertiginosa dinámica y desarrollo.

Es así, que en la conformación del mundo actual se han venido- de un tiempo a esta parte- generando nuevos procesos, con características particulares históricamente, lo que trasunta en ámbitos como las nuevas invenciones del progreso tecnológico, la potente masificación del acceso a la información, la hegemonía del mercado en la sociedad; hechos que no hacen sino constituir formas de trabajo y relaciones sociales especiales, determinados por éstas mismas. A consecuencia de ello, emerge una gama de problemáticas ignoradas hasta hoy, generando entonces la necesidad por parte de los Estados de implementar nuevas políticas y respuestas. De esta forma, se ha impuesto un capitalismo capaz de disciplinar desde la diversidad, o bien, dominar en forma sutil y difusa, con nuevos dispositivos y técnicas de control que operan desde ámbitos formales e informales.

Y aunque el mundo sea muy distinto al de 20 o 30 años atrás, el Derecho Penal sigue siendo una institución esencial en lo que a control social significa, no obstante sus manifestaciones actuales implican algo más que meras características históricas. Es así, que nuevos paradigmas han entrado en acción, marcados significativamente por el debilitamiento de los principios liberales clásicos, que alguna vez sustentaron una ideología fuertemente reductora del poder punitivo del Estado frente a los

particulares. Se relativizan garantías, funciones, objetivos del derecho penal, provocándose con ello un giro radical expresado en el paso de la noción del derecho penal como garantía para los ciudadanos, a un derecho penal erigido en dominio sobre los sujetos.

De esta forma, queda el camino abierto para convertir al Derecho Penal en un potente instrumento institucional, capaz de legitimar la represión sobre conductas e individuos que consciente o inconscientemente se despliegan como amenazas al orden establecido. Se pasa así, de un derecho penal del hecho, a uno del autor.

Los grupos y conductas que comienzan a percibirse como amenazas *per se* al modelo imperante, coinciden justamente con quienes desarrollan experiencias en la marginalidad del sistema, es decir, nos encontramos ante una guerra entre los que están *dentro*, versus quienes se ubican *fuera* de los valores y pautas de conducta que han establecido los grupos de poder dentro de la sociedad. Y tal como alguna vez lo fueran la caza de brujas efectuada por el Tribunal del Santo Oficio, la emblemática guillotina del período del jacobinismo en la revolución francesa, el holocausto nazi, la ortodoxia soviética, el enemigo marxista de la doctrina de la seguridad interior desarrollada por la *School of Americas*, hoy tenemos una nueva manifestación totalitaria de la modernidad: la guerra contra el terrorismo y la delincuencia.

No deberá sorprendernos entonces que en nuestra realidad como nación, grupos que de una u otra forma consiguen desestabilizar el sistema y remover ciertas bases sociales, sean identificados como enemigos, excluyéndoseles del pacto social. Es el caso de mapuche, de pobladores, de jóvenes marginales. Se configura sobre ellos un poderoso estigma mediático, capaz no sólo de direccionar en su contra a la opinión pública, sino más aún, legitimar políticas públicas y transformaciones legislativas dirigidas a combatirles.

De los grupos y conflictos descritos, hemos escogido particularmente el vinculado a los jóvenes marginales. La relación entre delincuencia juvenil y la actitud que el Estado y la sociedad deben adoptar frente a ella es, sin duda, una problemática vigente, tensa, compleja y controversial, vinculada estrechamente, por una parte, con temas sociales tan sensibles como la pobreza, la marginalidad y la falta de oportunidades, y por otra, con el derecho a exigir el resguardo de los bienes jurídicos garantizados por nuestro ordenamiento.

No obstante lo anterior, en torno a los jóvenes se ha tejido últimamente una serie de mitos y estigmas, íntimamente relacionadas al referido tema de la delincuencia. Es así, que en los medios de comunicación masivos se ha vuelto recurrente el hecho de señalar como grandes responsables de la inseguridad ciudadana las acciones y conductas del joven marginal. Y no sólo se identifican y exhiben sus delitos de tipo patrimonial como robos y hurtos, o de gran connotación social como los homicidios y violaciones, sino además otro tipo de conductas no necesariamente constitutivas de delitos, tal como problemas de drogadicción, alcoholismo, desórdenes públicos por barristas, estudiantes en sus movilizaciones, hasta nuevas prácticas sexuales o en general conductas que muchas veces escapan a la jurisdicción penal. De esta forma, la condena social se amplía, y ya no es sólo al hecho constitutivo de delito, sino en general son vistas como dignas de reproche penal todo tipo de conductas desarrolladas por los jóvenes.

En esta coyuntura es que emerge la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, objeto de estudio de la presente investigación. Conforme a los elementos entregados identificamos una serie de problemáticas que es pertinente analizar. En primer término, será necesario examinar empíricamente la realidad del joven actual, y de qué manera el fenómeno de la delincuencia se constituye en un nudo de conflictos respecto a ellos; en segundo término, y coherente a lo anterior, deberán observarse los fundamentos que dan lugar al cambio legislativo en examen, contrastándoles con la

realidad empírica en que los jóvenes operan, desentrañando bajo qué condiciones se da el combate a la delincuencia juvenil, es decir, hasta qué punto se enfoca a sus causas o a sus consecuencias.

Por otra parte, está la legislación internacional, que importa un marco jurídico ineludible si hablamos de un Estado de Derecho respetuoso y fundado en la doctrina de los Derechos Humanos, ante lo cual la pregunta por la adecuación a dicha normativa será necesario responder. A su vez, la legislación misma debe ser analizada internamente, examinando cada uno de sus elementos, en el sentido de detectar objetivos, coherencia normativa, adecuación a principios del derecho penal, etc., cuestión que permite dar respuesta a la pregunta por la función y sentido que adoptará esta ley en la realidad social que viene a normar.

Dado lo expresado anteriormente, es menester también señalar, que en torno a la promulgación del aludido cuerpo legal que establece un nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil, el desconocimiento general sobre su contenido, la falta de literatura específica que aborde de manera profunda y sistemática el tema, y el tratamiento, muchas veces sesgado y sensacionalista que le otorgan los medios de comunicación, son factores determinantes a la hora de justificar la necesidad de generar un estudio creativo e integral sobre este conflicto, con la aspiración de aportar herramientas suficientes que permitan abrir un debate informado y crítico en la esfera político social de nuestro país.

Nos parece de suma necesidad, que desde espacios abocados a la academia, la investigación y el estudio intelectual del Derecho, sea posible originar herramientas que permitan a la sociedad civil conocer nuevas ópticas de cómo enfrentar y comprender fenómenos como en este caso, la delincuencia juvenil y el tratamiento que el Estado da a aquella. Creemos profundamente, que desde la Universidad debe asirse

comprometidamente un sentido público, capaz de ofrecer respuestas pluralistas, críticas y problematizadoras, a conflictos de trascendencia social, y abocadas a promover una cultura democrática y respetuosa de los Derechos Humanos. Es este sin duda, nuestro marco valórico desde el cual- adelantamos- analizaremos con ojo crítico la actual ley de responsabilidad adolescente.

En esa línea, la presente investigación cuestiona si esta nueva ley, se corresponde con los propósitos de un sistema social encarnado en los fines de un Estado democrático de Derecho. Para aquello, deberemos definir las bases sobre las cuales nos moveremos, haciendo una relación del problema sociológico que se presenta entre la juventud y la marginalidad; conceptos estructurantes de una comunidad como lo son *los fines de un Estado democrático* e instrumentos de control social, como el *Derecho penal del enemigo* o el *Derecho penal simbólico*.

Posteriormente serán analizados elementos teóricos como lo que entendemos por *responsabilidad penal juvenil*, y revisar consideraciones respecto a su tratamiento, así también como su evolución histórica. Entonces estaremos en condiciones de examinar el Derecho positivo que tiene relación con el tratamiento de menores, en diversos ámbitos, ya sea a nivel internacional o en el ordenamiento interno.

La referencia al Derecho internacional aparece como relevante, puesto que ahí es donde existe el mayor desarrollo y reconocimiento de los derechos del ser humano, y al cual varios Estados han acordado Convenios de protección de los niños y sus derechos, como sujetos merecedores de especial resguardo. Se trata de convenciones que establecen estándares más exigentes de protección sobre los ya reconocidos a todas las personas. Es por eso que toda actuación del Estado debe tener especial cuidado al regular determinados ámbitos en que se vean envueltos estos sujetos de especial estatus. Pero no solamente en atención a la coherencia formal de observancia de aquellas disposiciones como parte del Derecho positivo y vigente en nuestro país,

sino que especialmente por el respeto de la condición humana en sus distintas etapas de desarrollo.

Ya habiendo construido un esquema general sobre el tema, podremos entrar en el análisis más concreto de la nueva ley, debiendo realizar un revisión de los principios motivadores de ella y también, más específicamente, de los distintos aspectos de la teoría del delito, y pudiendo expresar en cada punto las observaciones respecto a la legitimidad de aquélla, a la luz del marco presentado previamente.

Por último, también deberán ser examinados aspectos más prácticos de la aplicación de la ley de responsabilidad penal juvenil, basándonos en consideraciones desde el punto de vista de la ejecución de la pena y del examen desarrollado a partir del primer acopio de jurisprudencia que ha emanado de nuestros tribunales en materia de responsabilidad penal adolescente.

No obstante lo anterior, el marco de análisis propuesto se configura a partir de determinados objetivos. En primer término, y a modo de objetivo general, señalamos que pretendemos realizar un análisis crítico de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en sus aspectos político criminales y dogmáticos. De ello emergen una serie de objetivos específicos que harán asequible alcanzar el citado objetivo general. Éstos son:

1. Realizar un análisis político criminal y sustantivo penal de la LRPJ.
2. Examinar y sistematizar las características de la Sociedad del Riesgo, Derecho Penal Simbólico, Derecho Penal del Enemigo y Expansionismo, como fenómenos de control social.

3. Distinguir y examinar la política criminal que orienta la Ley 20.084, a la luz de los supuestos del Derecho Penal Simbólico y el Derecho Penal del Enemigo.

4. Examinar la incidencia de la marginalidad en la delincuencia juvenil.

5. Analizar y sistematizar información sobre modelos de responsabilidad penal juvenil, experiencia comparada y la situación en Chile con anterioridad a la Ley 20.084.

6. Realizar análisis jurídico dogmático del modelo de responsabilidad penal juvenil contenido en la Ley 20.084, en cuanto a tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, autoría y participación, *iter criminis* y circunstancias modificatorias, y su adecuación a los principios de un Estado Democrático.

7. Analizar el marco jurídico internacional para identificar los principios básicos relacionados con la responsabilidad penal juvenil, y establecer en qué medida son respetados por la Ley 20.084.

8. Examinar la Ley 20.084 en cuanto a determinación y ejecución de la pena, y funciones y atribuciones de los agentes e instituciones destinados al caso.

En consecuencia a lo presentado hasta el punto, la presente memoria plantea a modo de hipótesis que *la Ley de RPA vulnera las garantías establecidas a favor de los menores, consagradas en la Constitución y en los Tratados Internacionales, pues responde principalmente a la lógica de un Derecho Penal del Enemigo, como medio de control social reactivo, por lo que no se adecua a los fines de un Estado Democrático de Derecho.*

Finalmente, la metodología de trabajo que hemos utilizado se ha visto marcada esencialmente por la intención de desarrollar una memoria de orden principalmente teórico. Es ese sentido, en cuanto al nivel de investigación utilizado, aquel será exploratorio y descriptivo; el primero en cuanto se trata de investigar cuáles son las bases político criminales de la ley 20.084, y además se ha investigado acerca de las estadísticas y los aspectos criminológicos de los adolescentes. Identificados éstos pasamos al siguiente nivel, donde describimos qué se entiende por responsabilidad juvenil y el marco jurídico, tanto a nivel nacional como internacional. Por su parte, en los últimos capítulos el nivel de investigación observado es de carácter explicativo, pues la ley de Responsabilidad Penal Adolescente se analizó a partir de todo lo anterior, proponiéndose consustancialmente soluciones a los principales problemas.

En un segundo elemento de importancia, el Método de Investigación presentado dice relación principalmente con el carácter investigativo para llegar a un pleno conocimiento del tema, pero utilizando a su vez el método inductivo, pues a partir de la ley de RPA se ha estudiado en general, todo el fenómeno de la responsabilidad penal juvenil. A ello se añade el Método de análisis, ya que identificado cada uno de los elementos de la ley establecimos características, causas y efectos de éstos; así también el método comparativo, con relación al marco jurídico internacional y la experiencia comparada; y finalmente el método histórico, al estudiar la historia de la ley y el modelo anterior en nuestro país; exegético.

La recolección de datos se efectuó a partir de las fuentes directas donde se encuentra la información, principalmente de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y de otras universidades, así como también bibliotecas de organismos como "Paz Ciudadana", para efecto de las estadísticas. Asimismo, se recurrió a la información disponible en Internet de los sitios de la UNICEF, SENAME, y de las ONG encargadas del tema. Se utilizaron textos, revistas especializadas, legislación, análisis de jurisprudencia, entre otros documentos. Dicha información

obtenida fue procesada con la técnica de resúmenes y toma de notas por parte de los autores de esta memoria; además de ser tratada de forma cualitativa, es decir, los documentos utilizados fueron seleccionados según la información que era útil para esta investigación y la verificación de nuestra hipótesis.

CAPITULO I: MARCO POLÍTICO CRIMINAL Y CRIMINOLOGICO

1 EL ESTADO, SU ROL EN LA SOCIEDAD Y EL DERECHO PENAL

En las distintas etapas de la historia del hombre han existido desigualdades y humillaciones por parte de un grupo de la sociedad sobre otro, con diferentes formas e intensidades, sin embargo, más allá de tecnicismos, siendo completamente objetivos y serenos en nuestro análisis, nos damos cuenta que el denominador común por excelencia ha sido el abuso. Esta aseveración es constatable e irrefutable.

Tomando en cuenta lo anterior, *“desde Platón y Aristóteles hasta Kant, pasando por Hobbes y Locke, la desconfianza en la naturaleza humana ha sido la razón principal para justificar moralmente la existencia del Estado como artificio normativo destinado a asegurar la convivencia pacífica”*¹.

Al analizar lo expresado, nos damos cuenta que el Estado para los hombres siempre ha sido de gran relevancia para poder establecer parámetros de convivencia pacífica y armónica, debiendo quedar en claro que en la práctica nunca ha sido muy eficaz, pues sólo logra estructurar un sistema de organización de la sociedad que permite un determinado orden, pues la naturaleza humana, donde *“el hombre es un el*

¹ HORVITZ LENNON, María Inés y otros, *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia*, Más Gráfica Limitada, Chile, 2005, pág. 19 y siguientes.

*lobo para el hombre*², como decía Hobbes, sigue siendo la protagonista de las condiciones materiales que caracterizan las relaciones dentro de la sociedad, ya que de una u otra manera las desigualdades y abusos persisten, tanto colectivos como individuales. En virtud de lo expuesto, pareciera que *“cuando mayores instrumentos jurídicos universales se poseen consagrando innumerables derechos, y cuando mayores medios tecnológicos se poseen para hacer frente a las necesidades humanas (...) es cuando parece imposible evitar sus violaciones, aún más que en otros momentos históricos*³.

Antes de continuar, vale la pena señalar que a lo largo de la historia han imperado bases disímiles para justificar por qué lo bueno o lo correcto es vivir pacífica y armónicamente (religión, divinidad, moral/razón).

Esta importancia que identificamos respecto al Estado se puede resumir en que: *“todo Estado consiste en una asociación, y toda asociación se forma siempre con miras hacia algún bien, dado que los hombres obran siempre en vista de aquello que les parece bueno. Y de acuerdo con este principio, es evidente que todas las asociaciones tienden hacia un bien de alguna especie. Por lo mismo, el más elevado de todos los bienes debe ser objeto de la más importante de las asociaciones, que comprende en sí misma todas las demás. Y esta asociación es precisamente el ‘Estado’ o bien, la comunidad política*⁴.

² Aseveración que dice relación con el constante estado de guerra en que se encuentran los hombres en su estado de naturaleza, donde cada persona teme por su vida ya que puede ser atacada por cualquiera que lo rodea.

³ RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo, *El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes*, en “La Ley, Revista Universitaria”, Año V, N° 3, junio de 2003, pág 2. Disponible en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf> (sitio visitado 22.10.2007).

⁴ ARISTÓTELES, *La Política*, traducción de Sergio Albano, Editorial Gráfico, Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 19.

Al darnos cuenta de la tremenda trascendencia que tiene el Estado para la sociedad, en virtud del estado de naturaleza humana, podemos entender más claramente cual es el rol que debe representar la estructura político-jurídica que hoy nos gobierna, en el sentido que el Estado está al servicio de la persona humana, debiendo propender a la materialización de ciertos principios tales como el bien común, la justicia, la igualdad, la libertad, la dignidad humana, y en fin todos aquellos que aporten a la creación de condiciones sociales que permitan a las personas su mayor realización espiritual y material posible para la consecución de una verdadera convivencia pacífica y armónica entre los integrantes de la sociedad, es decir, podemos colegir que sólo es válida una convivencia pacífica si esta se logra a partir de la realización y desarrollo del individuo, debiéndose propender siempre a la protección de la persona cualquiera sean las circunstancias.

Esta propensión hacia condiciones materiales caracterizadas por los principios señalados, debe estar presente durante toda la vida de las personas, siendo imperativa una especial preocupación por los niños y adolescentes, pues éstos se encuentran en plena formación, donde el aprendizaje y desarrollo es fundamental al ser un período donde captamos y recibimos las cosas de manera inocente y sin demasiados filtros, las que en definitiva determinan nuestra forma de ser, nuestros comportamientos y la actitud que tendremos ante la vida y la sociedad una vez adultos.

Al tener claro lo anterior, afirmamos que “*Estado de Derecho (Rechtsstaat), rule of law, limited government, substantive due process, reasonableness, equal protection, état de droit*, son distintos conceptos para designar a un determinado tipo de Estado caracterizado por un programa de limitación del mismo y que apunta a un orden de convivencia garantizado por el derecho. Su objetivo es la limitación y calculabilidad de

*la dominación por medio de los principios y leyes, y su estructura se basa en la división de poderes*⁵.

Este surge de una evolución de los sistemas político-jurídicos que han existido, los cuales hasta antes de la Ilustración se fundamentaron en la fe común o en leyes que trascendían al hombre, como es el caso de las impuestas por Dios o las inscritas en el orden natural de las cosas, lo que sin duda permitió grandes aberraciones, pues sólo bastaba establecer que el esclavo o la persona perteneciente a una clase social desposeída tenían esa condición por disposición divina y nadie lo reprochaba; o el rey lo era porque Dios le había traspasado el poder, es decir, el orden de las cosas se cimentaba en dogmas morales sagrados e incuestionables, lo que evidentemente resulta demasiado inconsistente y poco sólido como fundamento del poder y de la estructuración de la sociedad.

La Ilustración, como manifestación filosófica, política y jurídica, consciente del estado de naturaleza egoísta y pendenciero del hombre, pone en forma paradigmática a la razón como base esencial de la organización de la sociedad, en el sentido que ésta claramente debe buscar la convivencia pacífica y armónica entre los individuos, lo cual logrará mediante la existencia de un Estado que esté al servicio de la persona humana y que propenda a la materialización de principios como el bien común, la justicia, la igualdad, la libertad, la dignidad humana, y todos aquellos que representen una contribución a la creación de condiciones sociales que permitan el desarrollo de las personas. Estos fines serán perseguidos porque como seres racionales llegamos a esa conclusión, es decir, al cuestionarnos nuestra existencia, consideramos que esto, racionalmente, es lo mejor para alcanzar una convivencia pacífica y armónica, por

⁵ HORVITZ, M. *ob. cit.*, 2005, pág. 19 y siguientes.

ende, la estructuración del Estado debe sustentarse en principios racionales y justos que no permitan arbitrariedades ni abusos como los cometidos en el pasado.

Esta nueva forma de justificación del poder representa la manera de legitimar realmente un modelo político-jurídico sólidamente, pues en éste nada puede quedar al arbitrio o libre voluntad de algún grupo de la sociedad o de la autoridad, todo queda enmarcado dentro del ordenamiento jurídico y de lo que se convenga según la razón, pues *“ningún hombre tiene autoridad sobre sus semejantes, y puesto que la naturaleza no produce ningún derecho, quedan, pues, las convenciones como base de toda autoridad legítima entre los hombres”*⁶.

En virtud de los fundamentos de la Ilustración se establece la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y la Declaración de los Derechos Humanos de La Revolución Francesa (1789), representando estos hechos un verdadero quiebre histórico, pues desde éstos se inicia en el mundo un proceso que cambia la concepción del poder y la manera de organización de la sociedad.

Durante el siglo XIX los principios de la Ilustración son plasmados en normas supremas denominadas constituciones, las que *“establecen un orden político-jurídico, de donde brota la autoridad del Estado dentro del marco que la misma determina, comprendiendo y abarcando toda la vida jurídica del Estado”*⁷. En estos textos se establece una parte dogmática y otra orgánica; en la primera se señalan todos los

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social; discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, traducción de Fernando de Los Ríos y Ángel Pumarega, Editorial Boreal, España, 1999, pág. 19.

⁷ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Instituciones Políticas, Manual de Derecho Político*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1988, pág. 251 y siguientes.

derechos y garantías que el Estado protegerá y amparará para lograr el objetivo primigenio relativo a la convivencia pacífica y armónica entre los integrantes de la sociedad, es decir, se expresa el fundamento ético del Estado; mientras que la segunda, es una parte referida a la estructuración del Estado y esencialmente a las funciones y atribuciones de los respectivos poderes de éste.

Posteriormente, los distintos estados han formado asociaciones en orden a dar protección a los derechos de las personas para conseguir una convivencia armónica dentro de la sociedad mundial. Es así como en la segunda mitad del siglo XX se establecieron una gran cantidad de convenios internacionales para proteger una serie de derechos, representando una continuación de los principios de la Ilustración, buscando siempre dar resguardo a las personas y así lograr el fin originario del Estado; tratados que sin duda surgen para revalidar los derechos de las personas después de haberse desarrollado dos guerras mundiales en menos de treinta años.

En virtud de todo lo expuesto, podemos decir que el Estado de Derecho que hoy impera se basa en la razón y se legitima por los fines nobles que persigue, los que se encuentran plasmados en las normas supremas de los respectivos ordenamientos jurídicos, por lo cual todo precepto o ley debe estar en perfecta armonía con la Constitución Política del Estado para que sea legítimo, ya que *“el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas”*⁸. En términos concretos, las leyes y reglas del ordenamiento jurídico deben subordinarse a la norma suprema para que sean válidas y en fin, legítimas.

⁸ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrúa, México, décima edición, 1998, pág. 232 y siguientes.

Al tener claro cuales son los fines y principios que legitiman la existencia del Estado que impera actualmente, tomando en cuenta el proceso histórico y de cuestionamientos que ha vivido nuestra humanidad, nos damos cuenta que el Derecho Penal, definido como *“aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones, y establece penas para la contravención de dichas normas”*⁹, entra en conflicto con los fundamentos del Estado, pues mediante esta rama del entramado normativo el Estado exige conductas tendientes a resguardar bienes jurídicos importantes para la sociedad, sin embargo, al que infrinja estas normas le impone castigos que van en contra de toda la lógica garantista, ocasionándole una vulneración de sus derechos.

Es por lo anterior que al Derecho Penal se le conoce como *última ratio*; el último recurso del Estado en virtud de la cuestionable forma de exigir determinados comportamientos, es decir, mediante penas que transgreden los derechos más básicos de la persona, lo que claramente no se condice con los fines tutelares del Estado, haciendo evidente que esta parte del ordenamiento jurídico debe ser analizada e interpretada sobre la base de su carácter excepcional.

Para la mayoría de los autores el derecho penal es una herramienta absolutamente necesaria, pues *“el derecho tiene por función posibilitar la existencia, lo que implica asegurar la coexistencia, porque la existencia humana siempre e ineludiblemente es coexistencia, necesitando introducir un orden coactivo que impida la guerra de todos contra todos. La manera en que el derecho quiere evitarla es asegurando a cada quien un ámbito de existencia, lo que podrá obtener haciendo relativamente previsibles las conductas ajenas respecto de ciertos bienes jurídicos, en el sentido que cada uno sepa*

⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, reimpresión 2004, pág. 21.

*que su prójimo se abstendrá de realizar conductas que lesionen lo que el derecho considera necesario para que el hombre se realice en coexistencia. El derecho debe proveer esta seguridad porque el hombre carece de la seguridad de respuesta del animal, que en el hombre es reemplazada por la cultura, de la que el derecho es una manifestación”.*¹⁰

En este contexto, se entiende que el derecho penal es necesario para mantener la convivencia pacífica y armónica entre los individuos, aunque la forma de conseguirla sea mediante la coacción. Sin embargo, esto representa un proceder excepcional o secundario del Estado, pues su deber originario en efecto es buscar la convivencia pacífica, pero siempre a partir de la mayor realización de la persona, con pleno respeto a sus derechos, ya que la persona es la trascendente, es a quien el Estado debe servir, en consecuencia, no se puede buscar convivencia pacífica de cualquier modo o a cualquier precio, mucho menos con más violencia, por lo tanto, esta rama del ordenamiento jurídico debe estar en constante cuestionamiento por su fuerte impacto con los principios y fines a los cuales apunta la existencia del Estado. Además, debemos tomar en cuenta que *“debido a las carencias normativas y a la inefectividad práctica de las garantías penales y procesales se deriva en arbitrariedades y costos o injustos como el del inocente reconocido por sentencia, pero sometido a la constricción de un procedimiento penal; el inocente condenado por sentencia firme; y el injusto de las víctimas que no son reparadas.”*¹¹

Siguiendo la línea argumentativa, es evidente que la materialización del derecho penal como forma de control social está en un constante conflicto con los principios y

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo I. Talleres de Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1988, págs. 44 y 45.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid, 1991, págs. 210 y 211.

fundamentos del Estado, debiéndose interpretar de manera restrictiva y con un prisma tendiente a cumplir los objetivos primigenios del Estado, entendidos como la convivencia pacífica y armónica basada en la contribución a la creación de condiciones materiales que permitan la mayor realización de la persona; es decir, el Estado debe buscar el mayor desarrollo del individuo tutelando sus derechos esenciales, y a partir de este proceder alcanzar la convivencia pacífica y armónica dentro de la sociedad, pues de lo contrario, esta rama del ordenamiento jurídico simplemente se transforma en un instrumento estatal encargado de vengarse de aquellos que no han cumplido las leyes, como si fuera una guerra del Estado contra los infractores, traduciéndose en la práctica al ataque a un grupo de la sociedad que es más propenso a la infracción de leyes penales en virtud de las circunstancias materiales que caracterizan el entorno donde se desarrollan.

Teniendo claro cuáles son los fines y principios que legitiman la existencia del Estado que impera actualmente, y entendiendo el carácter excepcional del derecho penal atendido al conflicto que se produce entre las herramientas que ocupa para exigir conductas y lo que es el deber principal del Estado, estudiaremos la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil implementada en nuestro país, para ver si realmente nos conduce a una mejor convivencia y a un modelo que permita ayudar verdaderamente a los adolescentes infractores, los cuales por regla general, según la información de ordinario conocimiento, pertenecen a sectores sociales desprotegidos, donde la acción del Estado en ningún caso ha alcanzado para crear condiciones sociales aceptables que hagan posible la realización de estos individuos, por ende, veremos si esta normativa soluciona de alguna manera el problema de fondo, si contribuye a enmendar la despreocupación demostrada por el Estado por esos sectores de los cuales surgen jóvenes dispuestos a infringir la ley penal a sabiendas del castigo que recibirán, no olvidando que la infancia es la etapa fundamental del desarrollo de las personas al representar el período en que adquirimos los conocimientos y enseñanzas más significativas para nuestras vidas, siendo absolutamente esencial entregarles a los niños y adolescentes todos los instrumentos

necesarios que les permitan una realización como individuos capaces de desenvolverse en la sociedad de forma pacífica y armónica.

2 CONTROL SOCIAL

Desde el surgimiento del Derecho penal como instrumento de control social estatal, diferentes corrientes de pensamiento han intentado justificar su mayor o menor intervención en la vida de los ciudadanos, proponiendo fines diversos para sostener órdenes sociales determinados. Creemos que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente puede enmarcarse en alguna de las doctrinas de la corriente expansionista del Derecho Penal, por lo que, para resolver si dicha aseveración es cierta, es imprescindible definir las principales tendencias que influyen en las decisiones político-criminales de nuestro gobierno.

2.1 SOCIEDAD DEL RIESGO, SEGURIDAD CIUDADANA Y EXPANSIONISMO PENAL.

En la discusión respecto a la modernización del Derecho Penal de las dos últimas décadas comienza a repetirse el concepto de *sociedad del riesgo*, junto con el de la expansión del Derecho Penal, los cuales responden a las nuevas realidades sociales. Siguiendo la definición de DÍEZ RIPOLLÉS, esta sociedad moderna está compuesta por:

- nuevos riesgos derivados de conductas humanas, principalmente de nuevas tecnologías, riesgos que son difíciles de prever;

- dificultad en la atribución de responsabilidad de tales daños a determinadas personas, ya que dichas conductas no sólo escapan al control de uno, sino que tampoco se sabe en manos de quién está;
- un exagerado sentimiento de inseguridad en la población correlativo a la incertidumbre señalada¹².

Así definida, la sociedad moderna conlleva necesariamente ciertos tipos de riesgos, los cuales no pueden ser ignorados. La alternativa que queda es no realizar esas actividades, lo cual resulta imposible, por lo que los esfuerzos se concentran en hacer una distribución más equitativa de ellos. Por otra parte, la misma sociedad tecnológica, crecientemente competitiva, desplaza a la marginalidad a una gran cantidad de individuos, que inmediatamente son percibidos por los demás como fuente de riesgos personales y patrimoniales¹³.

Frente a este escenario el Derecho Penal ha adoptado características que se distinguen del tradicional modelo garantista, para adquirir tintes de lo que algunos han llamado Derecho Penal Intervencionista¹⁴, el cual se destaca porque abarca nuevas esferas antes no comprendidas en el ejercicio de la acción punitiva estatal, junto con agravar ciertos tipos penales ya existentes. Esto no se trata de un diagnóstico proveniente de alguna postura determinada, sino que es un hecho patente generalizado en todas las legislaciones del mundo. Y precisamente sobre este

¹² DIEZ RIPOLLÉS, José Luís, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en "Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología", enero de 2005, pág. 3. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> (sitio visitado el 15.06.2007)

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades post industriales*, Edit. Civitas, 2ª edición, Madrid, 2001, pág. 27.

¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.* 2005, pág. 2. En relación a esto encontramos similitudes con Derecho penal del enemigo, ver *infra* 2.3.

reconocimiento, es que JAKOBS hace su propuesta del Derecho penal del enemigo, como una alternativa más garantista que el actual sistema disperso.

No es raro pensar que el Estado, haciendo eco de una supuesta opinión pública que los medios de comunicación se encargan de difundir, se deje llevar por el impulso de dar soluciones facilistas a problemas sociales, tranquilizando a la población a través del plano simbólico, al dar una señal de eficiencia dictando una regulación más estricta para los infractores¹⁵ (clara manifestación de prevención general negativa), lo que va directamente en detrimento de las garantías procesales del individuo¹⁶. Esta expansión se debe principalmente a una demanda social de mayor protección, que exige un incremento de la intervención estatal, la que generalmente se expresa en irracionales demandas de punición. Se trata de motivaciones sociales condicionadas por medios formadores de opinión, especialmente en cuanto a la creación de *sentimientos de inseguridad*, que son recogidos por las autoridades sin depurar el componente de irracionalidad, sino retroalimentándolo en términos populistas¹⁷. La *sociedad del riesgo* se contrapone a la idea de un Derecho Penal que proteja sólo aquellas expectativas esenciales cuya violación daría lugar a reacciones disfuncionales, y en la medida en que exista el riesgo de que así sea¹⁸.

¹⁵ Ver *infra* 2.2, Derecho Penal Simbólico.

¹⁶ Vemos que tanto el Gobierno como parlamentarios se afirman de lo anterior como elemento central en su discurso, siendo cada vez más habituales frases del tono "Es un tema que tenemos que abordar rápidamente porque en caso contrario se va sociabilizando en los menores la sensación de que participar en hechos delictuales no tiene ningún tipo de castigos" Senador del partido Renovación Nacional Alberto Espina, Radio Cooperativa, Santiago, Chile, 24 de agosto, 2005.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *ob cit*, 2001, pág. 22.

¹⁸ *Idem*, pág 113.

Pero la expansión del Derecho Penal se debe a causas más complejas que a la sola intervención del Estado, o a simples demandas sociales. Por eso cabe profundizar en los elementos de esta *sociedad del riesgo*, junto con revisar los fundamentos que dan lugar a la expansión. DÍEZ RIPOLLÉS identifica primero una política criminal que responde a la nueva realidad de la *sociedad del riesgo*, la cual amplía los ámbitos sociales objeto de intervención penal, centrándose en las nuevas áreas tecnológicas; persecución de la criminalidad de los poderosos, en la medida en que son ellos quienes pueden realizar cierta clase de delitos; sobreestimación de la eficacia penal sobre otros medios de control social, lo cual pone en tela de juicio la función de *última ratio* del Derecho Penal; y por último la flexibilización de los estándares de punición debido a la especial dificultad que significa perseguir la nueva clase de delitos, con el objetivo de mejorar la persecución y encausamiento penales¹⁹.

De acogerse esta política criminal, basada en la *sociedad del riesgo*, aumentaría la criminalización ya que habría nuevos bienes jurídicos, especialmente colectivos, merecedores de protección; predominarían los tipos penales de simple actividad, como delitos de peligro, especialmente abstracto, dejando de ser una excepción frente a los tipos de resultado; se justificaría la intervención penal anticipada; el conjunto de garantías penales y procesales se relativizarían, por medio de una menor precisión al describir las conductas típicas, y por la flexibilización de los requisitos de causalidad o de culpabilidad, entre otros. Cabe recordar que todas estas transformaciones se hacen en la esfera del gran desarrollo tecnológico, que da lugar a nuevas actividades sociales.

Por su parte SILVA SÁNCHEZ hace un acabado análisis de las posibles causas de la expansión del Derecho penal, como los nuevos intereses de protección, los nuevos

¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, 2005, pág. 4.

riesgos asociados a modernas actividades, la sensación social de inseguridad, la identificación con la víctima del delito, el descrédito de otras instancias de protección, entre otros. Resulta importante destacar el papel de los medios de comunicación en esta sociedad moderna, ya que nunca antes habíamos sido testigos de tal sensación de inseguridad, propagada por los medios de difusión que generan en la población una percepción de violencia que no es concreta, sino meramente comunicativa²⁰.

En el plano jurídico, elementos propios de la *seguridad ciudadana*, como la delincuencia de masas y la criminalidad callejera -que no tienen que ver con transformaciones tecnológicas, sino con la delincuencia patrimonial convencional, cuyo tratamiento ha sido siempre objeto del Derecho penal tradicional- se insertan en el discurso de la *sociedad del riesgo*, desbordando su marco analítico original. La *seguridad ciudadana* intenta manejar como realidades idénticas ambas doctrinas, con el fin de utilizar sus consecuencias, pero ambas tendencias presentan caracteres muy distintos e incluso contrapuestos²¹.

Haciendo eco de los sentimientos de inseguridad generados en el contexto de la *sociedad del riesgo* y de la efectividad de sus mecanismos de inocuización selectiva, la doctrina de la *seguridad ciudadana* termina recibiendo una cobertura que no merece, puesto que trata aquella delincuencia que es producto de la marginación social, como si fuera consecuencia de las mismas causas de las que derivan los problemas descritos en una sociedad del desarrollo tecnológico, con el objeto de justificar el incremento de la punición de tipos de delincuencia clásica, incremento que, además de ser expansivo, es intensivo. Aquí observamos una manifestación del Derecho penal del

²⁰ HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación y procedimiento. Límites de la Prisión Preventiva*, Editorial Ad-Hoc, 2003, Buenos Aires, pág. 50.

²¹ DIEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, 2005, pág. 10.

enemigo en la LRPA, como manifestación de represión de la marginación social. Históricamente, distintas teorías han intentado identificar un enemigo en la sociedad, como quienes no han entrado en el pacto social y ponen en riesgo la legitimidad del Estado; así, en el pasado fueron los “vagabundos”, hoy los “terroristas” o los “narcotraficantes”.

De esa manera ZAFFARONI afirma que *“la historia del poder punitivo es la de las emergencias invocadas en su curso, que siempre son serios problemas sociales, pero que partiendo de la falsa percepción de la criminalización, se sustenta la ilusión de la solución de aquellos gravísimos problemas, que lo único que hace es neutralizar o paralizar la búsqueda de soluciones eficaces o reales, y que cada vez que se pretendió solucionar problemas como la brujería, la herejía, la prostitución, el alcoholismo, la sífilis, el aborto, la insurrección, la corrupción, el anarquismo, el comunismo, la amenaza nuclear, etcétera, cada uno de estos problemas se disolvió (dejaron de ser un problema), se resolvió por otros modos o no los resolvió nadie, pero lo cierto es que absolutamente ninguno de ellos fue resuelto por el poder punitivo. Sin embargo, todos ellos dieron lugar a discursos de emergencia en su tiempo, que hicieron nacer o resucitar –bajo el amparo de aquel sentimiento de inseguridad- las mismas instituciones represivas a las que en cada ola emergente se apela, y que no varían desde el siglo XII hasta el presente”*²². De esta manera la actual expansión del Derecho penal no se produce sino bajo un pretexto coyuntural, y que no ataca a la raíz del asunto.

Los altos índices de temor al delito, percepción manipulada mediáticamente por ciertos intereses políticos y económicos, junto con la aparente incapacidad de las

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal, Parte General*, Ediar, 2000, pág. 21, citado por RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo, *ob. cit.*, pág 6.

estructuras del Derecho penal para abarcar el binomio delincuencia-marginalidad, son el fundamento para exigir medidas sustancialmente dirigidas a calmar dichos temores, ya que se percibe que *“para la delincuencia grave y violenta los efectos intimidatorios son ineficaces, y los resocializadores vanos, de forma que sólo la inocuización ofrece garantías de éxito”*²³.

De esta manera vemos que resulta una clase de expansión distinta a la originariamente expuesta conforme a la *sociedad del riesgo*. Entre los elementos que se destacan en esta expansión encontramos la criminalidad de la marginación o de la exclusión social, donde el énfasis se coloca principalmente en los síntomas del problema, y no en sus causas. Se trata de una política criminal cortoplacista, reactiva, que olvida todos sus deberes de prevención en relación a los problemas sociales, tomando fuerza el rol de la policía y la publicidad de juicios rápidos. La sociedad no está dispuesta a asumir los costos de resocialización, haciendo responsable únicamente al individuo, quien es marginado y estigmatizado. Se intenta resolver la tensión clásica entre el derecho a la defensa de los ciudadanos y las libertades personales, con el argumento del riesgo, que presenta la represión de la violencia como única forma de alcanzar la estabilidad social.

Lo anterior pasa por alto la dinámica del poder en el estado de derecho *tratando de resolver estáticamente una cuestión de naturaleza dialéctica*. *“Pretender separar fuerzas que interactúan permanentemente en forma contraria –Derecho penal garantista y Derecho de policía represivo- cuando una de ellas tiende a expandirse sin límites y la otra constituye, precisamente, su contención, importa un error de*

²³ DIEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, 2005, pág. 14.

*percepción cuyas consecuencias pueden resultar trágicas*²⁴, puesto que el estado de policía quedaría sin límites, en tanto que el Derecho penal perdería el objeto en su función garantista.

Junto con esto el Derecho penal de la *seguridad ciudadana* se aferra a ciertas doctrinas que avalan la concepción de diferenciación entre clases de personas, algunas con más derechos que otras, asentadas en un proyecto político de consolidación de las desigualdades y de fomento de la exclusión social de ciertos colectivos ciudadanos, sin tolerancia a conductas no tradicionales, inherentes a toda sociedad abierta y pluralista. El origen de las características de esta sociedad moderna es que los derechos subjetivos consagrados en el Estado de Derecho son en principio funcionales a quien hegemoniza el poder. Esto se desprende de un hecho patente en nuestra sociedad, y es su estructura dividida en clases, una que detenta los medios de producción y otra que sólo puede ofrecer su fuerza de trabajo. Así, la pretensión del capitalismo de convertir todo en mercancía²⁵, necesariamente conlleva un grado de violencia en la explotación de esa clase social sometida, lo cual evidentemente origina “expresiones de resistencia” en ésta²⁶.

Así la desconfianza en la finalidad resocializadora y la incorporación de criterios de peligrosidad de las personas dan cuenta de una especial expansión del Derecho penal de la seguridad ciudadana, discurso parásito del debate sobre la sociedad del riesgo, expandiendo la acción punitiva del Estado a áreas que no se condicen ni con el origen

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?*, en el libro “Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Editorial Civitas, Madrid, 2005, pág. 1091.

²⁵ Esto con mayor razón luego de la caída de los regímenes socialistas, lo cual elimina aquella discusión respecto a la legitimidad del capitalismo, aparentando ser un hecho inevitable.

²⁶ RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo, *ob. cit.*, pág 3.

de la doctrina de la *sociedad del riesgo*, ni con su estructura analítica, tomando como bandera de lucha la modernización del Derecho Penal, manipulando su discurso, orientándose en realidad por ideologías segregacionistas.

Esta evolución político-criminal, a juicio del profesor MANUEL CANCIO MELA, se expresaría en dos fenómenos: el *resurgimiento del punitivismo* y el *Derecho Penal Simbólico*; los que a su juicio serían la raíz de una tercera expresión: el *Derecho Penal del Enemigo*, examinemos este concepto.

2.2 DERECHO PENAL SIMBÓLICO.

El profesor GÜNTHER JAKOBS, seguidor de la teoría de sistemas de NIKLAS LUHMANN, inicia su análisis -al menos en términos lógicos- a partir de la *norma*. Cuando ésta es violada o incumplida por una persona racional y competente, ese hecho porta como significado la desautorización de la norma, es decir, resta su vigencia o el significado mismo que esa norma tenía para la configuración de la realidad social (construida comunicativamente). Es necesario entonces, que ese significado sea reestablecido mediante la pena, y la pena es coacción. Por tanto, dicha coacción implica una respuesta al hecho agravante de la norma, cuyo significado es que la afirmación del autor -implicado en la violación de la norma- es irrelevante, y por ende la configuración de la realidad social se mantiene al conservar la norma su

significado. *“En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica”*²⁷.

Coherente con lo expuesto, el Derecho Penal tendría una función esencialmente simbólica, que no impide otras funciones tales como la efectividad, manifestada en la privación de libertad para evitar potenciales nuevos daños. Esa función simbólica, es fundamental -más que para el Derecho Penal- para la configuración de la sociedad; ya que requiere del significado de las normas para hacer posible la *“generalización y estabilización de expectativas de conducta humana”*²⁸.

Se ha criticado bastante el afán de LUHMANN como de JAKOBS por intentar establecer una teoría descriptiva de la realidad social, dentro de la cual se circunscribe el Derecho; dado que *“deja de lado una serie de factores sumamente significativos para tratar de explicar las funciones del derecho (contexto histórico, funciones negativas, obstáculos al establecimiento y respeto de roles, las preferencias axiológicas solapadas de quienes juzgan, las limitaciones de la dogmática en tanto se trata de un instrumento, etc.)”*²⁹. Sin embargo, lo que parece más problemático para el tema en examen -y que a su vez es demostrativo de las tendencias esbozadas al inicio- es la consecuencia política que deriva de la tesis desarrollada por JAKOBS. En su supuesto afán descriptivo del Derecho Penal, termina por convertir en un *deber ser* la *función simbólica* del Derecho Penal, cuestión a partir de la cual luego erigirá el fundamento para legitimar un *Derecho Penal del Enemigo*. *“Jakobs construye —influido*

²⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, en “Derecho Penal del Enemigo”, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 23.

²⁸ CASTANY, María Luz, *Fundamentos del Funcionalismo de Günther Jakobs, Dogmática y Derecho en Luhmann*, en “Revista Jurídica On-line”, en www.revistajuridicaonline.com, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, pág. 4.

²⁹ *Idem*, pág. 18.

por la teoría sistémica de Luhmann— su variante de una teoría de la prevención general positiva sobre la experiencia de expectativas frustradas en contactos sociales y en la necesidad de orientación y estabilidad y utiliza para ello la locura de la complejidad social y de la incertidumbre personal, las cuales caracterizan a una «sociedad de riesgo»³⁰.

En resumen: a partir de una pretensión descriptiva y explicativa de la Teoría de Sistemas, JAKOBS asume la función simbólica del Derecho Penal sin un análisis crítico, colocándola implícitamente como el funcionamiento *deseable* del sistema. En este sentido, su teoría llevada al extremo corre el riesgo de permitir utilizar la pena para todo lo que importe reestablecer expectativas normativas de conducta humana, consecuencia que no puede sino ser acusada de totalitaria. “Lo que es válido para el principio de «Defensa del ordenamiento jurídico» es válido para todos los fines de la pena orientados de forma preventiva, especialmente para la teoría de la prevención general positiva”.³¹

Es así, que tal como ha presentado JAKOBS en su teoría, se advierte en la tendencia actual del Derecho Penal la necesidad de implantar en la población la visión de invulnerabilidad de éste, donde a partir de la intervención instrumental del Derecho Penal, se persigue transmitir un mensaje de fidelidad al Derecho, consistente en “transmitir al condenado un sentimiento de responsabilidad, proteger la conciencia moral colectiva y asentar el juicio social ético³²”. Esta constante del Derecho Penal actual, se ve reforzada y rodeada por una serie de situaciones, entre las que destacan

³⁰ HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, en “Pena y Estado”, Editorial Jurídica Conosur, Chile, 1995, pág. 33.

³¹ *Idem*. pág. 27

³² *Ibidem*

el desplazamiento de la resolución de los dilemas valorativos sociales al plano jurídico, lo que impacta en el proceder legislativo declarativo-formal que busca colocar en la norma legal -del modo más fiel y contundente- el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva; así como la progresiva conformación de los medios de comunicación como uno de los más significativos agentes de control social, dada su capacidad de generalizar asunciones de puntos de vista y actitudes³³.

Hasta el momento hemos presentado cómo se manifiesta actualmente el Derecho Penal Simbólico, por lo que cabe ahora concentrarnos en lo que puede ser un análisis crítico del Derecho Penal.

Se advierten por lo general, dos enfoques distintos sobre el tema. Para unos -dentro de los que podemos citar al profesor WINFRIED HASSEMER- lo decisivo es el elemento engaño, es decir, *“la falsa apariencia de efectividad instrumentalizada”*³⁴, donde las funciones latentes (que pueden ser múltiples) predominan sobre las manifiestas (protección de bienes jurídicos), de lo cual puede esperarse que a través de la norma y su aplicación se realicen objetivos distintos a los descritos por la misma norma. *“El derecho penal simbólico aparece bajo esta perspectiva como una crisis del Derecho Penal orientado a las consecuencias”*³⁵. Esto se expresa claramente en el hecho de que *“la pregunta por la capacidad real del Derecho Penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantee”*³⁶. Se aleja así de las nociones clásicas liberales,

³³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pág. 71.

³⁴ HASSEMER, Winfried, *ob. cit.*, pág. 30.

³⁵ *Ídem*, pág. 31

³⁶ *Idem*, pág. 35.

convirtiéndose en un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales.

Otro enfoque -respaldado por el profesor DIEZ RIPOLLÉS- señala por el contrario que *“lo decisivo es la desnaturalización de la intervención penal que conlleva, dada la falta de legitimación de todos o la mayor parte de los efectos simbólicos”*.³⁷ El conflicto entonces, no hay que buscarlo en la coherencia entre los efectos que se pretenden y los que efectivamente se consiguen; sino que en la legitimidad de la producción de los efectos socio personales; esto es lo sustantivo.

Siguiendo al profesor DIEZ RIPOLLÉS, conviene distinguir dentro de los efectos de la pena, los de tipo *instrumental*, los cuales tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Por su parte, los efectos del tipo *simbólico*, se orientarían al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos. Estos últimos supuestamente serían más limitados, dado que no protegen directamente bienes jurídicos ni producen modificaciones en los comportamientos en forma primaria. Sin embargo, sostiene el autor en examen, que *“no sólo están en condiciones de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos sino que, además resultan imprescindibles para lograr tales propósitos”*³⁸. Prosigue el análisis distinguiendo dos manifestaciones posibles, dentro de los efectos simbólicos: los *expresivos*, que suscitan emociones y sentimientos en las conciencias, y los *integradores*, que generarían determinadas representaciones valorativas en las mentes; ambos tendrían un rol fundamental, dado que constituyen el núcleo de la

³⁷ DIEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, 2002, pág. 85.

³⁸ *Idem*, pág. 69.

prevención intimidatoria, individual y colectiva, así como reforzar socializaciones o confirmar la vigencia del orden social básico.

En base a todo lo señalado, tendríamos que aceptar que el *Derecho Penal Simbólico* no es una realidad extraña al Derecho Penal, y lo que es más, no siempre sus efectos serán ilegítimos. Por tanto, urge adoptar un criterio que permita identificar cada una de esas situaciones.

La tesis de DIEZ RIPOLLÉS entonces, se dirige primero a examinar la *pena*. En la teoría liberal clásica, la pena encuentra su fundamento en dos realidades: la lesión grave o amenazas de bienes jurídicos fundamentales y la existencia de ciudadanos susceptibles de ser responsables por tales daños. *“El objetivo inmediato es evitar los daños o riesgos más graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, y se legitima por la necesidad de mantener el orden social básico”*³⁹. A partir de estas penas, hay una serie de efectos que son susceptibles de producirse; sin embargo, no todos son legítimos, ya que deben ceñirse a los denominados *principios de la sanción penal*, entre los que cabe mencionar: proporcionalidad, teleológico (fines de la pena) y humanidad de las penas. A partir de ellos, tendríamos como efectos legítimos: inocuización, resocialización e intimidación del delincuente, intimidación y socialización de posibles delincuentes, confirmación del orden social básico.

Conforme a lo expuesto, el Derecho Penal Simbólico sería la superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. *“Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos socio personales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su*

³⁹ *Ídem*, pág. 65.

*naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones político criminales que fundamentan la pena. Ello sucede si los mencionados efectos satisfacen objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico, si centran su incidencia sobre objetos personales que no son los decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, o si, finalmente, su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal”.*⁴⁰

Ahora bien, resulta oficioso exponer las diversas manifestaciones concretas que puede tener este *Derecho Penal Simbólico*, las que se advierten cada vez que existe un sustancial incumplimiento de las decisiones de política criminal que fundamentan la pena. Así tenemos:

1. Efectos de la intervención penal, que no atienden a la prevención de comportamientos delictivos, es decir, no dañan ni amenazan bienes jurídicos. Ejemplos de este tipo son las leyes reactivas, que buscan demostrar la rapidez del legislador ante nuevos problemas; leyes identificativas, que identifican al legislador con ciertas preocupaciones del ciudadano; leyes declarativas, que aclaran los valores correctos respecto de una realidad social; leyes principalistas, que manifiestan la validez de ciertos principios de convivencia; leyes de compromiso, que buscan mostrar a las fuerzas políticas que las han impulsado, el respeto de los acuerdos alcanzados.

2. Efectos de la intervención penal que no inciden sobre delinquentes reales o potenciales, desplazándose hacia los objetos personales más alejados de su posible responsabilidad por la afcción de bienes jurídicos,

⁴⁰ *Idem*, pág. 87

es decir, los delincuentes potenciales alejados y los ciudadanos susceptibles de ser delincuentes. Por ejemplo, leyes aparentes, de formulación técnica defectuosa, que impide su aplicación al proceso penal; leyes gratuitas, aprobadas sin recursos personales o materiales para aplicarlas efectivamente; leyes imperfectas, sin sanciones o de aplicación imposible.

3. Efectos que superan las necesidades de control social a satisfacer por la reacción penal, yendo más allá del efecto de confirmación del orden social básico. Cuentan como ejemplos, las leyes activistas, para suscitar en la población la idea de que se está haciendo algo con un problema; leyes apaciguadoras, que calman reacciones emocionales que ciertos sucesos han producido en la ciudadanía; leyes promotoras, que buscan modificar ciertas actitudes sociales ante ciertos problemas sociales; leyes autoritarias, que buscan demostrar la capacidad coactiva de los poderes públicos.

No obstante lo anterior, el carácter crítico de este Derecho Penal Simbólico, no sólo apunta a la fase de creación de la ley, sino también se advierte en la imposición y ejecución misma de la pena, cuestión que exige un estudio de la jurisprudencia y prácticas penitenciarias, y excede nuestro objeto de análisis.

Coligiendo estos ejemplos con la coyuntura que envuelve a la Ley 20.084, podemos nombrar algunas situaciones que permiten afirmar que es fruto del *Derecho Penal Simbólico*. En primer lugar, podemos señalar un buen ejemplo. El año 1997, **Fundación Paz Ciudadana**, a través de su Boletín “Conceptos”, sentenció categóricamente que: “*A la luz de los datos obtenidos, se observa que la mayoría de*

los delitos son cometidos por jóvenes. Cualquier política que pretenda reducir la delincuencia debe ser orientada a este grupo etario⁴¹

Tomando en cuenta los Anuarios de Estadísticas Policiales: Carabineros de Chile (INE), años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, elaboramos el siguiente cuadro:

Tabla N°1

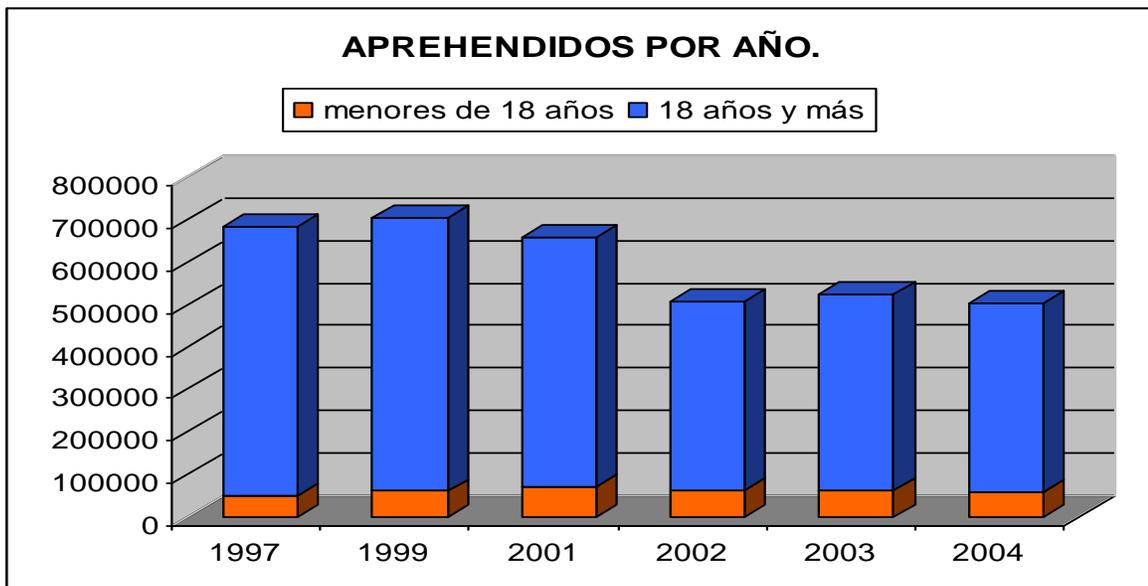
Aprehendidos por año, según grupo de edad.						
	1997	1999	2001	2002	2003	2004
Total	684.737	704.718	658.977	506.846	525.224	502.941
Menores de 16	25.480	28.198	32.314	29.388	29.320	26.955
16 a 17	26.190	32.253	36.921	33.044	32.371	30.228
18 a 20	86.102	97.550	101.683	82.232	86.168	73.088
21 y más	546.965	546.717	488.059	362.222	377.385	372.670

Paz Ciudadana sostiene desde 1997, la imperiosa necesidad de crear políticas criminales dirigidas a jóvenes para reducir la delincuencia, porque ellos son los que

⁴¹ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. *Delincuencia Juvenil en Chile (cifras del último anuario de estadísticas criminales). Conceptos para la prevención y contención del delito.* Boletín número 5, 1997.

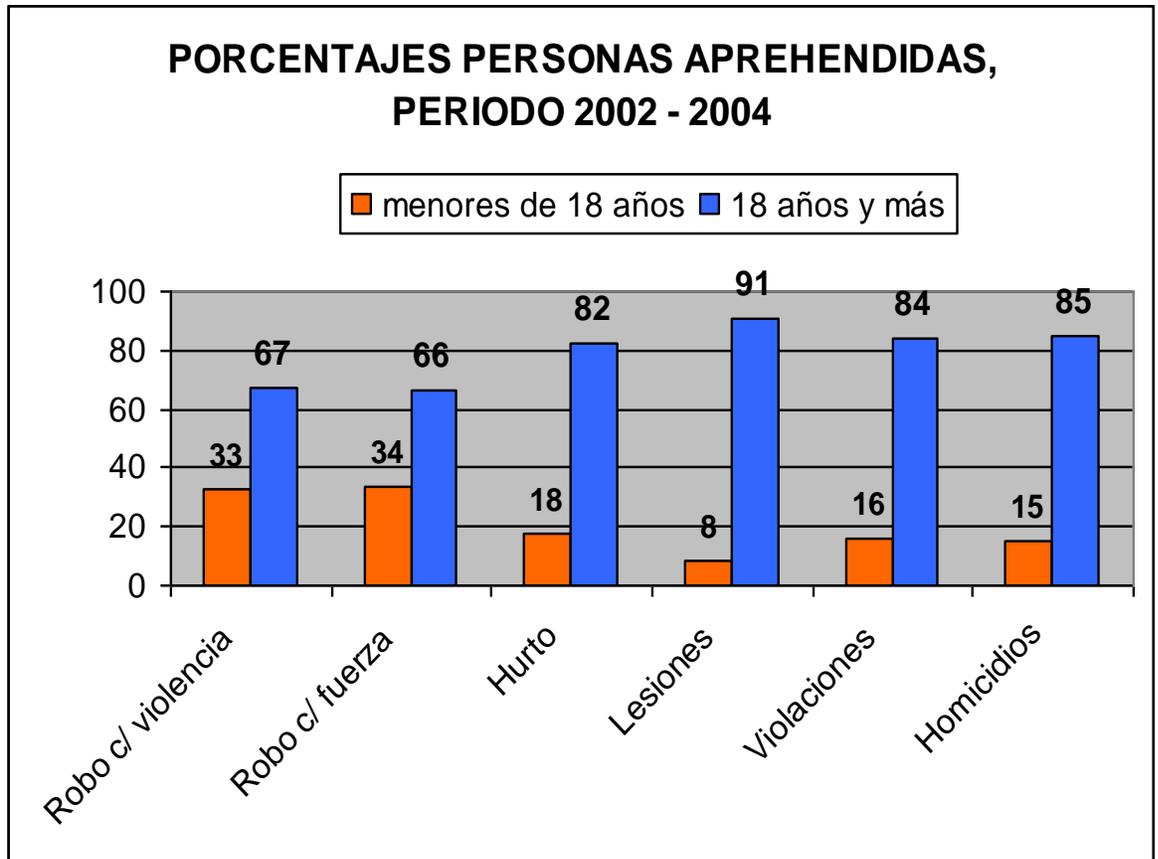
cometen la mayoría de los delitos. Pero si en las estadísticas tomamos en cuanto sólo a quienes efectivamente afectarían las políticas criminales juveniles (descontando a jóvenes mayores de 18 años), observamos que el porcentaje de jóvenes aprehendidos, relacionado con el total de aprehendidos del país, no supera ningún año el 15%.

Gráfico n° 1:



Y es más, si cotejamos estadísticas comparativas del sector juvenil, respecto al total de los delincuentes en Chile, tenemos que las cifras no hacen sino desmentir las voces efectistas que postulan que la delincuencia juvenil en Chile es su principal fenómeno. Sobre la base de los datos otorgados por los Anuarios de Estadísticas Policiales de Carabineros de Chile, elaborados por el INE, podemos proyectar un gráfico que nos permite observar el porcentaje de menores aprehendidos por delito en relación al total de aprehendidos del país, durante los años 2002, 2003 y 2004.

Gráfico n°2:



Del gráfico se observa que los menores aprehendidos por delito no superan en ningún caso el 35% del total. Por lo tanto no es legítimo exigir políticas criminales dirigidas a aumentar la responsabilidad penal juvenil sobre la base de un argumento estadístico que no tiene consistencia práctica.

De acuerdo a lo presentado, la postura de Paz Ciudadana viene a ser reflejo de una constante por parte de órganos de opinión u agencias vinculadas a decisiones legislativas. Sus políticas no hacen sino pretender efectos propios del Derecho Penal Simbólico, es decir, efectos expresivo-integradores que se alejan de los objetivos legítimos que han de tener las penas. Siendo más específicos, se dirigen a producir leyes como las denominadas *activistas*, en el sentido de que atacando a la

delincuencia juvenil, se estaría atacando a la delincuencia en forma exhaustiva; así también podría señalarse respecto a la idea de que endureciendo las penas a los jóvenes, éstos han de dejar de delinquir.

Por su parte además, podemos detectar la afinidad de estas posturas con las leyes *autoritarias*, al buscar mostrar al Estado como un ente riguroso, intolerante de las desviaciones sociales, idea que posee mucho sentido en la frase “mano dura a la delincuencia”. Así también, puede comprenderse en el ámbito de las leyes *apaciguadoras*, en el sentido de calmar a la población frente al flagelos de la delincuencia; y *promotoras*, en el sentido de buscar que los jóvenes repriman sus conductas, no sólo delictivas, sino sobre todo aquellas que han provocado crisis de gobernabilidad, como por ejemplo han sido las movilizaciones de los estudiantes secundarios durante el año 2006.

Así la Ley 20.084, puede calificarse de *reactiva e identificativa*, lo que se relaciona íntimamente con el uso populista que se hace por parte de políticos del tema de la delincuencia, y en este caso sobre todo, de la de tipo juvenil. Así también, la ley se orienta sobre todo a delincuentes potenciales alejados y ciudadanos susceptibles de ser delincuentes, es decir, se orienta a reprimir un sector social de fácil identificación mediática, y de fácil y masiva captura por parte del sistema coercitivo, con lo cual, intenta generar un clima de que se ataca la delincuencia, pero escondiendo toda la que efectivamente se erige como dañina de bienes jurídicos de mayor relevancia social o impacto.

No obstante lo anterior, el carácter *simbólico* al que hemos estado haciendo referencia, ciertamente se vincula con el influjo que han tenido los medios de comunicación en la opinión pública. En este marco, conviene rescatar las opiniones de ciertos expertos, los que han señalado en forma crítica a la práctica que han

desarrollado masivamente los medios de comunicación que “*si bien esta Ley busca constituir un avance respecto de lo que hay hasta ahora, uno de sus principales problemas radica en que esta se configuró en medio de una campaña pública de generación de pánico y de una visión sobredimensionada de la delincuencia juvenil*”⁴².

Se hace patente entonces, que la pregunta por los bienes jurídicos que han de protegerse, ni siquiera ya se plantea como una cuestión relevante, sino simplemente, se pretende resolver una problemática social por la vía del Derecho Penal. La legitimidad que debe tener una decisión por parte de la autoridad Pública, que la convivencia en los márgenes del Estado de Derecho exige, pasa a ser una cuestión decorativa frente al avasallante discurso del Derecho Penal de tercera velocidad, materializado en la demanda por más y más altas penas al joven delincuente.

En resumen, el *Derecho Penal Simbólico* es una realidad propia del Derecho Penal, sin embargo ha adoptado caracteres nuevos en el marco de la *sociedad del riesgo*. Se advierte en la doctrina, quienes asumen la función simbólica como legitimante de la reacción penal, tal como expone JAKOBS. Por otro lado, quienes critican los efectos que esta tendencia marca en las pautas político-criminales. En ese enfoque se encuentra HASSEMER, quien critica la preponderancia de las funciones latentes por sobre las manifiestas, provocando la crisis de la función protectora de bienes jurídicos que en la tradición liberal poseía el Derecho Penal. DIEZ RIPOLLÉS no se aleja en demasía de esta postura, sin embargo, critica este enfoque, aduciendo que se centra en cuestiones adjetivas y no sustantivas, las cuales serían la adecuación de los efectos simbólicos (expresivo-integradores) de la pena, a la decisión político criminal que ha de fundamentar a la misma pena. En aquellos casos en que esa adecuación no se

⁴² HOECKER, Loreto. Socióloga y académica de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Extracto de la entrevista otorgada en www.caletasur.cl, 30 de octubre de 2007.

produce, estaríamos ante un Derecho Penal Simbólico ilegítimo. Y por el contrario, habría una gran cantidad de casos, donde si ocurre ello, por lo que son aceptables ciertos efectos dirigidos a la prevención especial o general, ya sea para mantener un consenso social, o para prevenir daños o lesiones a bienes jurídicos fundamentales.

Coherente con las visiones confrontadas, tenemos una ley de responsabilidad penal adolescente, que se aleja en sus fundamentos de la intención de mantener un orden social básico o proteger bienes jurídicos de gran connotación social, centrándose en cambio, en la búsqueda efectista de respuestas al fenómeno criminal, lo que constituye un fundamento opuesto al paradigma del Estado Democrático de Derecho.

2.3 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

Se ha denominado de esta manera a la corriente manifestada desde mediados de los años ochenta, y con mayor relevancia a partir de la presente década, cuyos orígenes se encuentran precisamente en el concepto propuesto GÜNTHER JAKOBS⁴³, quien sostiene que en las sociedades coexistirían dos clases de individuos: por una parte los “ciudadanos” categoría a la que pertenecen aquellas personas que respetan el derecho, ateniéndose a las normas jurídicas de manera constante y regular, no intentando sublevarse contra el orden existente ni buscando ponerlo en peligro; y por otra los “enemigos” o no-personas, estableciéndose a su respecto una característica determinante: su *peligrosidad* por haber abandonado el Derecho de manera permanente, sin ofrecer expectativas cognitivas de su comportamiento ni mucho menos aún garantías de rehabilitación.

⁴³ JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*, en “Estudios Penales”, UAM Ediciones, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

El concepto de “*enemigo*” para estos efectos, viene dado siguiendo las diversas teorías que aluden al “contrato social” que describen la evolución del hombre desde un estado de naturaleza, ausente de leyes y restricciones que no fueran derivadas de la superioridad física, a la celebración de un pacto por medio del cual consienten restringir en alguna medida su plena libertad a fin de obtener una regulación por parte del Estado, en el ámbito de la búsqueda de una convivencia pacífica y armónica⁴⁴. De esta forma todos aquellos que voluntariamente deciden no sumarse a este acuerdo quedan fuera de él, adquieren el carácter de enemigos del sistema y generan una cuota de riesgo que pone en peligro la estabilidad del orden social creado, por lo cual resulta absolutamente justificable su exclusión e incluso su eliminación.

El modelo concluye en establecer como sensato y valioso obtener la protección de este fragmento parcial y obediente por medio de la consagración de una normativa diversa a la común, que norme específicamente a los así denominados “enemigos”; se busca de este modo el bienestar de una mayoritaria porción de la sociedad asumiendo como un costo viable el sacrificar el tratamiento adecuado a una minoría de “no-personas”. El modelo permite excluirlos e inocuizarlos con el fin de eliminarlos⁴⁵. Se arriba a esta conclusión porque resulta enormemente más lógico, según el parecer de sus precursores, abordar derechamente la situación antes que continuar tolerando de manera encubierta la existencia de dos regímenes paralelos, sugiriendo la

⁴⁴ Algunos autores identifican como enemigo a cualquier delincuente, puesto que recaba en la vigencia de una norma, así Rousseau y Fichte; en cambio, para otros sólo son enemigos aquellos que representan un peligro, quien permanece de forma indefinida fuera del contrato, y no los autores de delitos comunes, así Hobbes y Kant. Comentario de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?*, en el libro “Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Editorial Civitas, Madrid, 2005, pág. 1078.

⁴⁵ “Se justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento y por consiguiente, de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones.” LUHMANN, Niklas. Citado por FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 2004. pág. 275.

conveniencia de declarar la enemistad abiertamente a fin de lograr la coherencia de los sistemas en un verdadero Estado de Derecho⁴⁶.

Lamentablemente esta visión condena actividades con anterioridad incluso a que acontezcan, ya que el individuo se encuentra de modo definitivo fuera del “sistema” y no pretende regresar, por lo que la sola circunstancia de pertenecer a una determinada agrupación considerada como peligrosa o “enemiga” y realizar alguna conducta en grado tentativo pasa a ser objeto de la persecución penal, justificando el adelantamiento de la punibilidad.⁴⁷

En definitiva no se está castigando al individuo por un hecho en particular que ya ha cometido, sino que simplemente la sanción que recibe es consecuencia del rol que representa dentro de la sociedad, por lo que es un ente que se encuentra en un constante e irrevocable estado de delito, lo cual motiva la existencia, por una parte, del Derecho Penal del Ciudadano y la del Derecho Penal del Enemigo, por otra. Frente a esto la tesis de MEZGER (el jurista alemán colaborador de leyes de represión del nacionalsocialismo) es la de *culpabilidad por la conducción de vida*. “*Quien se va transformando en enemigo, va reduciendo su ámbito de decisión y, por ende, su delito; si bien no es reprochable in acto, lo fue in causa, por lo cual corresponde reprocharle todas las elecciones de su existencia que culminen en ese acto. No reprocha el ilícito,*

⁴⁶ VÍQUEZ, Karolina. *Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?*, “Revista electrónica Política Criminal”, N° 3, A2, 2007, pág. 6. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Revista_Electronica_Politica_Criminal/3_2007.html. (sitio visitado en junio 2007).

⁴⁷ Sin embargo, esta práctica resulta contradictoria con los principios básicos del derecho penal, en particular a no sancionar una conducta a menos que ésta efectivamente produzca una lesión a un bien jurídico ya sea de forma total o parcial, o al menos cuando estos actos resulten idóneos para la comisión de un delito.

*sino la construcción de la personalidad que ese ilícito expresa, en forma de una actio libera in causa existencial*⁴⁸.

Ahora bien, cabe destacar que respecto de los “ciudadanos”, se permite un margen de quebrantamiento de la ley penal en atención a su carácter esporádico y circunstancial, no observándose una tendencia manifiesta a volver a hacerlo en el futuro; el individuo ha cometido un error y la sociedad resuelve perdonar este desliz y se le sanciona en consecuencia, pero con el propósito de recobrar el equilibrio. Sin embargo esta calidad no pasa de ser una apreciación temporal, configurando de paso una de las más serias críticas que se elabora a su respecto; en efecto, será la autoridad legislativa quien determine quiénes y en qué época cumplen con los requisitos para ser comprendidos dentro de cuál clasificación. Al respecto GRACIA MARTÍN, señala que “*los enemigos deben estar determinados antes de su aplicación, pues de otra forma no existe cómo saber si se le está aplicando a enemigos o a ciudadanos*”⁴⁹.

Factores tales como la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente la integración en sociedades delictivas estructuradas son los elementos que la doctrina ha establecido como criterios que nos permitirían determinar si un sujeto se encuentra en una u otra de estas categorías⁵⁰; el tránsito desde una situación a otra será el factor determinante que indique a qué grupo pertenece. ¿Serán lo mismo las FARC, Al Qaeda, los jóvenes narcotraficantes de La Legua, o los zapatistas

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *ob. cit.*, pág. 1086.

⁴⁹ GRACIA MARTIN, Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo*, “Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, publicado 11 de Enero, 2005, págs. 28 y 29. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> (sitio visitado en junio 2007).

⁵⁰ SILVA SANCHEZ, *ob. cit.*, 2001, pág. 164.

mexicanos? Lo relevante entonces, es *quién* es encargado de definir al enemigo, ya que quien detenta el poder en un sistema, tomará las decisiones para su mantención, y puesto que todas las formas antes mencionadas constituyen una oposición a aquél, hará lo necesario para eliminarlas. Independiente de que los socialismos hayan dejado de ser una amenaza para el capitalismo, *“éste no puede pacíficamente “desarrollarse” ya sin oposición, puesto que es básicamente un sistema basado en la explotación, y como tal es bastante comprensible que genere rechazos”*⁵¹.

No deja de sorprender el agrado y satisfacción con el cual los grandes Holdings de Retail, así como las cadenas farmacéuticas recibieron las noticias de la creación de una ley de responsabilidad penal juvenil, toda vez que una cantidad no despreciable de sus mercaderías eran sustraídas por estos en el caso de los primeros, y en cuanto a los segundos las farmacias se habían convertido frecuentemente en objeto de robos con intimidación; sorprende aún más que hayan instado y abogado por penas más altas y una edad de discernimiento menor; sus intereses por cierto sólo eran de índole económica.

Lo abordado anteriormente resulta agravado por otro de los elementos que caracteriza a este modelo: la desproporcionalidad en la determinación de las penas; al respecto se ha señalado que la proporcionalidad correspondiente a la magnitud del daño efectivamente provocado no se condice en la mayoría de los casos con la gravedad de la pena impuesta, derivándose esta simplemente de la peligrosidad del sujeto, lo cual con meridiana claridad refleja el fin intrínseco que persigue el Derecho Penal del Enemigo, el cual consiste derechamente en eliminar al no-ciudadano. Sin ir mas lejos es el mismo JAKOBS quien sostiene que *“el Derecho Penal del Enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto estos son actualmente no personas, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total , depende de todo aquello que se teme de ellos,*

⁵¹ RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo, *ob. cit.*, pág 3.

*en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo en concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expedito*⁵².

Otro elemento que caracteriza a esta doctrina es la disminución de derechos y garantías procesales de los imputados, lo que se materializa principalmente en el marco del debido proceso, en particular en lo referente a la admisibilidad de elementos probatorios, la presunción de inocencia, la aplicación de medidas de intervención y finalmente la flexibilización en cuanto a los requisitos para dictar y mantener medidas cautelares personales.

Durante los últimos años el Derecho Penal ha ido expandiéndose de manera reactiva. Conceptos como los recién referidos “Derecho Penal Simbólico”, “Sociedad de Riesgo” y “Seguridad Ciudadana” contribuyen a fomentar este fenómeno que se materializa sancionando conductas y enmarcándolas bajo tipos penales con preocupante frecuencia y en alarmante cantidad, en una constante búsqueda que intenta conceder la sensación de seguridad a una sociedad reactiva y emocional, que premia las medidas que endurecen las penas, alejándose de esta manera de los fines ordinarios del Derecho Penal, en particular los referentes tanto a la rehabilitación, así como respecto de la prevención general positiva.

Los legisladores, llamados a criminalizar positivamente estas conductas, no se encuentran ajenos a dicho fenómeno, cediendo con preocupante frecuencia ante los requerimientos de esta sociedad atemorizada, desvirtuado su función al otorgar

⁵² JAKOBS, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente en La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Valencia Tirant lo Blanch 2004, pág. 61.

soluciones rápidas, pero carentes de debate y contenido. Esta normativa, creada en las condiciones antes señaladas, se encuentra ausente de prolijidad y produce únicamente el efecto de tranquilizar momentáneamente a la sociedad, mas no logra la disminución de la actividad delictiva ni otorga las condiciones mínimas que permitan lograr una rehabilitación del infractor, de ahí su vinculación con el recién descrito Derecho Penal Simbólico.

En el Derecho comparado se ha concluido que esta tendencia, lejos de solucionar los problemas de delincuencia, solamente produce efectos represivos respecto de determinados conflictos puntuales, transformándose en una peligrosa arma política por medio de la cual se puede justificar la persecución de los disidentes del gobierno de turno, así como fomentar persecuciones y antejuicios basados en credos e ideologías. Así las cosas el fenómeno desemboca en una justicia represiva y vindicativa.

El caso paradigmático, y que ha llevado a la palestra el concepto de Derecho Penal del Enemigo durante la última década, es el terrorismo. Las legislaciones de los países que se han visto afectados por actos de carácter terrorista han endurecido sus penas, tornando situaciones que, en condiciones objetivas, no merecerían la imposición de sanciones tan estrictas, castigándolas con medidas derechamente excesivas.

Incluso se ha criticado señalando que, de observarse una aplicación “pura” de un modelo de Derecho Penal del Enemigo, no se obtendrían los fines que busca en un principio, sencillamente por la razón que, de mediar la existencia de un Estado de Derecho, no podrían sustentarse normas de esta índole, toda vez que la legitimidad de su establecimiento se vería seriamente comprometida al discriminar a los individuos a priori, incluso antes de la comisión de una conducta ilegal.

Guantánamo, y el rol que a su respecto cabe a Estados Unidos, es quizás el caso que resume de mejor manera la tendencia descrita en el párrafo anterior; en este dramático caso no se observan los más mínimos rasgos de respeto por las garantías de la persona, ni procesales ni humanitarias, deteniéndose a individuos de manera “preventiva” sin explicar motivos, sin contar con antecedentes claros que hagan presumir la participación criminal, amparándose en la “Patriot Act”, por períodos indefinido.

En lo que interesa a esta presentación y en particular en lo referente a la entrada en vigencia de la nueva normativa que regula la forma en que los adolescentes han de responder por las consecuencias penales que revistan sus actos, el aforismo “El Derecho Penal siempre llega tarde” cobra nuevamente notoria importancia.

El contenido de la ley de responsabilidad penal adolescente deja en evidencia el egoísmo de la sociedad, que está dispuesta a sancionar a menores de edad en pro de conseguir una ilusoria sensación de seguridad, ocultando temporalmente el problema, mas no solucionándolo definitivamente.

Resulta pertinente cuestionarse en este ítem: ¿es realmente esta normativa una manifestación de lo que hemos denominado Derecho Penal del Enemigo?, a la luz de los antecedentes podemos señalar que se cumplen ciertos elementos que nos permiten concluir en la afirmativa.

Si bien esta reforma no fue ideada así desde un principio, ya al poco andar podemos afirmar que no cumple, ni en cuanto a la forma ni en lo relativo al fondo, con los propósitos que el legislador y la sociedad en su conjunto planearon. Esto obedece a una serie de factores, factores que se previeron en su oportunidad, de índole

económica, relativa a la infraestructura y capacitación de los actores llamados a participar en este proceso. A la luz de los gráficos precedentemente expuestos⁵³ podemos afirmar que el grupo etario “jóvenes” es percibido por la comunidad como peligroso y como responsable de una gran cantidad del número total de los delitos violentos.

Nos encontramos contestes respecto de la procedencia de medidas correctivas y reintegradoras para los jóvenes de entre 14 y 17 años que infrinjan normas básicas de convivencia social. Sin embargo, ¿cómo podemos asegurarnos que estas no resulten arbitrarias y reactivas?, ¿cómo podemos garantizar que la autoridad no abusará de su poder, que no lo empleará de manera arbitraria?

El Estado legítimamente puede disponer medidas tendientes a la conservación y resguardo de la seguridad de la comunidad, de hecho es su deber. Desde la perspectiva de JAKOBS el Derecho Penal del Ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho Penal del Enemigo por su parte se limita a combatir enemigos, simple, lisa y llanamente.

¿Es acaso el adolescente el enemigo? Si lo que se busca son resultados la solución evidentemente no pasa por entender a los menores como peligrosos. Como señaláramos anteriormente el problema inmediato –vale decir la criminalidad juvenil– solo se oculta por el período de tiempo en el cual duren las medidas, para posteriormente apreciarlo en toda su amplitud, el adolescente ya fue parte de un sistema que en el papel se presenta como resocializador, sin embargo en la práctica dista de serlo.

⁵³ Ver *supra* 2.2., Derecho Penal Simbólico.

El resultado que tendremos se traduce en adultos que en su juventud fueron privados de un sistema eficiente que les permitiera reinsertarse en la sociedad; lo que pudo ser sólo un menor infractor se transforma, a consecuencia de lo señalado, en un adulto que delinque.

De no mediar una profunda reformulación en cuanto al tratamiento de los jóvenes, el enfoque con el cual la legislación los conciba, la ejecución de las sanciones y todo cuanto conlleva el sometimiento a un régimen penitenciario y, quizás lo mas importante, un compromiso económico para la prevención de la delincuencia, los resultados no serán distintos a los obtenidos bajo el clásico sistema penal a lo largo de su historia.

Finalmente cabe preguntarnos, ¿podemos como sociedad “desahuciar” a un joven de 16 años –por que en definitiva en esto se traduce a consecuencia de la ineficiencia del sistema- por los hechos que hoy ha cometido? Suponiendo que logre vivir una edad media de 75 años, sólo ha transcurrido un quinto de su vida y es en ese instante en el cual se toma la decisión de sancionarlo en un modelo que no le permite replantearse su futuro.

Respondiendo al modelo de JAKOBS no estimamos bajo ningún respecto que el sujeto pueda, a esta edad, dimensionar las consecuencias que lo seguirán a lo largo de toda su vida si comete actos que puedan subsumirse en la aplicación de esta ley, en consecuencia no decide apartarse voluntariamente, no es una decisión consciente ni menos planeada, no es que desee automarginarse.

La solución, nuevamente, no es de competencia del Derecho Pena; a este le corresponde una ingrata misión a posteriori, debe ocuparse de situaciones

consumadas. Pese a la buena intención que pueda percibirse en el texto de la ley, son otras áreas y otros enfoques quienes deben atacar a las raíces mismas de la problemática de la delincuencia juvenil e infantil, mejoras en educación, igualdad de oportunidades, etc.

Evidentemente el espíritu del legislador al insertar en nuestra normativa penal y procesal-penal disposiciones que rigen el actuar criminal de los niños y adolescentes de nuestro país, si bien en un inicio fue ideada con un fin preventivo y no directamente sancionador ya al poco andar hemos podido constatar que en la práctica, ya sea por razones de infraestructura o por motivos de capacitación de los entes llamados a ser partícipes del proceso de resocialización, sencillamente no se cumple con los fines.

3 JUVENTUD Y MARGINALIDAD.

Entender cómo se origina la delincuencia juvenil y cuáles son los factores de riesgo que influyen en el comportamiento de los jóvenes infractores de ley, es necesario para abordar de manera más crítica la política criminal. Las causas de este fenómeno nos ayudan a responder si efectivamente la consagración de este estatuto dirigido a un grupo determinado de individuos responde o no al concepto de Derecho Penal del Enemigo que recién hemos descrito y, de ser así, en qué medida se coartan los derechos de aquellos menores de edad que se encuentran entre los 14 y 17 años.

La adolescencia se caracteriza por ser una etapa del desarrollo humano en que las personas son vulnerables, en constante búsqueda de la identidad que lo caracterizará cuando se desenvuelva como una persona adulta, búsqueda en la cual exploran y experimentan diversos tipos de comportamiento entre los cuales se pueden incluir conductas peligrosas, como la participación en actos delictuales.

Se entiende por factor de riesgo la presencia de situaciones contextuales o personales que al estar presentes incrementan la probabilidad de desarrollar problemas emocionales, conductuales o de salud⁵⁴. Según la literatura internacional entre las causas o factores de riesgo que influirían en la conducta delictual o violenta de los menores de edad, destacan aquellas que se refieren a diferencias socio-económicas, junto con otros factores como los familiares, el medio comunitario y los factores escolares, para luego dar paso a los factores individuales como son la hiperactividad, el bajo coeficiente intelectual, la dificultad para superar situaciones o conflictos y el temperamento difícil en la infancia. Pero estos últimos no producen total certeza acerca del futuro comportamiento delictivo de los menores, como si lo harían los factores socio-económicos.

El factor socio-económico está relacionado a vivir en condiciones de pobreza y se da principalmente en sociedades donde la distribución de los ingresos no es equitativa. En nuestro país este elemento se presenta como un factor de gran relevancia si tomamos en cuenta que en Chile un 13.7% de la población vive bajo la línea de la pobreza, lo que significa cubrir sus necesidades alimentarias y no alimentarias con 47 mil pesos mensuales. En cuanto a la distribución de ingresos, en nuestro país el 20% de la población más rica recibe 13,1 veces más que el 20% de los hogares más pobres⁵⁵; para el sociólogo de la Universidad de Chile, RODRIGO BAÑO, la mala distribución de los ingresos es uno de los principales factores de la delincuencia.

⁵⁴ HEIN, Andreas. *Factores de riesgo y delincuencia juvenil, revisión de la literatura nacional e internacional*, Pág. 3.

en http://www.pazciudadana.cl/upload/areas_info_rpa/RPA_20071029143043.pdf (sitio visitado el 08.06.2007)

⁵⁵ *Encuesta Casen 2006: Pobreza cae cinco puntos en tres años y llega a 13,7%* en "Diario La Tercera". Disponible en: http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,6727,3255_5666_274310180,00.html (sitio visitado el 08.06.2007)

Este elemento actúa de manera directa influyendo en los demás factores de riesgo, produciéndose de esta manera una interrelación que tiene como resultado el comportamiento violento o delictual de los jóvenes. Es así como este factor, junto al familiar o individual del niño, podría eventualmente generar conductas riesgosas en la adolescencia. Si bien es cierto no necesariamente al verificarse dichas circunstancias, el menor desarrollará de manera categórica este tipo de conductas, se ha establecido que los jóvenes que infringen la ley presentan lo que se llama *síndrome de riesgo*, donde los comportamientos de riesgo antes mencionados no parecen ser problemas aislados, sino que tienden a manifestarse en conjunto. Producto de su similitud muchas veces los mismos factores de riesgos influyen en el desarrollo de múltiples comportamientos problemáticos.

Un ejemplo de todo lo anterior lo podemos ver representado en la ciudad de Santiago de Chile, donde en las comunas con menos ingresos se presentan mayores índices de niños vulnerados en sus derechos, es decir, niños víctimas de violencia intrafamiliar, difícil acceso a la salud, drogadicción, etc.; y al mismo tiempo son estas las comunas donde los menores cometen más actos delictivos. Se comprueba de esta manera que los jóvenes que viven en un entorno caracterizado por bajos ingresos, altos niveles de cesantía, mala calidad de la educación o difícil acceso a ella sumado a otros factores como narcotráfico y delincuencia están más expuestos a incurrir en las conductas antes mencionadas como se demuestra en los siguientes gráficos ⁵⁶:

⁵⁶ HEIN, Andreas y SEPÚLVEDA, Martha, *Caracterización de menores de edad ingresados a una comisaría entre los años 2001 y 2004 en el marco del seguimiento del Programa Protección 24 Horas de Carabineros de Chile: Implicancias para la prevención de la violencia de y contra niños, niñas y adolescentes*, Agosto 2005, Fundación Paz Ciudadana. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl> (sitio visitado el 08.06.2007)

El factor de riesgo socio-económico está íntimamente ligado con el factor cultural, pues en sectores de alta criminalidad se ha llegado a establecer que hay ciertas características del área de residencia que son influyentes en el desarrollo del comportamiento delictivo juvenil. Esto lleva a que el comportamiento delictivo sea visto como algo normal. Ello sumado a la falta de redes sociales de protección y una comunidad con bajos niveles de participación y altos niveles de discriminación, lleva a que los jóvenes, en la mayoría de las oportunidades, se agrupen para delinquir. Se debe aclarar que si bien en nuestro país el fenómeno de las pandillas no se presenta de forma tan generalizada como en el resto de Latinoamérica, no deja de estar presente en nuestra sociedad.

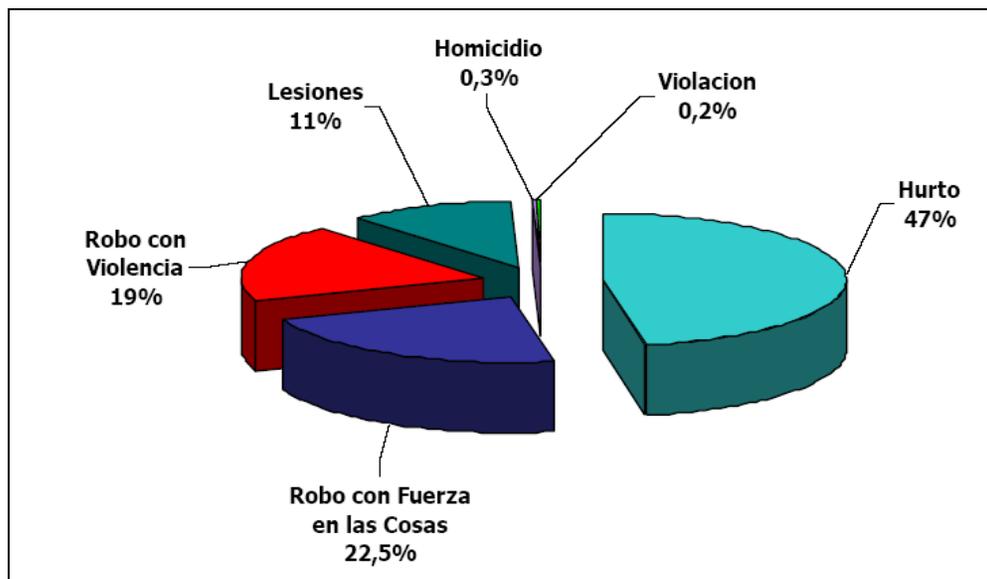
La literatura menciona como elementos de riesgo los factores familiares e individuales, los que no nos parecen relevantes, dado que a nuestro juicio se presentan transversalmente en toda la sociedad, como lo son las estructuras mono parentales, abuso y negligencia familiar y el gran tamaño de la familia.

En resumen, la literatura internacional y nacional menciona como comportamientos de riesgo asociados a la violencia y delincuencia juvenil los siguientes: factores de riesgo individuales, familiares, grupo de pares, escolares, socio-comunitarios y socio-económicos, siendo este último el que más influye en el resto.

Respecto de los delitos cometidos por los jóvenes se puede establecer que la mayoría de los delitos cometidos son delitos contra la propiedad, como el hurto y el robo, principalmente en establecimientos comerciales con el fin de obtener dinero o para acceder a bienes que difícilmente podrían adquirir mediante comportamientos legítimos, como vestimentas de marcas conocidas, celulares de última tecnología, entre otras cosas.

Es el hurto el que presenta mayores niveles de comisión; en este caso además de los factores de riesgo personales que llevan a cometer este delito no se pueden dejar de considerar los procesos de cambio social, en donde la introducción y permanente expansión de tiendas de autoservicio y grandes almacenes comerciales han traído como consecuencia el aumento de los hurtos en tiendas, como lo señala, el Catedrático de Derecho Penal y Criminología Peter- Alexis Albrecht⁵⁷. En el siguiente grafico se muestran el porcentaje de los delitos cometidos por los jóvenes⁵⁸:

Gráfico n°3:



En definitiva los delitos contra la propiedad, son el medio para obtener todo lo que el mercado ofrece a través de la publicidad, que induce a un consumo masivo de estos bienes. Las actuales generaciones de jóvenes han sido educadas en un contexto en el cual el disfrute de la vida, la búsqueda de la felicidad, se han convertido en los

⁵⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho Penal de Menores*, Editorial PPU, Barcelona, 1990, pág. 29.

⁵⁸VARGAS, Gonzalo, *Conferencia de Prensa de Fundación Paz Ciudadana*, 20 de octubre de 2004. Disponible en <http://www.pazciudadana.cl> (sitio visitado el 07.06.2007)

objetivos centrales del proyecto vital; un proceso de búsqueda de la felicidad, en el cual el consumo aparece como vehículo imprescindible para su consecución⁵⁹.

En relación a los delitos violentos, estos alcanzan niveles bajos en relación al resto. Un aspecto importante a mencionar, es que se ha establecido que en la mayoría de los delitos violentos los jóvenes actúan bajo la influencia de las drogas y el alcohol. Dado lo raro y excepcional de estos casos es que la prensa hace de estos casos tan relevantes en la agenda diaria de noticias, como una forma de captar audiencia.

Para profundizar acerca del control social en materia juvenil, según Albrecht, la delincuencia juvenil es un fenómeno omnicomprendivo (ubicuo) que ha de hacerse valer como un suceso concomitante totalmente normal en el desarrollo de gente joven y en caso alguno tiene que ser expresión de un desarrollo defectuoso⁶⁰.

En otras palabras la totalidad de la jóvenes ha realizado más de una infracción a las normas del Código Penal, pues la mayoría de los jóvenes, en especial los hombres, se ha visto participando en riñas con resultado de lesiones, desordenes al orden público, beber en la vía pública, hurtos de poca monta, faltas a la ley de drogas, etc. La delincuencia ha de entenderse tan normal, “que su falta habría que declararla casi como síntoma neurótico”. Con ello se puede concluir, constatando que ciertamente es normal delinquir en la edad juvenil, que es “*anómalo ser sancionado por eso*”⁶¹.

⁵⁹ SÁNCHEZ PARDO, Lorenzo y OTROS AUTORES. *Jóvenes y Publicidad: Valores en la comunicación publicitaria para jóvenes*, España 2004, pág. 64. Disponible en www.fad.es/sala_lectura/jovenesypublicidad.pdf. (Sitio visitado en junio de 2007).

⁶⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, *ob. cit*, pág. 37.

⁶¹ *Idem*, pág. 38.

La población juvenil entre 14 y 18 años en nuestro país alcanza el 10% de la población nacional, corresponde a un millón quinientos mil jóvenes aproximadamente⁶². En cuanto a la situación económica de la juventud, según la última encuesta Casen el total de niños indigentes, entre 10 y 19 años, alcanza un total de 4,6% y la de los jóvenes “pobres no indigentes” un total de 14,2%.

En conclusión, si tenemos en cuenta que el número de jóvenes aprehendidos no superan en ningún caso el 15%, como vimos anteriormente⁶³, los factores de riesgo que juegan un rol determinante, en especial el factor socio-económico, y además que los principales delitos cometidos son de orden pecuniario (robo y hurto), luego que lo normal es que en la juventud se presenten conductas transgresoras a la ley, pero no obstante todos los adolescentes sean perseguidos penalmente, podemos inferir de algún modo que la política criminal va dirigida a aquellos sectores juveniles, que hacen de los delitos contra la propiedad un estilo de vida permanente. Son precisamente estos jóvenes que carecen de medios económicos, pero principalmente carencia de oportunidades para adquirir bienes por vías legítimas, a quienes en definitiva les será aplicada la Ley de Responsabilidad penal juvenil.

⁶² La cantidad mencionada es una aproximación, pues los criterios de clasificación de rango de edad corresponde a rangos entre 10 y 14 años la población corresponde a un total de 1.416.607; entre 15- 19 años la población es de 1.579.157. nosotros utilizamos un rango entre los 14 y 18 años ya que esta es la edad de imputabilidad penal de la ley 20.084. Ver datos de encuesta casen 2006 en http://www.mideplan.cl/casen/modulo_demografia.html.

⁶³ Ver *supra* 2.2., Derecho penal simbólico, gráfico N° 2.

CAPITULO II: JUVENTUD Y RESPUESTA PUNITIVA DEL ESTADO.

4 MODELOS DE JUSTICIA JUVENIL

4.1 NOCIONES PRELIMINARES.

En este apartado intentaremos dar cuenta de las principales características de los modelos de justicia que han servido de fundamento a la respuesta de los Estados ante situaciones de infracciones legales cometidas por niños o adolescentes, presentando las características y consecuencias que los identifican.

Pretender realizar un análisis acabado de cada uno de los modelos que en distintas épocas, lugares y circunstancias históricas han surgido frente a la problemática de la delincuencia juvenil escapa a los objetivos generales de este estudio, por lo que se ha optado por considerar como punto de inflexión la ratificación y posterior adecuación de los sistemas normativos internos a la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), enfocando nuestro análisis en los modelos que se intenta superar, como en el que se propone o desprende de la aplicación de los principios contenidos en éste.

De esta forma, podemos identificar tres grandes modelos: los de carácter tutelar, de protección o de la doctrina de la situación irregular; el modelo educativo o socio

educativo y por último el modelo de responsabilidad o protección integral de derechos⁶⁴.

Los cambios de un modelo a otro podemos identificarlos con tres hechos relevantes que marcan el inicio de un proceso de reforma que se traduce a nivel internacional en un verdadero cambio de paradigma respecto de la concepción y el rol de los niños y adolescentes en la sociedad. Así cronológicamente, encontramos una señal del cambio de tendencias desde Estados Unidos con la histórica sentencia del Caso *In Re Gault*⁶⁵, emitida por la Suprema Corte de dicho país el año 1967, la que marca un hito decisivo para el abandono del modelo tutelar, e inicio del desarrollo de una nueva época consagrada a fortalecer la protección de los derechos de los niños y jóvenes. La sentencia sostiene la vigencia absoluta de las garantías procesales consagradas en la Constitución para el juzgamiento de las personas menores de edad, desestimando por completo el argumento de su omisión en aras del ejercicio amplio de facultades para actuar en beneficio del niño o adolescente.

⁶⁴ Además de estos modelos la literatura sobre justicia juvenil menciona otros modelos como el modelo comunal y el modelo clásico o liberal (la base del discernimiento), que no consideramos para esta tesis, pues nos referimos a los que se han presentado o discutido como modelos en Chile.

⁶⁵ En este caso ocurrido en el año 1964, en Arizona, se ordenó la internación de Gerry Gault, de 15 años de edad, en un establecimiento correccional hasta alcanzar la mayoría de edad (21 años), por haber realizado llamadas indecentes a una vecina. Su detención no fue comunicada a sus padres por la policía, y la medida fue impuesta tras una investigación en la que no se le informó de ningún derecho, y que se basó principalmente en las propias declaraciones del menor. Un adulto condenado por el mismo hecho, podría haber sido sancionado con una multa de 50 dólares o dos meses de prisión. La Suprema Corte acogió el recurso de impugnación, cuestionando en su fallo la constitucionalidad de la doctrina del *parens patriae* o derecho del Estado a asumir el rol sustituto de los padres y reforzando en el ámbito de las garantías procesales el principio de la no discriminación, estableciendo que los derechos a no declarar contra sí mismo, a confrontar a los testigos y, en definitiva, a la defensa jurídica, consagrados en las enmiendas constitucionales, pertenecen a todas las personas sin distinción, y su vigencia es definida no por el tipo de procedimiento de que se trate, sino por las consecuencias que la aplicación de un sistema puedan implicar para el interesado, por lo que deben ser respetados en todo proceso que amenace la libertad personal del involucrado. En el ámbito sustantivo, se consagró la primacía de un concepto material de privación de libertad.

Un segundo momento emblemático, esta vez en el ámbito Latinoamericano, es el proceso de reforma legislativa de Brasil, que tiene como eje la unión de los ideales de protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al proceso de recuperación y reconstrucción democrática, rasgo que caracterizará las transformaciones en gran parte de los países de América Latina. Su proceso comienza al añadirse el Artículo 227 ⁶⁶ de la Constitución de 1988, en el que existe un claro propósito de reconocer a los menores de edad como sujetos titulares de derechos, lo que implica respecto del Estado las obligaciones correlativas de respeto y garantía, que se traducen en la omisión de actos que signifiquen violación de estos derechos por órganos o funcionarios públicos y el deber de proporcionar las condiciones necesarias para su libre ejercicio y goce. Así el Estado es el encargado de velar por la educación, salud y bienestar de los menores para su pleno desarrollo como futuros ciudadanos.

Este reconocimiento tiene como base la idea del Estado de Bienestar, que venía desarrollándose en Europa desde algunos años. Con esta idea se marcan una ruptura con el modelo tutelar, para pasar a un intermedio, llamado modelo educativo, donde por una parte se reconoce la calidad de sujeto de derechos, garantizando sus derechos y haciéndolos responsables de sus actos sin recurrir al sistema penal en la mayoría de los casos, ya que el Estado no cumplió con su misión.

El tercer y más claro punto de inflexión en el proceso de cambio de paradigmas de las relaciones establecidas entre Estado, familia e infancia es la aprobación de una serie de instrumentos internacionales que tratan la situación de la infancia en el contexto del discurso de los Derechos Humanos, entre los que destacan las Reglas

⁶⁶ Este artículo dispone: “*Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado garantizar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta el derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, la recreación, la profesionalización, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, así como, ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión*”.

Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, o Reglas de Beijing , la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño , las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil⁶⁷. La ratificación de estos instrumentos permitió dar paso al modelo de responsabilidad o protección integral, el cual actualmente se ve manifestado en la mayoría de las legislaciones vigentes. A continuación los aspectos más relevantes de cada uno de estos modelos.

4.2 MODELO TUTELAR, DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR.

Uno de los supuestos medulares sobre los que descansa este sistema es la concepción desvalida del niño o adolescente, afirmándose su “*total carencia de capacidad (...) de donde deriva precisamente su falta de responsabilidad*”⁶⁸ penal, necesitado por tanto de protección, particularmente cuando manifiesta conductas antisociales. El Estado debe actuar para su beneficio, protegiéndolo frente a un entorno que imposibilita su adecuado desarrollo e integración social y lo transforma en un ente peligroso, asumiendo un rol eminentemente preventivo, proactivo y tutelar, aplicando medidas tanto a menores infractores de ley así como a quienes se encuentren en una situación de riesgo tal que sea imprescindible tomar las iniciativas necesarias para evitar que se materialice la peligrosidad del menor.

⁶⁷ Ver Capítulo III.

⁶⁸ MALDONADO FUENTES, Francisco, *La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento diferenciado*, en “Justicia y Derechos del Niño”, Número 6, UNICEF, Santiago de Chile, 2004, pág. 109.

El abandono, la situación de amenaza o violación de derechos del niño pasa a ser sinónimo de infracción penal, toda vez que ambas circunstancias motivan de manera indiferente la reacción estatal. De este modo, se concibe al niño o adolescente como un sujeto pasivo de la intervención jurídica y paternalista del Estado, como un objeto de tutela y no como un sujeto de derecho; se le define por lo que no es, es decir, por aquello que no tiene para ser considerado jurídicamente adulto, por sus carencias, por una relativa posición de inferioridad, reflejada en la terminología ocupada en la estructuración del sistema: son “menores”, gente menos que lo normal.

Como bien distingue MARY BELOFF, este modelo no intenta velar por la protección de los derechos de un grupo definido de personas, sino que por “*la protección de los menores en sí mismos, de la persona de los menores*”⁶⁹, de ahí la idea de considerarlos como objetos de protección.

El sistema en análisis tiene cierta presencia en instituciones jurídicas del siglo XVIII, pero su máxima expresión se verifica en los sistemas tutelares de menores desarrollados a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Clave es la creación del Tribunal de Menores de Chicago, Estados Unidos, en 1899, hito que influye en la difusión de las directrices legislativas, judiciales y administrativas de este modelo en América Latina y parte de Europa.

Así podemos observar en las legislaciones de este periodo, con variantes poco relevantes, la asimilación jurídica del menor infractor de la ley penal con el niño víctima de abandono o en situación irregular, cuyo ejemplo emblemático es el Estatuto de

⁶⁹ BELOFF, Mary, *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar*, en “Justicia y Derechos del Niño”, Número 1, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, pág. 15.

Illinois (1907), que dispone: *“Es delincuente el menor que infringe cualquier reglamentación del Estado; o es incorregible; o conocidamente se asocia con ladrones; o sin justa causa, ni permiso de sus padres o guardadores, se aleja de su casa; o crece en la ociosidad o el crimen; o manifiestamente frecuenta una casa de mala reputación, o donde se venden bebidas tóxicas; o vaga de noche”*.

En atención a la peligrosidad y especial condición de vulnerabilidad de los menores que cometen infracciones o se encuentran abandonados, y tomando en especial consideración que no puede exigírseles responsabilidad, se pretende crear una vía alternativa al Derecho Penal de adultos, ya que su rigurosidad, junto con la necesidad legal de que se presente un ilícito para operar, lo hacen parecer inadecuado para los fines perseguidos.

Se intenta humanizar, beneficiar y resguardar los intereses de los niños y adolescentes infractores en razón de su especial situación de riesgo, aplicando ya no duras sanciones penales sino que medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares. La vaguedad y ambigüedad de conceptos como el de peligrosidad, riesgo social y medidas terapéuticas, *“habilitan el ingreso discrecional de los “menores” al sistema de justicia especializado”*⁷⁰, afectando clara y directamente sólo a una parte del universo de la infancia, a los niños y adolescentes marginales que se encuentran en situación de vulnerabilidad social, surgiendo una especie de autogeneración de la delincuencia al equipararla con la marginalidad y abandono.

La falacia del sistema tutelar radica en que la medida aplicada por excelencia por los tribunales de justicia fue la privación de libertad, medida que se adoptaba en un

⁷⁰ *Idem*, pág. 16.

procedimiento sui generis donde un mismo funcionario público actúa a la vez como padre, acusador, defensor y juez, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado.

Esta medida es la que permite separar al menor de edad de su entorno, origen de sus problemas, y a su vez el superar la condición de riesgo respecto de los demás integrantes de la sociedad, confinándose indistintamente a niños infractores de ley y niños abandonados, víctimas de negligencia familiar o el descuido social, en recintos cuasi penitenciarios que lejos de propiciar su adecuado desarrollo, acentuaron el nivel de marginalidad y estigmatización. Hay de esta forma discriminación en un doble sentido: respecto del mundo adulto amparado por las garantías de un debido proceso y el principio de legalidad, y respecto del resto del universo de la infancia que se encuentra en situación “normal” con familias convencionalmente adecuadas y estructuras sociales que impiden su ingreso discrecional al sistema.

El Estado, actuando a través de tribunales que asumen un rol compasivo-represor, pretende “realizar” los intereses de los niños o adolescentes en situación de riesgo de manera unilateral, arrogándose la facultad de representarlos, velando a un mismo tiempo (en lo que se podría denominar esquizofrenia tutelar) por el bienestar del menor y por la seguridad del resto de la sociedad, tomando para ello medidas arbitrarias fuera del contexto de un proceso penal, inaplicable como ya se dijo por razones de humanidad.

Esta situación genera una absoluta vulneración de los derechos y garantías de los menores, al impedir que exista un debido proceso y desconocer derechos reconocidos a todas las personas tanto en el ámbito constitucional como internacional, toda vez que el niño o adolescente que es objeto de medidas tutelares no tiene forma alguna de oponerse a ellas, carece de la oportunidad y los medios necesarios para defenderse

frente a esta especial forma de acción jurisdiccional; su opinión es absolutamente irrelevante y no logra comprender e interiorizar las razones que motivan su reclusión, generándose en él sentimientos de profundo resentimiento y desprecio social.

Como bien expone MIGUEL CILLERO, la atribución de peligrosidad “reemplaza todas las categorías de la teoría del delito, actúa como presupuesto de la intervención en lugar del injusto y sustituye la culpabilidad”⁷¹. Mientras que el sistema de adultos se encuentra limitado por el principio de legalidad, que por una parte impide imponer sanciones en tanto no se verifique la concurrencia de todos los elementos típicos descritos en la ley y se compruebe la participación reprochable del sujeto, y por otra, evita la imposición arbitraria de castigos mediante la vinculación de cada delito con una pena específica o determinable, la asignación de “medidas terapéuticas” en el sistema tutelar obedece al amplio e indefinido principio de la peligrosidad siendo innecesaria la verificación de un hecho ilícito, pues aunque se llegare a la conclusión de que el delito no se ha cometido o que el menor no ha tenido participación en él, sería suficiente constatar que el niño o adolescente se encuentra en peligro material o moral para su aplicación, y su naturaleza y duración queda entregada entonces a la imaginación y mayor o menor benevolencia del juez, facultado entonces para decretar, de estimarlo procedente, la privación de libertad por tiempo indefinido, limitado únicamente por la llegada de la mayoría de edad.

El sistema, lejos de recoger la idea abolicionista inicial, se transforma así en un mecanismo de expansión de la respuesta punitiva, en un “*mal Derecho Penal*”⁷² sin las más mínimas garantías. Las dudas sobre la constitucionalidad de este sistema son

⁷¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *De la Tutela a las Garantías: Consideraciones sobre el Procesos Penal y la Justicia de Adolescentes*, en “Revista de Derechos del Niño”, Número 2, 2003, UNICEF, Santiago de Chile, enero 2004, pág. 65.

⁷² *Idem*, pág. 67

superadas con argumentos retóricos, planteándose por ejemplo, la necesidad de abolir las solemnidades y la publicidad del proceso tomando en cuenta que *“como no se trata de una litis no hay intervención de abogados, no cabe aquello de que haya un defensor, de que exista un juez que oiga a ambas partes. Allí no hay más que un hombre que estudia a los menores y que trata de ayudarles, [al cual] debe darse el más amplio arbitrio [...] para determinar la forma en que haga las investigaciones. [El Juez] no va a investigar hechos, no va a dilucidar si el crimen se cometió en tal o cual forma, si existía esta o aquella otra causa de justificación, si habían circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor”*⁷³.

Es, sin embargo, un fraude de etiquetas toda vez que se condena a niños y jóvenes por funcionarios judiciales, con la lógica y consecuencias propias del Derecho Penal, pero sin debido proceso, cambiando la nomenclatura de la pena, castigo o sanción por la de “medida”, la que sigue teniendo, sin embargo, el objetivo de privar al sujeto del ejercicio y goce de un derecho. Para GIMÉNEZ-SALINAS, *“no es que el menor saliera del sistema penal, puesto que se le seguían aplicando medidas sancionadoras, sino que lo que sucedió es que salió del sistema de garantías y derecho individuales”*⁷⁴.

Podemos agregar, para finalizar, que mediante este sistema de justicia se intenta abordar y solucionar problemáticas que, por su naturaleza, son objetos propios de políticas sociales y de asistencia, que debieran por tanto encontrar soluciones en un ámbito mucho más amplio e integral que el meramente jurídico. El juez es llamado a suplir las deficiencias en materia de políticas sociales, judicializándose el tema del abandono y marginalidad juvenil.

⁷³ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis citado por CILLERO BRUÑOL, Miguel, *“Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”* Revista de Derechos del Niño, Número 2, UNICEF, Buenos Aires, 2000, pág. 105.

⁷⁴ Citado por MALDONADO FUENTES, Francisco, *ob.cit.*, pág. 110.

Esto se manifiesta claramente en el informe emitido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en 1985, sobre los Sistemas de Justicia Penal, importante antecedente de la CDN, donde se destaca la falta de coherencia de las legislaciones tutelares de menores, aludiendo a las grandes diferencias entre los fines que se proclaman y los medios para realizarlos. El informe critica que el modelo tutelar se base en el concepto de *situación irregular*, idea vaga e imprecisa que permite englobar situaciones disímiles, y propone crear legislaciones dirigidas a la infancia en conjunto y no ya a una categoría residual que permite utilizar el sistema para controlar socialmente a niños y adolescentes de los sectores marginales de la sociedad. En general demuestra que en el sistema tutelar de menores “*se aplican nociones abandonadas en la teoría penal por considerárselas contrarias a los derechos humanos (...) [como] la responsabilidad penal de autor, las medidas predelictuales, los criterios de peligrosidad y los procesos inquisitivos*”⁷⁵.

4.3 MODELO EDUCATIVO.

El modelo educativo o también conocido como modelo del Bienestar (welfare model), tuvo su auge entre las décadas del 60 y del 70. Se desarrolló principalmente en los países nórdicos, pero su influencia alcanzó al resto de Europa. Este modelo es creado bajo las premisas del Estado de Bienestar Social, el cual considera al Estado como guardián de la seguridad y como responsable de eliminar la pobreza, mejorar las condiciones de trabajo, salud, educación, etc.

Las características mismas del modelo tutelar o de situación irregular hacen que el sistema de justicia juvenil entre en crisis en los años 60, por lo que comienza a tener en consideración el modelo educativo, ya que bajo la percepción del Estado de

⁷⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *ob. cit.* Buenos Aires, 2000, pág. 107.

Bienestar no es culpa de los jóvenes el cometer delitos, sino que es la sociedad la responsable de que exista este fenómeno, dadas las condiciones de pobreza y desigualdad existentes. Por esta razón el Estado debe encargarse de solucionar estos problemas. Así surge la idea de que una sanción penal, similar a la de los adultos no puede resultar ser adecuada, es necesario otorgar posibilidades de desarrollo y oportunidades sociales adecuadas para que los jóvenes dejen la vida delictual.

El modelo educativo se caracteriza por evitar que los jóvenes entren en el sistema formal de Justicia penal. Para evitar esta judicialización el modelo propone un tratamiento más bien administrativo, pero sin que por ello se sustraiga el carácter penal de los hechos cometidos. La solución característica fueron los planes de diversión, es decir salidas alternativas a la respuesta penal, donde tanto la Policía, como fiscales, asistentes sociales, educadores, etc., proponen no pasar los casos a la Justicia, incluso aquellos casos de mayor connotación social, como el homicidio y violación.

Esta des-judicialización se traduce en la aplicación de programas de mediación-conciliación, de tipo terapéutico, de seguimiento y control, de apoyo y acogimiento familiar, de resarcimiento del daño causado a la víctima –ya sea en su favor directo o simbólicamente– u otros planes y actividades de similares características, de cuyo cumplimiento satisfactorio depende en general la suspensión del procedimiento, y naturalmente la eventual condena⁷⁶. Como se puede considerar en la mediación-reparación o conciliación con las víctimas de la delincuencia juvenil, se aprecian los primeros antecedentes de la Justicia restaurativa.

⁷⁶ MALDONADO FUENTES, Francisco, *ob. cit.*, pág. 114.

Sustrayendo de esta forma a los jóvenes delincuentes de las sanciones clásicas hasta ahora aplicadas, como internados y cárceles, se pretendía que el joven tomara conciencia de que sus hechos delictuales producen serias consecuencias, para que luego se comportaran como un ciudadano que respete los derechos de terceros y busquen el bienestar social. Otro beneficio de sustraer al adolescente infractor de las sanciones penales era evitar el efecto estigmatizante del proceso penal y la condena.

Es en Holanda, Bélgica y los países nórdicos, donde se desarrollaron estas alternativas fuera del sistema, a través de organizaciones privadas. Según ESTHER GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER⁷⁷, los cambios por este modelo, no sólo se producen a nivel del descenso de la intervención de la Justicia, sino que existe un importante abandono de los métodos represivos, y un claro predominio de la acción educativa. Desaparecen las grandes instituciones internados, como pilares básicos de la Justicia de menores. El menor ya no es el único objeto de atención, sino que se tiende a dejarlo en el seno familiar, ofreciéndole a él y a su familia la ayuda necesaria. Residencias pequeñas, familias acogedoras, familias sustitutas, pequeños hogares, medidas de medio abierto, etc.⁷⁸.

Como podemos apreciar el modelo educativo pretendía sustraer a los jóvenes de toda responsabilidad penal, pero aun así buscaba hacerse cargo de estos jóvenes “para guiarlos por un buen camino de bienestar social” con estas medidas de diversión. Es por estas características que el modelo de Educativo resulta ser una

⁷⁷ Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Barcelona y Rectora de la Universitat Ramón Llull, septiembre 2002.

⁷⁸ GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther. *Justicia de menores en el siglo xx una gran incógnita*, en “Un derecho Penal del Menor”. Barcelona, 1992, pág. 4. Disponible en: www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf. (sitio visitado en junio de 2007).

etapa intermedia entre el modelo tutelar y el modelo de responsabilidad, transformándose en un modelo híbrido, como algunos autores los han catalogado⁷⁹.

Por una parte este modelo no superó el papel de padre que cumple el Estado en justicia juvenil, ya que los encargados de “educar” al joven, seguían considerando los factores del entorno social y los factores personales, como por ejemplo la actitud frente a la autoridad o el arrepentimiento mostrado, para sustraerlo o no del sistema formal, rompiendo el principio de igualdad que debe primar en un estado democrático, al igual que el modelo tutelar.

Tampoco logró superarse la equiparación de los jóvenes en situación de riesgo con los jóvenes delincuentes. Por otra parte aumentó aún más la discrecionalidad de jueces y funcionarios para evitar o no la judicialización, pero también con respecto a las medidas y obligaciones hacia los jóvenes, ya que no existía un criterio unitario para estas, ni en cuanto al procedimiento ni respecto a su duración.

En cuanto a la aproximación al modelo de responsabilidad, se da porque es en este modelo educativo que surge la idea de que los niños infractores deben tomar conciencia de sus actos para que no vuelvan a reiterarlos, no busca la sanción punitiva pues esta perjudica el crecimiento normal de los menores. Es la educación la principal herramienta de superación. Estas consideraciones son porque ya se estaba superando la noción de sujetos de protección a sujetos de derechos.

⁷⁹ Al respecto, TIFFER, Carlos, *La Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño y su influencia en el modelo de justicia*. Disponible en www.dniu.org.uy/public/revista1/tiffer.pdf (sitio visitado en junio de 2007).

Así bajo este modelo las cifras de los "clientes" descienden en Europa en un 50%; es por ello que a este modelo se le ha denominado también como modelo "permisivo". Esto porque el principal objetivo consiste precisamente en no intervenir en interés del menor, es decir, es justo la antítesis del modelo protector. Las cifras son claramente ilustrativas: en Holanda por ejemplo, los niños bajo control judicial pasan de 1967 a 1978 de 42.000 casos a 22.000, sin que la población juvenil haya variado. La evolución legislativa de los países viene también a confirmarlo. El internamiento aparece como el último recurso a utilizar y solamente en casos muy extremos⁸⁰.

El fracaso de este modelo se debe principalmente en que mantiene características del modelo tutelar como sostuvimos anteriormente, pero también a que no había forma de medir si con las medidas alternativas se obtenía el resultado esperado, es decir, si los índices de reincidencia disminuyeron, ya que muchos de los jóvenes no entraban al sistema formal, por lo que no se contaba con datos certeros.

Por otra parte el sistema educativo sólo parece funcionar para aquellos jóvenes que cometían ilícitos más bien menores, como hurtos y riñas, no así para los jóvenes con delitos más graves en su haber. Por último, bajo esta misma perspectiva, tenían mejores resultados con jóvenes que contaban con una familia y comunidad con mayor nivel de cohesión, con mayores recursos económicos, nivel educacional y mejores expectativas de vida.

Por tanto al resto de los jóvenes en peores condiciones sociales, se les sigue aplicando la privación de libertad como único medio de control social. Para estos seguía todo el pensamiento del modelo tutelar y la violación sistemática de sus

⁸⁰ GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, *ob. cit.*, pág. 4.

derechos debido a la inexistencia de garantías jurídicas básicas, la inexistencia de procedimiento establecido y la aplicación de largas condenas en las mismas cárceles de adultos. Cuestiones que se supone vendrían a ser superadas por modelo de responsabilidad.

De este modelo debemos destacar que la solución a la delincuencia juvenil no pasa por aplicar el sistema de adultos es decir, Código Penal, la policía o Tribunales, sino que la respuesta debe sustraerse completamente, pues este fenómeno se debe en primer lugar a la irresponsabilidad del Estado con la infancia y la juventud, pues este debe garantizar su bienestar. Además no se entiende la sola responsabilidad de los jóvenes si no va acompañada de educación, compuesta también de ayuda psicológica y social, no sólo enfocada al joven, sino a su familia y medio social.

4.4 MODELO DE RESPONSABILIDAD, DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.

El panorama general antes descrito se mantiene invariable durante gran parte del siglo XX, hasta que, recién en las últimas dos décadas, comienzan a criticarse las bases de los modelos tutelares y de los modelos educativos desde la perspectiva de los Derechos Humanos, evidenciándose una crisis de legitimidad jurídica por la inconstitucionalidad de sus preceptos fundamentales y una crisis de legitimidad social, en vista de los resultados deficitarios del sistema y de una conciencia cada vez más difundida de los rasgos autoritarios y discriminatorios que lo definían.

Es la Convención sobre los Derechos del Niño la que introdujo un “*cambio cualitativo en la consideración social de la infancia*”⁸¹, al dejar de considerar a niños y adolescentes como objeto de protección para entenderlos como sujetos de derecho. Tres son los artículos de la Convención que sirven de base para la construcción de una nueva justicia juvenil: los artículos 12, 37 y 40, los que han de complementarse con el resto de las normas internacionales de protección de derechos humanos relacionadas con la materia. En general este modelo trata de suplir todos los defectos de los que adolecen los modelos anteriores.

En relación al establecimiento de responsabilidad los menores de edad dejan de ser definidos de manera negativa “por lo que no tienen, no saben o no pueden hacer”, que imperaba en el modelo tutelar. Dada su inimputabilidad en la mayoría de los casos, se optó por un sistema que hiciera tomar conciencia de sus actos, por lo que una vez definidos de manera positiva como sujetos de derecho, se desprenden efectos jurídicos como la posibilidad de responsabilidad que deriva del ejercicio individual de sus derechos, así como la facultad para exigir de los órganos estatales que ellos les sean respetados y garantizados ; pero por otra parte hace posible la responsabilidad penal al igual que los adultos.

Sin embargo, se reconoce que son diferentes a estos, pues son más vulnerables a factores de riesgo social, por encontrarse en plena etapa de desarrollo, lo que determina que, por una parte, su posible responsabilidad tenga consecuencias diferentes a aquellas contempladas para los adultos y que, por otra, se admita, además de los derechos comunes a toda persona humana, la titularidad de derechos específicos que le corresponden por reconocerse el hecho de que están creciendo. Se

⁸¹ GARCÍA MENDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Forum-Pacis, Bogotá, 1994, pág. 82.

protegen sus derechos, no ya la persona del menor en sí como un objeto, por lo tanto esa protección reconoce y promueve derechos y no puede significar la intervención estatal coactiva para violarlos o restringirlos de manera discrecional.

Desaparecen bajo este modelo los vagos y antijurídicos criterios de situación irregular, peligrosidad, riesgo y otros similares como fundamento de la intervención estatal, siendo la responsabilidad por infracciones de carácter penal el único supuesto válido para que opere el sistema de justicia penal juvenil, limitado en todas sus aristas por el principio de legalidad, debiendo por tanto verificarse todos los elementos de la teoría jurídica (hecho típico, antijurídico y culpable, participación y circunstancias eximentes) para fundamentar la imposición de una sanción.

Se reconocen a los niños y adolescentes todas las garantías procesales consagradas en las constituciones e instrumentos internacionales que les corresponden a los adultos en juicios criminales, además de garantías específicas que se les reconocen en virtud, como ya se ha dicho, de su especial condición de crecimiento y desarrollo. Destacan las de ser juzgados por funcionarios especialmente capacitados y en procedimientos específicos, además de que de la responsabilidad del adolescente deriven consecuencias jurídicas diferentes de las aplicadas a los adultos.

Se prevén soluciones alternativas a la reacción punitiva del Estado frente al conflicto jurídico penal que involucre a niños o adolescentes. Tres instituciones destacan para llevar adelante este objetivo: el principio de oportunidad, la conciliación y la remisión de la pena.

En la misma línea, se generan amplios catálogos de sanciones penales juveniles posibles de aplicar, menos rigurosas, en teoría, que las contempladas en el Derecho

Penal de adultos, que pueden extenderse desde la advertencia o amonestación hasta los regímenes de semi-libertad o privación de libertad en recintos especializados, que serán las consecuencias propias de la atribución de responsabilidad de estas personas en crecimiento.

Es medular entender que dichas sanciones especiales no son alternativas, sino que ocupan la centralidad del sistema de sanciones, y lo excepcional será la privación de libertad, la que debiera aplicarse como *ultima ratio* frente a la comisión de un delito grave y por el menor tiempo posible. Esta aplicación siempre deberá ser por un periodo definido, ya que se eliminan las resoluciones y medidas indeterminadas que no guardan debida proporcionalidad con el hecho imputado, el cual debe ser siempre acreditado judicialmente en el proceso respectivo.

Irónicamente este cambio de paradigma ha llevado a que muchas naciones encuentren en este modelo de responsabilidad, la justificación para hacer responsables penalmente a los jóvenes, ya que son sujetos de derecho, por tanto tienen las mismas cargas y deberes de un adulto. Es decir toman de este modelo sólo este reconocimiento para justificar sanciones penales, que muchas veces son las mismas de los adultos, pues cumplen con todos los aspectos formales y materiales del procedimiento penal, olvidando el resto de los elementos que forman este modelo.

Por otra parte los criterios arbitrarios tampoco son superados por este modelo ya que aún la mayoría de los jueces sigue aplicando criterios del modelo tutelar, en todos aquellos ámbitos de discrecionalidad, sobre todo en los tribunales de mayor rango, ya que este es el modelo que más años ha estado vigente hasta el momento y bajo el cual se han formado la mayoría de ellos.

Con este modelo se hace más patente hacia quienes están dirigidas las sanciones penales, pues al fin se logra la total separación de niños vulnerados y niños infractores de ley, en procedimientos y tribunales especiales para cada uno, con lo cual queda establecido que la vulneración de derechos es un fenómeno transversal en la sociedad, y que la delincuencia juvenil es un fenómeno que deriva de algún u otro modo de esta vulneración, pero que se presenta de manera más notoria en los sectores marginales, dada la desventajas que estos presentan en el ámbito sociocultural y económico.

5 EXPERIENCIA COMPARADA.

Un primer examen de los modelos de responsabilidad penal adolescente que existen en el mundo permite señalar que los países han adoptado muy diferentes opciones, no existiendo un patrón único, constatándose distintas tendencias. La experiencia europea nos muestra una larga data en materia de legislación penal, con diferentes resultados. Por su parte, desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, los países latinoamericanos han realizado esfuerzos, al menos formales, para mejorar su legislación juvenil en materia penal. Por último, el modelo neozelandés sorprende por ser el único modelo que se estructura únicamente en base a los principios de la Justicia Restaurativa, que hasta el momento parece tener mejores resultados en el aspecto de la rehabilitación.

En este apartado revisaremos algunos modelos de justicia penal adolescente para poder deducir de alguna manera la política criminal inserta en la justicia juvenil en el mundo y dilucidar si ellas responden o no efectivamente a las directrices de la Convención de Derechos de Niño, pilar fundamental de las garantías de los derechos de los niños y adolescentes.

5.1 LEGISLACION EUROPEA

5.1.1 ESPAÑA.

En España, hasta antes de la LO 5/2000, existía un sistema tutelar, creado por la Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores (11 de Junio de 1948). Con la ratificación de la Convención se inició un proceso de reforma liderado por el Tribunal Constitucional Español, el que culmina con la dictación de esta ley, que modifica la legislación juvenil en materia penal, siguiendo una línea evolutiva muy similar a la que seguirá nuestro país. Por esta razón resulta interesante darle una mirada.

Los contenidos esenciales de esta Ley pueden ser sintetizados de la siguiente manera⁸²:

1. Incorporación de todas las garantías derivadas del ordenamiento jurídico constitucional;
2. Establecimiento de un proceso y medidas de naturaleza sancionadora y educativa. Se contempla que el plazo máximo de internación de un adolescente no podrá sobrepasar los dos años. Entre las medidas que se contemplan encontramos la amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana, libertad vigilada, acogimiento por otra persona o núcleo familiar, privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, tratamiento

⁸² CONDE, María Jesús, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Juvenil en España*, pág. 3. Disponible en: http://www.iin.oea.org/el_nuevo_sistema_M._Jesus_Conde.PDF, (sitio consultado el 28 de junio 2007).

ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico, ingreso en un centro en régimen cerrado, semiabierto o abierto.

3. Marco flexible para jueces para determinar las medidas aplicables, o la suspensión de su cumplimiento, para la franja de 14 a 16 años.

4. Atribución al Ministerio Público Fiscal del impulso de la investigación (principio de oportunidad). También posee la facultad de acordar la finalización del proceso;

5. Creación de equipos técnicos especializados, interdisciplinarios, encargados de emitir informes sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor con el fin de alcanzar el objetivo sancionador educativo perseguido.

Si bien esta ley representa un importante paso en la legislación juvenil, inspirada principalmente en la CDN, ya que incorpora un amplio catálogo de medidas socio-educativas (las que van desde la amonestación hasta la internación en regímenes cerrados), así como también se consagran todos los derechos garantizados por la CDN y la Constitución Española, podemos apreciar instituciones que contradicen todo lo anterior. Es el caso de la prisión cautelar, similar de la prisión preventiva de nuestra legislación, la cual aparte de contemplarse, lo cual ya podría decirse que está en oposición con la CDN, no contempla un plazo especial máximo, pudiendo mantenerse al joven en esas condiciones hasta por 72 horas, por aplicación de la legislación criminal común.

Excepcionalmente esta Ley extiende su cobertura a jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, por declaración judicial, atendiendo a circunstancias personales, grado de madurez, gravedad de los hechos, y a que no haya tenido

condena firme después de los dieciocho años. Esta excepción, sin embargo, tiene la limitación de que sólo se aplicará a aquellos jóvenes que hubieren cometido alguna falta o delito menos grave, sin violencia ni intimidación en las personas ni grave peligro para la integridad física de mismas. Por otro lado este beneficio no se aplicará en los casos de jóvenes involucrados en delitos de terrorismo.

Lamentablemente a meses de la entrada en vigencia, esta ley sufrió modificaciones que truncaron su espíritu original. Es así como el plazo de internación de jóvenes se extendió hasta 10 años, y las facultades de modificación, suspensión o sustitución de las medidas sólo podrán hacerse efectivas –para jóvenes mayores de 16 años- una vez transcurrido la mitad del tiempo de la medida de internamiento impuesta.

5.1.2 REINO UNIDO (INGLATERRA Y ESCOCIA).

A pesar de ser naciones tan cercanas y con similares características, en Inglaterra y en Escocia los sistemas jurídicos son completamente diferentes. Sin embargo, dos principios básicos resumen la postura desde donde se construye la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por jóvenes: Por una parte, la consideración de los jóvenes que infringen la ley penal como delincuentes, y por otra, la valoración de ese adolescente que ha infringido la ley penal como un sujeto necesitado de cuidado y protección⁸³.

En Inglaterra, se considera que una persona se encuentra bajo la Jurisdicción de los Tribunales Juveniles si está entre los diez y los diecisiete años de edad. En Escocia,

⁸³ WERTH WAINER, Francisca, *Sistemas de Justicia Juvenil La experiencia comparada Estados Unidos, Canadá y Reino Unido*, pág 22. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/documentos/just.juvenil.pdf>, (Sitio consultado el 28 de Junio 2007).

los Tribunales atienden casos de niños desde los ocho hasta los quince años, si han cometido un delito, y desde su nacimiento hasta los quince si necesitan protección. Los mayores de quince años, de cometer un delito, reciben el procedimiento contemplado para los adultos. Con esto, se está dejando afuera de la protección a la mayoría de los jóvenes que cometen delitos.

En Escocia, existen dos instituciones principales en relación a esta materia. Por una parte se encuentra el *relator*, figura central encargada de evaluar los casos y “*hacer efectivo el principio de la mínima intervención que ilumina el sistema*”⁸⁴. Por otro lado, encontramos los *Paneles de niños*. Estos están formados por miembros del público, no letrados, que se relacionan en su ámbito laboral con niños y jóvenes. Tienen como rol principal el atender los diferentes casos de niños infractores y decidir una solución que sea la más apropiada para su bienestar y reinserción. Se caracterizan principalmente porque tanto los jóvenes como sus familias tienen un rol activo en el desarrollo del sistema, además de que existe una interacción directa de todos los miembros, tanto las familias como los profesionales, lo que permite una mayor intervención en la realidad del joven. Por último, no existe participación de la policía ni de la víctima, enfocándose el panel únicamente en el menor infractor y su situación.

En Inglaterra, por otro lado, existe una mayor cantidad de instituciones relacionadas, entre otras se encuentran⁸⁵:

1. Youth Offenders Teams (YOT). Son grupos multidisciplinarios cuyo principal objetivo es coordinar y lograr que se ejecuten los programas y

⁸⁴ *Idem*, pág. 25.

⁸⁵ *Idem*, pág. 26.

servicios para todos los niños y jóvenes en conflicto con la justicia, además de dar cumplimiento a los planes anuales desarrollados por las autoridades locales;

2. Junta de Justicia Juvenil para Inglaterra y Gales. Deben fiscalizar el funcionamiento a nivel nacional de los YOT. También están encargados de aconsejar al Secretario de Estado en la manera cómo lograr la prevención de las causas que llevan a un joven a delinquir, fijar estándares nacionales y promover las buenas prácticas y vigilando el general funcionamiento del sistema;

3. Advertencias Finales de la Policía. La policía ejerce un importante rol de filtro y derivación de jóvenes infractores, para evitar su contagio criminógeno, a través de advertencias y amonestaciones. Sin embargo esta facultad se limitó para evitar su sobre utilización a través de amonestaciones finales (Final Warnings).

4. Ordenes Comunitarias. Bajo este concepto se agrupa a una amplia gama de sentencias que un tribunal puede aplicar a un joven infractor, las que pueden consistir en: órdenes de supervisión, de atención en centro especializado, servicio a la comunidad, orden de reparación, plan de acción y otras. Cada una de éstas tiene un enfoque social, involucrando a la comunidad para que los YOT puedan cumplir sus fines.

5.2 NUEVA ZELANDA Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

Un modelo que rompe el enfoque del castigo dado por la justicia retributiva y que se basa principalmente en la restauración del daño a la víctima, es el de *Justicia Restaurativa*, el que ha surgido principalmente en países anglosajones tales como Nueva Zelanda, Australia, ciertos Estados de Estados Unidos y en Ontario, Canadá, entre otros (en los países latinoamericanos existe presencia de ciertos elementos de justicia restaurativa, especialmente en las mediaciones penales). Si bien en ninguno de

estos países se ha logrado instaurar como el único modelo de justicia penal -existe en forma paralela al tradicional- ha llegado para quedarse, puesto que los beneficios o ventajas de este sistema son múltiples, como detallaremos más adelante.

La Justicia Restaurativa es un modelo de justicia penal que busca resolver los conflictos surgidos por infracciones a las leyes penales mediante vías diversas a las tradicionales, introduciendo como pilar central del sistema a la víctima⁸⁶, a diferencia de lo que ocurre en la justicia retributiva donde son muy escasos los momentos procesales en que ella puede intervenir, cuestión que han criticado los precursores de este modelo y por eso su propuesta consiste en otorgarle a la víctima el control y poder perdidos luego de sufrir la ofensa, a través del proceso restaurativo, en el que se enfrentará a la víctima y al infractor junto a sus familias y una especie de mediador llamado facilitador, para exponer sus visiones de lo ocurrido y alcanzar una solución consensuada al conflicto, reparando el daño causado y asumiendo el ofensor su responsabilidad. Este enfrentamiento se producirá en distintos encuentros, que finalizarán cuando el ofensor y su familia, en su caso, hayan hecho una propuesta de restitución (pago y calendario de pago) o la víctima proponga un calendario de acción, por ejemplo, en el que se establezca que el infractor deberá asistir a la escuela o a un programa de rehabilitación de drogas y ambos lo acepten.

Dentro de este modelo se reconocen las siguientes ideas fundamentales:

1. Los delitos constituyen en primer lugar ofensas o agresiones en contra de una persona, y sólo secundariamente una trasgresión a la ley;

⁸⁶ ANDERSON, George M., *Nueva Zelandia. Justicia restaurativa*, en VILLEGAS, Myrna (compilador) "Material de lectura: derecho penal juvenil", Universidad de Chile, 2007. pag 271.

2. Se reconoce que una vez cometido el delito, la víctima primaria o directa es la mayormente afectada por él, más que a la sociedad o al Estado, quienes son víctimas secundarias;

3. Involucra a más partes en el proceso de respuesta al delito, incluyendo al ofensor, la víctima y la comunidad;

4. Orienta el proceso de respuesta al delito, en la determinación de responsabilidades y obligaciones, hacia el futuro;

5. El delito se entiende como un conflicto entre personas. Se reconocen los roles de la víctima y del agresor en la solución del conflicto. Reconocimiento de las necesidades y derechos de la víctima y la necesidad de que el agresor asuma su responsabilidad⁸⁷.

El sistema Neozelandés está basado en la “Ley para los Niños, Personas Adolescentes y sus Familias” de 1989, la que enfatiza 4 aspectos fundamentales:⁸⁸

1. Protección de derechos. Niños y jóvenes deben ser informados de sus derechos, y de las estrictas condiciones que debe cumplir la policía para efectuar un arresto;

2. Bienestar. Se deben proporcionar opciones de rehabilitación y el apoyo a las familias. Los niños no pueden ser llevados a la Corte Juvenil hasta los 14 años;

⁸⁷ CAMPOS HIDALGO, Héctor. *Reflexiones en torno a la incorporación de estrategias de justicia restaurativa en nuestro país*, Pág. 2. Disponible en http://www.cejamericas.org/doc/documentos/2_med_penal_4_hcampos.pdf

(Sitio visitado en junio de 2007).

⁸⁸ MAXWELL, Gabrielle, *Justicia Restaurativa para los Jóvenes en Nueva Zelanda: Lecciones obtenidas a partir de investigaciones realizadas. Palabras durante la Conferencia Internacional de Belfast sobre Conferencias Restaurativas 2006*, pág 2. Disponible en: <http://ips.ac.nz/events/completed-activities/RJ%20Mexico/MexicoJusticiaRestaurative%20-%20jovenes.pdf> (fecha consulta: 28 de junio 2007).

3. Justicia. Es preferible evitar hacer pasar por el sistema penal a un adolescente;

4. Reparación. Se espera que los jóvenes ofensores intenten reparar el daño que hayan causado, y esto puede ocurrir a través de genuinos sentimientos de arrepentimiento, expresiones de disculpas, pactos de restitución o reparación y trabajos para la víctima o la comunidad;

Podemos observar procesos innovadores claves en el marco de la justicia restaurativa, como las *advertencias de la policía*, que pueden ser informales verbales o formales por escrito, enviadas al joven y su familia (Cerca del 45% de los jóvenes son tratados por esta vía), la *derivación juvenil de la policía*, donde un oficial brinda asistencia policiaca a los jóvenes y desarrolla un plan con ellos y su familia, y podemos agregar que la instancia que reúne con mayor precisión las ideas expresadas y que mejores resultados ha obtenido en términos de no reincidencia por parte de los infractores son las *Reuniones Restaurativas* (FGCs), las que surgieron con la Ley de 1989, con raíces en la cultura de los indígenas maoríes que habitan la región.

Estas reuniones son similares a los programas de mediación/conciliación dado que involucran a la víctima y al infractor en una conversación prolongada acerca del delito y sus consecuencias. Claro que como bien dijimos estas reuniones restaurativas involucran también a sus familias, policías, abogados, asistentes sociales y a la comunidad. Esta inclusión tiene por objeto que los niños y adolescentes infractores se sientan apoyados y perciban más de cerca el mal causado, creando en ellos una conciencia de responsabilidad. El ofensor debe asumir su responsabilidad (si se declara inocente pasa a la Corte Juvenil), hacerse cargo de sus actos, y expresar cómo se sintió con ello. Luego se les pide a las víctimas que manifiesten lo que sienten. Al expresar sentimientos, las partes le dan un carácter humano a la situación. Debe existir consenso de las partes en la aprobación del plan restaurativo, produciendo de este modo mayor compromiso para su cumplimiento. Al final de la conferencia, el asunto

pasa a un juez, quien resolverá basándose en las recomendaciones que hayan surgido, tras lo cual el joven firmará un contrato que, si lo cumple, no quedará registrado como condena en sus antecedentes. Por medio de esta instancia la comunidad denuncia la conducta del niño o adolescente infractor como inaceptable, pero afirma su compromiso hacia él y expresa su deseo de reintegrarlo nuevamente a la sociedad.

Ya comentadas las principales características de este modelo de justicia podemos afirmar que los programas de Reuniones de Restauración muestran resultados prometedores en el sistema de justicia de menores, con índices de satisfacción de las víctimas de alrededor del 90%, acuerdos de restitución alcanzados en el 95% de los casos, y un 90% de cumplimiento de la restitución sin seguimiento policial. Estudios cualitativos sugieren que los programas de Reuniones de Restauración pueden haber: ayudado a desarrollar en los delincuentes empatía con sus víctimas, despertado cambios en la conducta del delincuente y mejorado las relaciones entre las familias y la policía, además de fortalecer las redes de contención para los delincuentes.

Por otro lado, es necesario señalar que estos procesos no siempre funcionan. No estamos frente a la solución para los delitos, sino más bien ante una nueva forma de enfrentarlos. Si bien la gran mayoría de las derivaciones policiales y acuerdos surgidos de una FGC son cumplidos, una buena parte de los jóvenes declaran haber estado involucrados en nuevas ofensas. Casi la mitad de los jóvenes compareció ante el juez el primer año después de haber cumplido los 17 años. Y luego de tres años, la cifra se eleva al 69%. Luego de tres años de haber cumplido la mayoría de edad, un 22% había recibido una condena a prisión.

A pesar de estas cifras, la filosofía de justicia restaurativa ofrece mayores oportunidades que la justicia retributiva para iniciar un proceso de sanación, tanto para la víctima como para el victimario.

5.3 LEGISLACION LATINO AMERICANA.

Dos grandes etapas podemos distinguir en la historia de la justicia penal de los jóvenes de edad en los países de América Latina, encontrando el punto que marca esta evolución en la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño. Tal como señala MARY BELOFF: *“La incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos ha producido a nivel normativo cambios legislativos significativos, que se expresan tanto en lo relativo a la protección de los derechos del niño –en el sentido de deberes de prestación positiva del Estado- cuanto en lo que se refiere específicamente a la respuesta que el Estado debe dar a la situación en la que se imputa delito a un menor de edad”*⁸⁹.

El periodo anterior a la ratificación de la Convención, caracterizado por los modelos tutelares, permitía, como ya mencionamos en la unidad anterior, que a los menores de edad se les considerara como inimputables, lo que acarreaba que no merecieran una sanción penal, sino “medidas tutelares”, las que se aplican “en su beneficio”, lo que en la práctica implica que a los menores no se les reconocen garantías –ni derechos fundamentales ni procesales-, adoptando los jueces actitudes paternalistas y la mayoría de las veces arbitrarias.

⁸⁹ BELOFF, Mary, *Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)*, en “Justicia y derechos del Niño”, Numero 8, UNICEF, Santiago, Chile, 2006, pág. 9.

Las legislaciones posteriores a la Convención, como ya vimos, inician un proceso de adecuación formal a los principios de este instrumento internacional, creando en muchas ocasiones sistemas de justicia especializados.

En este párrafo, se analizarán algunos ejemplos de legislaciones que se enmarcan dentro de esta tendencia, así como también el caso de Centroamérica, y el fenómeno de las “Leyes antimaras”.

5.3.1 ECUADOR.

En este país se encuentra vigente el “Código de la Niñez y Adolescencia” (CNA), aprobado el 7 de diciembre de 2002, reemplazando al antiguo Código de Menores, que regía desde 1992. El tema de la responsabilidad lo trata en su capítulo cuarto denominado “*Responsabilidad del Adolescente Infractor*”. Esta legislación es ejemplar en el ámbito latinoamericano, por lo que se revisara su esquema general, para dar una visión panorámica de la actitud tomada por los Estados.

El Art. 305 del CNA señala que los adolescentes entre doce y dieciocho años son penalmente inimputables. En caso de que cometan infracciones tipificadas en la ley penal, declarada su responsabilidad, serán sometidos a medidas socioeducativas (Art. 306). Los menores de doce años son totalmente inimputables, y ni siquiera puede imponérseles medidas socioeducativas. El Art. 307 establece que sólo si las circunstancias del caso hacen necesario tomar alguna medida de protección, éstas se deberán respetar las condiciones y requisitos de dicho Código.

El CNA, al establecer los objetivos del proceso, señala, en el art. 309 que *“además de establecer el grado de participación del adolescente en el hecho del que se le acusa, tiene por finalidad investigar las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente y su conducta, del medio familiar y social en el que se desenvuelve, de manera que el juez pueda, de acuerdo a las establecidas en este código, aplicar la medida socio-educativa más adecuada para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad”*.

En relación con las medidas socioeducativas, señala que la privación de libertad sólo se podrá aplicar como último recurso. El denominado “internamiento institucional” corresponde a la privación total de libertad del adolescente infractor en un lugar especializado, y sólo puede ser aplicado a adolescentes mayores de catorce años, y por un lapso máximo que no exceda de cuatro años. A los menores de catorce años, sólo se les podrá aplicar esta medida cuando cometan delitos de mucha gravedad (homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte).

Por último, es destacable que este Código contemple alternativas al juicio, como medidas de desjudicialización, tales como remisión de la pena, conciliación y suspensión del proceso a prueba.

5.3.2 EL SALVADOR.

Este país fue el primero que dictó una ley que se refiere exclusivamente a la responsabilidad de las personas menores de dieciocho años que infrinjan la ley penal, a través de la Ley de Menor Infractor, aprobada el 27 de Abril de 1994. Esta Ley

establece que se aplicará a personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad, realizando una distinción, entre los dieciséis años y los dieciocho no cumplidos, por una parte, y entre doce y quince, por otro. Los menores de doce años están fuera de este sistema, y en caso de que presentaren una conducta antisocial, serán derivados a un órgano administrativo para su “protección integral”.

En relación con las medidas de privación de libertad, esta ley prevé que la duración máxima, en general, para todas las medidas, será de cinco años, con excepción de aquellos que tuvieran dieciséis años al momento de la comisión del hecho (Art. 17). En este caso el juez puede ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo sean la mitad de los establecidos para los adultos como pena de prisión respecto del delito de que se trate, pero en ningún caso la medida podrá exceder de siete años.

No obstante esta legislación garantista, en Centroamérica se ha verificado el fenómeno expansionista del Derecho Penal Simbólico (descrito en la unidad 2.2), el que ha motivado *“el aumento de penas y la puesta en vigencia de leyes peligrosistas, denominadas Leyes Antimaras, que se orientan a la represión de las pandillas juveniles, a través del derecho penal”*⁹⁰.

JUSTO SOLÓRZANO ejemplifica esta realidad de la siguiente manera: *“Por ejemplo, en el caso de Honduras, como parte del plan libertad azul, se modificó el Art. 332 del Código Penal, en el cual se tipifica como delito la asociación ilícita, indicando*

⁹⁰ SOLÓRZANO, Justo. *Más Ley Penal y menos Derecho Penal. Críticas a las iniciativas de leyes Antimaras, desde una perspectiva dogmática, criminológica y político-criminal*, pág. 3. Disponible en: http://www.oijj.org/documental_ficha.php?cod=2&total=3&tampag=10&vis=C&pags=1 (Sitio consultado el 28 de junio 2007).

que se presume que pertenecen a este tipo de asociaciones las personas que tengan grabado un tatuaje en su cuerpo. En el Salvador, como parte del plan Mano Dura, orientado a desarticular a las pandillas juveniles, se remitió, en Junio de 2003, a la asamblea Legislativa, un proyecto de ley denominado “Ley Antimaras”, el cual fue aprobado el 10 de octubre de ese año, sin embargo, ésta no fue aplicada, por ser declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia”⁹¹.

Como podemos apreciar, las iniciativas de leyes en contra de las pandillas juveniles constituyen un atentado al reconocimiento de garantías fundamentales de los jóvenes, y ponen en jaque todo esfuerzo en ese sentido.

El fenómeno de las maras en Centroamérica ha sido una preocupación constante en los países de la región. Sin embargo el enfrentamiento del tema se ha hecho desde una postura totalmente represiva, en la cual el objetivo principal es desarticular a estos grupos, con mucha violencia. Si bien es cierto no se puede dejar de lado el hecho de que estos grupos también son violentos y han habido muchos episodios de sangre, la reflexión de esta parte esta orientada a señalar que estamos en presencia de legislación de emergencia que responde a lógicas de derecho penal del enemigo. Tal como se ha señalado anteriormente⁹², en estos casos estamos en presencia de Derecho Penal de Autor, que privilegia la calidad de la persona por sobre el acto que realiza, ya que la mayoría de las legislaciones centroamericanas antimaras sancionan a menores por pertenecer a ciertos grupos, llevar ciertas marcas en su cuerpo o realizar ciertas actividades pre-delictivas.

⁹¹ *Ídem*, pág 3.

⁹² Ver *infra* 2.3, Derecho Penal del Enemigo.

6 APROXIMACIÓN HISTÓRICA DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN CHILE.

6.1 NOCIONES PRELIMINARES.

La responsabilidad penal juvenil en nuestro país es posible dividirla en tres etapas distintas⁹³. La primera etapa comienza el año 1875 con la entrada en vigencia del Código Penal Chileno, caracterizándose fundamentalmente por la inexistencia de una legislación especial para los niños y, en materia penal específicamente, por el establecimiento de un conjunto de normas que determinan bajo qué condiciones los menores pueden ser juzgados según el sistema penal de adultos.

La segunda etapa comienza el año 1928 con la entrada en vigencia de la Ley 4.447, primera ley de menores en nuestro país. La característica fundamental de este periodo es la introducción en la legislación nacional de la Doctrina del modelo tutelar.

La tercera etapa comienza el año 1990, fecha en que entra en vigencia la Convención de Derechos del Niño. La característica fundamental de este periodo está constituida por el reemplazo gradual de la doctrina del derecho tutelar de menores por la doctrina de la protección integral del menor, a través de una serie de modificaciones legales que intentan ajustarse a esta última doctrina y a las normas de la Convención.

⁹³ Para estos efectos seguimos la clasificación propuesta por CILLERO, Miguel, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile, Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

6.2 ETAPA DE LA INEXISTENCIA DE UNA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA SOBRE LA INFANCIA (1875-1928).

El Código Penal Chileno, que entró en vigencia el 1 de marzo de 1875, inspirado en los postulados de la Escuela Clásica del Derecho Penal, estableció un sistema de responsabilidad penal de menores estructurado en base a su edad. De esta manera, estaban exentos de responsabilidad penal los menores de 10 años; entre los 10 y los 16 años la imputabilidad estaba condicionada al juicio de discernimiento; y, finalmente, se establecía un sistema de responsabilidad penal atenuada tanto para el menor declarado con discernimiento, como para el mayor de 16 y menor de 18 años⁹⁴.

El discernimiento, consustancial a la doctrina penal de la escuela clásica, se alza como el fundamento que legitima la imposición de una sanción penal, proporcionando el elemento fundamental para decidir acerca de la responsabilidad penal del menor y para medir cuantitativamente esa posible responsabilidad.

Es interesante destacar que el problema del discernimiento en aquella época es, más que una preocupación por la situación del niño o joven, una manera de subsanar un defecto de la teoría clásica, que exige como presupuestos de la imputabilidad penal la conciencia del injusto y la voluntad del autor de un delito⁹⁵.

⁹⁴ Si se trataba de un menor entre 10 y 16 años declarado con discernimiento, se facultaba al juez para aplicar una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos al mínimo señalado en la ley para el delito. En el caso de los menores entre 16 y 18 años, se ordenaba al juez aplicar siempre una pena inferior a uno, dos y tres grados al mínimo de los designados por la ley para el delito del que fuera responsable.

⁹⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *ob. cit.*, pág. 90.

Otra característica fundamental del periodo en análisis está constituida por las enormes facultades que la legislación civil otorgaba al padre de familia, quien tenía la facultad para corregir y castigar moderadamente a sus hijos ⁹⁶. Además, de no ser suficientes tales medidas, podía imponerles la pena de arresto hasta por un mes, bastando la sola demanda para que el juez accediera a ello⁹⁷.

Son interesantes de destacar el Decreto Supremo del 30 de diciembre de 1896, que crea la Escuela Correccional de Niños de Santiago; la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1906, que establece normas sobre la separación de los menores de los adultos en los recintos de detención o de cumplimiento de condena; y la Ley 2.675 de Protección de la Infancia Desvalida; las cuales constituyen una primera manifestación de normas destinadas a la protección y corrección de los menores, la cual se consolidará definitivamente con la dictación de la Ley 4.447 de 1928, primera ley de menores de nuestro país.

En resumen, la característica principal de este primer periodo está dada por la inexistencia de una legislación especial sobre la infancia que se hiciera cargo de la situación particular de los menores. En tal sentido es posible afirmar, como bien señala COUSO, que ello no significaba que en tal periodo no existieran ciertas regulaciones que se aplicaran a los menores, no obstante, la niñez constituía “*básicamente un*

⁹⁶ Sobre este punto ver: COUSO SALAS, Jaime, *La otra violencia: poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno*, Informe de Investigación Universidad Diego Portales, Chile, 2003, N° 15, 3

⁹⁷ El antiguo artículo 233 del Código Civil Chileno establecía que: “*El padre tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos i cuando esto no alcanzare podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. Bastará al efecto la demanda del padre i el juez, en virtud de ella expedirá la orden de arresto. Pero si el hijo hubiere cumplido diez i seis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos y podrá estenderlos hasta por seis meses a lo más. El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto*”.

*estado de excepción al único estatus realmente importante frente al derecho: el de mayor de edad, que también es el ciudadano*⁹⁸.

6.3 ETAPA DE LA LEGISLACIÓN DE MENORES. LA PROTECCIÓN Y EL CONTROL DE LA INFANCIA (1928 -1990).

La Ley 4.447, primera ley de menores en nuestro país, significó un cambio sustancial en la concepción y tratamiento jurídico de la infancia en nuestro país. En virtud de ella, el Estado relega a un segundo plano el control social informal representado por la familia y la escuela, asumiendo una posición dominante en la protección, prevención, vigilancia y moralización de los menores⁹⁹.

El sustento ideológico de esta normativa está dado, principalmente, por los enfoques positivistas que intentan explicar y modificar con pretensiones de cientificidad la conducta “desviada” de los menores.

La Ley 4.447, al igual que el Derecho Penal general, tiene por objeto la conservación del orden social, pero a diferencia de él, establece un mecanismo que opera bajo criterios más flexibles, los cuales permiten intervenir en los menores incluso antes de que sea posible dirigirles un reproche penal propiamente tal.

⁹⁸ COUSO SALAS, Jaime, *Los niños en los tiempos de los derechos*, en “Por los caminos de la esperanza”, Servicio Nacional de Menores, Chile, 2000.

⁹⁹ La Ley 4.447 suprimió los derechos de señor y dueño que el padre en el antiguo régimen tenía sobre los hijos, privándolo al mismo tiempo de la facultad de hacer arrestar al menor por su sola voluntad. Desde ese momento, la autoridad paterna quedó bajo el control de organismos estatales, específicamente tribunales de tutela y de menores.

Según CILLERO, “*El estudio de la discusión legislativa que precedió la dictación de esta ley, permite encontrar tres grandes orientaciones teóricas: la humanitaria, que rechaza la aplicación del sistema penal –en especial las cárceles- a los menores; la posición positivista que elabora una nueva teoría del delito y del “delincuente” desplazando la idea de la responsabilidad personal por la responsabilidad social y, finalmente, los resabios de la doctrina clásica*”¹⁰⁰.

Precisamente, uno de aquellos resabios de la antigua doctrina, que subsiste en esta nueva regulación, es el examen del *discernimiento*, institución cuyo fundamento se desvirtúa toda vez que el naciente sistema de menores resta importancia a la existencia del delito pues “*se concebía como más relevante que la investigación y la prueba de los hechos, la aplicación de “medidas de protección”; las cuales eran consideradas como medidas absolutamente ajenas al derecho penal, pese a que podían tener un fuerte carácter restrictivo*”¹⁰¹.

Como ya se ha analizado con anterioridad, una de las principales características del sistema tutelar es que no establece distinciones entre aquellos menores que se encuentran en una situación de abandono o peligro moral, respecto de aquellos que han infringido la normativa penal, pues a ambos grupos les otorga el mismo tratamiento e intenta darles el mismo tipo de soluciones. En tal sentido, la Ley 4.447 no escapa a dicha lógica, no estableciendo ningún tipo distinción clara al respecto. Todo esto produce como inevitable consecuencia una evidente confusión entre el “riesgo social” y la “delincuencia juvenil”.

¹⁰⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *ob. cit.*, pág. 94.

¹⁰¹ *Idem*, pág. 95.

Cabe agregar que, para implementar y llevar a cabo este nuevo sistema de menores, la Ley 4.447 creó los Juzgados de Menores, estableciendo uno en la ciudad de Santiago y facultando al Presidente de la República para crear otros en cada ciudad asiento de Corte de Apelaciones. Al mismo tiempo, se creó la Dirección General de Protección de Menores¹⁰².

Entre los hitos significativos de este periodo, debemos referirnos a la modificación introducida por la Ley 11.183, de 1953, que modificó los límites de edad de las presunciones de inimputabilidad establecidas en el Código Penal. De esta manera el rango de edad en que se presumirá la inimputabilidad ya no será de entre 16 y 20 años, como lo establecía la Ley 4.447, sino sólo entre 16 y 18 años.

Destacable es también la promulgación de la Ley 16.618, de 1967, que introdujo importantes modificaciones en la legislación de menores, particularmente en las áreas relativas a aspectos administrativos; de organización de Tribunales y su competencia; de procedimiento; de prueba; de régimen de recursos; y de las medidas de protección.

A juicio de CILLERO, si bien la Ley 16.618 establece importantes modificaciones, es, sin embargo, una continuación de la tradición legislativa en estudio. Para él, la Ley se funda en las teorías que sirvieron de sustento al naciente Derecho de Menores, conservando algunas de sus ideas básicas. Entre ellas destaca, “*la necesidad de una*

¹⁰² Uno de los aspectos que llama la atención en el análisis histórico de esta materia, es la gran variedad de órganos administrativos que se han sucedido en el tiempo, para efectos de llevar a cabo los fines de la legislación de menores. Así, tenemos que en 1942 se fusiona la Dirección General de Protección de Menores con otros servicios médicos y asistenciales formándose la Dirección General de Protección de la Infancia y Adolescencia (PROTINFA). En 1967 se dicta la Ley 16.618, que estableció el Consejo Nacional de Menores (CONAME), institución que el año 1979 es sustituida por el Servicio Nacional de Menores (SENAME), a través del Decreto Ley 2.465.

*legislación especial que abarque todos los problemas de la infancia; la regulación conjunta de aspectos sustantivos, procesales y administrativos; y, la utilización de categorías amplias para referirse a los sujetos a los que se aplica la Ley (peligro material o moral, "irregularidades")"*¹⁰³.

La Ley 16.618, con ligeras modificaciones posteriores, será la normativa vigente en nuestro país hasta la entrada en vigencia de la Ley 20.084 que crea el nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil.

En resumen, la característica principal de este segundo periodo analizado, está constituida por la adopción en nuestro país de la doctrina del derecho tutelar de menores, la cual se mantendrá plenamente vigente en nuestro país hasta el año 1990, fecha en que entra en vigencia la Convención de Derechos del Niño, que adopta una doctrina diametralmente opuesta a ella, como lo es la de la protección integral del menor. No obstante, como se analizará en el siguiente periodo, el reemplazo de una doctrina por otra no ha sido inmediato sino más bien gradual, lo cual se ha efectuado a través de distintas modificaciones legales, entre las que se encuentra la Ley 20.084.

¹⁰³ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *ob. cit.*, pág. 109.

6.4 ETAPA DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO.

Esta tercera etapa, como podremos comprobar, resultó bastante más larga y compleja de lo esperado inicialmente por la sociedad chilena, pues la incorporación del nutrido catálogo de derechos propuestos por la Convención, pugnaban constantemente con el sistema punitivo nacional aplicado durante décadas a los menores infractores.

Cuando Chile en el año 1990 ratificó dicha Convención, poseía una normativa penal juvenil basada principalmente en la denominada "Ley de Menores" N° 16.618 y en el Código Penal, principalmente en lo dispuesto en este último cuerpo, tanto en los artículos 10° números 2 y 3, 72°, y 347° bis del Código de Procedimiento Penal.

La Ley de Menores vigente el año 1990 y promulgada el año 1967, era la materialización de una serie de paulatinas reformas realizadas a la ley 4.447, ley que como ya se ha señalado, implantó en nuestro país la doctrina de la "situación irregular". De acuerdo con ella, el destinatario de la ley especial de menores, aplicable preferentemente por sobre el Código Civil, es el menor en situación irregular, o, lo que es lo mismo, el menor enfrentado a un riesgo material o moral. Es decir, la ley no está destinada a la generalidad de los niños para quienes sigue vigente la tutela familiar, sino sólo para aquellos que se encuentren en una situación excepcional de desprotección.

La ley 16.618 para su creación tomó lo ya prescrito por la ya señalada ley N° 4447, convirtiéndose la primera en una verdadera copia de la segunda, ciñéndose el legislador a la mera introducción de elementos híbridos, lo que denota una clara tendencia en el Poder Legislativo, consistente en mezclar lo ya existente con las reformas realizadas, marcando a su vez una pauta carente de cambios radicales y profundos en la normativa tutelar de menores.

La ley 16.618, a través de su contenido, entrega facultades especiales a distintos órganos, señalando expresamente la facultad policial de retención de menores, así

como la facultad del órgano jurisdiccional de recluir a los jóvenes infractores tanto en regímenes cerrados como semi cerrados.

Uno de los principales problemas de la citada ley, radicaba en la ingente discrecionalidad impuesta y entregada a los órganos policiales, lo cual puede vislumbrarse fácilmente a través de su artículo 15 letra a), el que permitía *recoger a menores en situación irregular y con necesidad de asistencia y protección*.

La Ley en cuestión, no menciona lo que debía entenderse por asistencia y protección, términos que, como es posible apreciar, son lo bastante amplios como para ser objeto de innumerables interpretaciones, permitiendo que se suscitasen abusos de autoridad, consistentes en la detención de menores sin verdaderos fundamentos. De hecho en 1992, el gobierno publicó un documento denominado "*Metas y líneas de Acción a favor de la Infancia*", documento bastante atinente al problema ya mencionado, pues diagnosticaba acertadamente la fuente de conflicto.

En este documento, se revelaban estadísticas claras, las que bajo un somero análisis, avalan la tesis de una discrecionalidad manifiesta por parte de los órganos policiales en lo concerniente a la detención.

Dicho documento señala que de cada tres niños detenidos, dos lo son por medidas que no dicen relación con ningún tipo de delito o infracción. Siendo sólo el 23% los menores detenidos por razones de carácter penal, el resto era detenido la mayoría de las veces por encontrarse en estado de vagancia, ebriedad o consumo de drogas. El mismo documento a su vez señala, que la cantidad de menores ingresados al sistema en el año 1990 fue de 19.924, siendo finalmente ingresados al sistema penitenciario de adultos la alta cantidad de 8.235.

El penalista CRISTIÁN RIEGO¹⁰⁴, señala: “Es un hecho que la legislación de menores contempla menos derechos para los niños en conflicto con la ley, que para los adultos, y procede a emplear con extrema amplitud el método punitivo de la detención como forma de control social de los niños que desarrollan diversas formas de sobrevivencia”.

A su vez el artículo 29 de la ley 16.618 entrega a los jueces de menores facultades muy amplias en contraposición a la casi nula posibilidad de defensa por parte de estos, existiendo muy pocas instancias de impugnación de las resoluciones mediante recursos de apelación.

Estas medidas, no tienen una duración claramente definida por el legislador, y pueden sustituirse entre sí a criterio del juez. De hecho el mismo catálogo de medidas, puede ser aplicado a quienes ingresaban al sistema por necesidad de protección.

Las medidas aplicables según lo prescrito en el artículo 29 comprendían entre otras, la facultad jurisdiccional de someter al menor al régimen de libertad vigilada, confiarlo sin duración definida al cuidado de alguna persona que se prestare para ello o bien incorporarlo, a establecimientos especiales de educación y afines.

¹⁰⁴ Citado por CORTÉS MORALES, Julio, *Acerca de la consideración jurídica de la infancia en Chile en el período 1990/2005*, Corporación Opción, 2006. Disponible en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-04-11.5081711610/documentos_pdf.2007-05-30.1565106751/archivos_pdf.2007-05-30.1779179574 (sitio visitado en junio de 2007).

Muchas veces, estas medidas no guardaban relación directa con la gravedad de los hechos imputados, e incluso se aplicaban a menores que no habían cometido ilícitos. Esto generaba una frecuente vulneración al principio de presunción de inocencia, resultando en la práctica determinante los datos e interpretación de los hechos consignados en el parte policial.

6.5 MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES, TENDIENTES A ADECUAR EL SISTEMA TUTELAR VIGENTE A LO PRESCRITO POR LA CDN.

Con anterioridad a la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989, fue publicada la ley 18.857, que modificaba tanto el Código Penal como el Código de Procedimiento Penal.

El Código de Procedimiento Penal, fue modificado en su artículo 347 bis, pues con anterioridad a dicha modificación, no se fijaban plazos para la declaración de discernimiento del menor, lo que a larga redundaba en grandes arbitrariedades, según fuentes comunicacionales de la época. De hecho, el 62% de los niños que estuvieron privados de libertad en recintos de adultos, estaban a la espera del pronunciamiento sobre su discernimiento, situación que se erigía en una *especie de ante pena*, lo que claramente atenta contra principios protectores de la infancia.

Con el objeto de mejorar la peligrosa situación de cientos de jóvenes que diariamente eran reclusos en centros penitenciarios para adultos, lugares donde como es sabido, la acción educativa y resocializadora se encuentra totalmente ausente, fue dictada en Octubre de 1994 la Ley 19.343, denominada como “Ley de erradicación de niños de las cárceles de adultos”, convirtiéndose en una de las más importantes

mejoras legales, realizadas con posterioridad a la ratificación de la Convención por Chile.

Esta ley estableció, que los únicos recintos para retención de menores de 18 años, eran las Comisarías y Subcomisarías de menores, juntos a los Centros de Tránsito y Distribución y Centros de Observación y Diagnóstico.

Además de ello, se prescribió como infracción grave, aplicándose medidas disciplinarias, la retención de menores por parte de funcionarios en establecimientos distintos a los fijados por la nueva Ley. Esto, con el objeto de evitar actos arbitrarios y atentatorios contra la seguridad individual de los menores, pues la falta de regulación de este punto específico permitía la internación de niños en lugares no especializados y a su vez, poco aptos para su desarrollo.

Sin embargo, esta ley, no logró erigirse como panacea al conflicto producido por las ante condenas impuestas e internación de niños en establecimientos como los Centro de Orientación y Diagnóstico (COD) y Centros de Tránsito y Distribución (CTD). Esto principalmente, pues ambos poseían diversas características y funciones. En el caso de los CODs, se pretendía acoger a los jóvenes que hubiesen cometido hechos constitutivos de crimen o simple delito, mientras que los CTD, recibían a menores que, encontrándose en situación de riesgo, necesitasen diagnóstico y protección, lo que no significaba que el menor internado estuviese allí por la comisión de algún tipo de infracción, sino simplemente se buscaba generar un rol protector en dicho tipo de centros.

El legislador intentó plasmar la premisa anterior, sin embargo, el objetivo se vio seriamente frustrado, pues en la práctica ambos tipos de centros se asimilaban tanto

en sus estructuras (pabellones, revisión de correspondencia) como en los tipos de sanciones disciplinarias aplicadas a los internos.

Lo anterior, claramente no se condecía con los motivos por los cuales se encontraban reclusos en dichos recintos, pues como se mencionó anteriormente unos perseguían un fin punitivo resocializador, mientras que los otros pretendían entregar acogida y protección a sus internos.

Por otro lado, al entrar en vigencia la Reforma Procesal Penal en el año 2000, fue necesario realizar una serie de modificaciones a fin de ajustar la normativa penal juvenil existente, al procedimiento que entraría en vigencia. En ese marco, fue dictada la ley 19.806, cuyo objetivo era modificar para adecuar, una serie de normas al nuevo procedimiento penal, como la clara determinación de centros en donde los menores infractores deberían permanecer mientras se esperaba el resultado del examen de discernimiento, que sólo podrían ser los Centros de Orientación y Diagnóstico; a su vez, se reitera la necesidad de mantener a los jóvenes infractores en lugares idóneos, una vez que hayan sido declarados con discernimiento. Para ello la nueva normativa hace plenamente aplicable los artículos 37 y 40 de la Convención, que se refieren a las condiciones en que deberán permanecer los menores privados de libertad, otorgando a su vez una serie de derechos a los menores que se encuentran en esta difícil situación.

En el año 2004, fue promulgada la Ley 19.968, la cuál generó una serie de cambios en lo referente a la potestad tutelar del Estado. La denominada Ley de Tribunales de

Familia, establece un extenso ámbito de competencias para este tipo de Tribunales de Justicia, en el artículo 8º del mismo cuerpo legal¹⁰⁵.

Los Tribunales de Familia a través del artículo 8º N° 8 y 10, de la ley en comento, poseen la facultad para conocer tanto los asuntos en los cuales existan menores vulnerados en sus derechos, debiendo tomar las medidas pertinentes que el caso requiera, como a su vez conocer de los asuntos en los cuales se impute un hecho punible a un niño o adolescente exento de responsabilidad penal.

La creación de esta ley, responde a imperativos provenientes tanto del derecho nacional como del derecho internacional. En efecto, en la formulación de un nuevo Derecho de Familia resulta indispensable adecuar los órganos jurisdiccionales llamados a conocer de los conflictos que se suscitan en el ámbito familiar y dotarlos de una competencia amplia para conocer de todos los asuntos que tengan repercusiones sobre los menores y sus familias.

Todos estos cambios se establecieron mientras se discutía acerca de la legislación que sería la definitiva en materia de responsabilidad penal juvenil y como adecuarla a la normativa internacional. La cual demoro más de 15 años como veremos en el siguiente apartado.

¹⁰⁵ Art. 8 Ley 19.968: 8) Todos los asuntos en que aparezcan niños y niñas privados o vulnerados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores.

7 HISTORIA DE LA LEY 20.084 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE.

Una vez ratificada la CDN, como pudimos observar, se hizo necesaria la adecuación de la legislación penal a las exigencias hechas por esta. Pero antes de plantear cualquier proyecto sobre responsabilidad penal, el Gobierno necesitaba un panorama claro acerca de la situación real de la justicia juvenil y cuáles eran los principales puntos en conflicto con la CDN.

La comisión intersectorial asesora de 1990, encargada de estudiar y analizar la situación de los derechos de la infancia, en relación con la justicia penal juvenil señaló varios puntos a tratar. Entre los más importantes: extender la inimputabilidad hasta los 18 años, terminar con la figura del discernimiento debido a la serie de irregularidades que se presentaban en este proceso. La idea central era el reemplazo del sistema vigente bajo la Ley de menores por otro; dentro de las posibilidades se barajó un sistema basado en un modelo socioeducativo, no consideraron el modelo de responsabilidad que estaba naciendo recién dentro de la doctrina y las diferentes legislaciones, ya que para este entonces a los jóvenes se les consideraba como irresponsables penalmente. El informe más bien proponía seguir el sistema tutelar pero con ciertas aproximaciones hacia el modelo educativo.

El principal déficit de estas observaciones es que se seguía confundiendo la protección tutelar, puesto que si bien querían modernizar los tribunales de menores, estos seguirían conociendo infracciones penales y vulneración de derechos. Por estas razones surgieron varias críticas y proyectos diferentes. Se encargó estudiar el tema con más profundidad antes de tomar cualquier postura como gobierno. Recién 4 años después surgió un proyecto de ley con posturas mejor desarrolladas.

El Proyecto de 1994, se basó en un documento elaborado por el Ministerio de Justicia llamado “Ideas matrices para la legislación de los jóvenes infractores de la Ley penal”, que recogía acabadamente los postulados de la CDN, ya que la UNICEF estaba ligada cercanamente al proyecto.

Es por esto que el proyecto parte reconociendo el rango constitucional de dicha Convención internacional en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 inciso 2º de la Carta Fundamental, y por tal razón hacia suya la idea imperiosa de reformar la legislación nacional vigente. El reconocimiento a la CDN se mantuvo como una constante hasta la promulgación de Ley.

Entre las principales propuestas se encuentra la de seguir con una justicia especializada para menores pero con atribuciones diferentes y especializadas en materia penal juvenil, para marcar de esta manera una diferencia con los Tribunales de Menores. A esta justicia entrarían los jóvenes entre 14 y 18 años, así la idea de inimputabilidad fue descartada definitivamente; pero el objetivo principal de este proyecto no es el resarcimiento del daño causado o el puro punitivismo estatal, sino la resocialización del infractor, basándose en los principios educativos, para así proporcionar cierto grado de responsabilidad por los ilícitos, pero sin jamás perder de vista que se trata de sujetos que poseen un inconcluso desarrollo tanto físico como psicológico, por lo que aún prima la necesidad de protección sobre ellos.

Bajo estos lineamientos, se elaboró una “Pauta para la redacción de un proyecto de ley sobre infracciones juveniles a la ley penal”, la que fue el primer avance para legislar y llevó a que esto fuera materia de debate tanto para la agenda gubernamental como también para las diferentes ONG y corporaciones relacionadas con la infancia.

Para el año 1998 se presentó el “Anteproyecto de Ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la Ley penal”, que se aproximaba cada vez más al modelo de responsabilidad, el cual dentro de los siguientes años fue cobrando mayor respaldo por parte de los “defensores de los derechos del niño”, pero que lamentablemente con el paso del tiempo estas ideas cobraron matices muy diferentes.

Este anteproyecto involucraba tres importantes aristas: la primera de ellas acerca de las garantías procesales mínimas ante el *ius puniendi* del Estado, cuestiones básicas como notificaciones, tiempos razonables de procedimiento, derechos de los detenidos, etc. La razón de esto es que justamente en el país se estaban desarrollando las primeras aproximaciones a la reforma procesal penal. El segundo punto de discusión fue la reintegración social del menor, lo que implicaba la necesidad de programas socioeducativos y de reinserción social. Por último se discutió acerca de la brevedad y excepcionalidad de la privación de libertad, basada en un derecho penal mínimo. Con estos dos objetivos se pretendía evitar los efectos negativos que toda privación de libertad conlleva.

Además se tuvo siempre presente el principio de especialidad, la necesidad de establecer un tribunal y procedimiento especializado para jóvenes infractores, y que la ejecución de las condenas seguiría siempre a cargo del SENAME para cumplir con los objetivos recién señalados.

Uno de los aportes más significativos es la noción de “infracción juvenil”, la cual es definida como “la intervención de un joven en calidad de autor o cómplice de un hecho, si fuera cometido por una persona mayor de 18 años, constituiría alguno de los siguientes crímenes o simples delitos”. Entre las infracciones que estaban taxativamente dispuestas en la ley, se mencionaban delitos graves como homicidio, violación, robo con violencia en las personas, secuestro y sustracción de menores y mutilaciones y lesiones graves. Esta taxatividad se remitía a la tipicidad establecida en el Código Penal, en virtud del principio de legalidad. También se contemplaba la

sanción a algunas infracciones siempre y cuando estuvieran consumadas. Las faltas quedaban de esta manera fuera de la justicia juvenil.

Otro punto a considerar es que la privación de libertad sólo implicaría un máximo de 3 años sólo para los mayores de 16 años, excepcionalmente a los niños de 14 años cuando como resultado del delito se produjera la muerte de una persona. Se contemplaba además una serie de medidas alternativas a la privación de libertad.

Hasta este momento se cumplía cabalmente con lo exigido por las normas internacionales, esto es, un modelo de responsabilidad basado en un derecho penal mínimo en el cual lo principal es el interés superior del adolescente, por lo que la privación de libertad es sólo un último recurso y con una duración lo más breve posible. La UNICEF alabó este anteproyecto mencionándolo como ejemplo a seguir por el resto de las legislaciones mundiales.

Luego de esto entramos a una segunda etapa en donde se van desarrollando los cambios más grandes y perjudiciales para los jóvenes infractores, pues cuando este anteproyecto entra a ser discutido por el Congreso chileno, la Ley fue tomando sesgos represivos y autoritarios en donde antes que el interés de los adolescentes, se tomó en consideración la “lucha contra la delincuencia”, tema que se enfatiza más durante las elecciones con el eslogan simple y corto placista que la delincuencia se reduce con leyes más duras. A esto debemos sumarle el rol de los medios de comunicación nacional que muestran una y otra vez la delincuencia, el consumo de drogas y abuso del alcohol en la juventud como una conducta atribuible mayoritariamente a los sectores marginados de nuestro país. También se refuerza por los medios comunicacionales la idea de que la justicia no está logrando sus fines, puesto que los delincuentes están en las calles y las víctimas se encuentran de esta manera indemnes frente a ello. Esto toma matices especiales respecto a los jóvenes, pues al ser

inimputables penalmente la gente pensaba que no se les aplicaba sanción alguna, y que de hacerlo al poco tiempo estaban libres, razón por la cual la ciudadanía se sentía aún más impotente. Esta inseguridad ciudadana fue el argumento de algunos legisladores para aumentar las sanciones a límites irracionales.

El año 2002 se envió el proyecto de ley sobre un nuevo sistema de responsabilidad adolescente en materia penal; pero debido a las razones dichas anteriormente, este proyecto sigue gran parte de los postulados del anteproyecto de 1998. Se realizan ciertas modificaciones que importan un aumento significativo de la carga punitiva sobre los adolescentes y un debilitamiento de la especialización del sistema de enjuiciamiento¹⁰⁶. Esto se aprecia de manera clara en el mismo mensaje del Presidente de la República al introducir el proyecto a tramitación; en este se menciona la necesidad de introducir un sistema de responsabilidad para los menores de 18 años, tanto en consideración al bienestar de los jóvenes como también en beneficio de las víctimas de la delincuencia juvenil.

En este proyecto se puede apreciar un aumento en las penas, elevándose así el máximo de privación de libertad de 3 a 5 años en régimen cerrado o semicerrado a cargo del SENAME. Incluso se aumentaron las sanciones alternativas. Un ejemplo de esto, es el aumento de 20 a 52 fines de semana de la pena de arresto en fines de semana. Además se contempló la posibilidad de que el menor al cumplir la mayoría de edad podía ser trasladado a los recintos destinados a Gendarmería de Chile, rompiendo el criterio de especialidad que exige una correcta aplicación de la CDN.

¹⁰⁶ CILLERO, Miguel. y BERNALES, Martín, *op. cit.*, pág. 37.; Justicia y Derechos del Niño nº 8, UNICEF, citado por DE FERRARI. Luis Ignacio. *Quince años de espera... Hacia la creación de un sistema de reemplazo: notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes*. En "Justicia y Derechos del Niño" Número 8, UNICEF, 2006, pág. 130.

Aparte de los tiempos máximos de condena, se establecieron límites mínimos¹⁰⁷, dejando fuera cualquier discrecionalidad del juez.

Otra desafortunada omisión fue la eliminación del catálogo de infracciones contempladas en el anteproyecto de 1998: ahora se les aplican los mismos delitos que pueden cometer los adultos, es decir la aplicación del Código Penal en su totalidad. Así volvieron a ser sancionadas las infracciones y algunas faltas. Además ya no sólo participarían como autor y cómplice, también como encubridor.

Los sesgos represivos y sancionatorios, se ven de manifiesto en estas normas pues rompen con el criterio de especialidad, en donde no existe un sistema para jóvenes infractores, si no un sistema de adultos atenuado levemente para los jóvenes. Esto empeoró aún más cuando el partido Unión Demócrata Independiente presentó su propio proyecto paralelo y alternativo al del ejecutivo, el “proyecto de Ley que adecua las normas de responsabilidad penal para la adolescencia a la Convención de Derechos del Niño”. Este contemplaba también sancionar a niños entre los 14 y 18 años, pero relegando a un segundo plano las medidas alternativas, es decir, se tienen como principio las normas penales de los adultos. La privación de libertad como regla general. Además se establecían penas completamente irracionales, llegando incluso al caso en que un menor podría estar condenado a penas entre 10 a 15 años, según el rango de edad de 14 a 15 y de 16 a 17 años respectivamente. También se dejaba fuera la remisión de condena y la sustitución condicional de medidas privativas de libertad, cuando incluso los adultos gozan de estos beneficios. El artículo 32 de la moción contiene una hipótesis que hace procedente la privación de libertad, pero las normas del proyecto no proporcionan un esquema discernible respecto de la duración

¹⁰⁷ El tiempo mínimo de reclusión establecido fue de 1 año para los jóvenes de entre 14 y 15 años y de dos para los jóvenes de entre 16 y 17.

de las penas para los actos delictivos juveniles, como tampoco cuáles de las penas deben aplicarse. Este sólo indica la procedencia de la privación. *“La cuestión de la delimitación queda así sujeta al incierto juego interpretativo de los criterios de supletoriedad del Código Penal y de especialidad de la ley juvenil. Este vacío es otra de las insuficiencias técnicas del proyecto, que lo enemistan con la Constitución, pues no satisfacen las exigencias del principio de legalidad de las penas”*¹⁰⁸.

El proyecto llevaba ya tres años en discusión y se esperaba desde 1990, por lo que políticamente comenzó a ser objeto de presión para su pronta dictación. Además el Ejecutivo tenía una agenda tendiente a combatir la delincuencia, lo cual se ve claramente en la opinión dada por el ministro de interior de la época, Francisco Vidal, al diario La Nación en octubre de 2005. Refiriéndose al proyecto de ley en trámite en ese momento señaló que en este se *“[...] busca sancionar y combatir la delincuencia juvenil, es la forma en que seriamente el Ejecutivo combate la delincuencia [...] el ciudadano hombre o mujer de 16 o 17 años, que viola y asesina irá a la cárcel y si tiene delitos menores tendrá siete alternativas donde se les dará la posibilidad de la rehabilitación[...] la ecuación inteligente es el control y sanción al delincuente joven que es un peligro para la sociedad, pero lo rehabilitamos para que no inicie la carrera delictual [...] ciudadano de 16 o 17 años que cometa crímenes gravísimos, 10 años de cárcel, y el que tenga 14 o 15 y comete esos delitos, tendrá mínimo 5 años de presidio. ¿Eso es mano blanda?, eso es mano firme, justa, eficiente y rigurosa”*¹⁰⁹.

Así el tan alabado proyecto de 1998 fue cambiado drásticamente. En un comienzo todo partió hacia un sistema de justicia especializado pero terminó en un sistema de

¹⁰⁸ DE FERRARI. Luis Ignacio. *Quince años de espera... Hacia la creación de un sistema de reemplazo: notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes*. En “Justicia y Derechos del Niño” Número 8, UNICEF, 2006. Pág. 136.

¹⁰⁹ DE FERRARI. Luis Ignacio, *ob. cit.*, pág. 139.

adultos aminorado para jóvenes, coincidente con el pensamiento de quien era la mayoría parlamentaria en aquel entonces. Sólo algunos senadores trataron de bajar de 10 a 8 años y de 5 a 3 los límites máximos de privación de libertad, pero los esfuerzos no lograron respuesta a pesar de que esta propuesta proviniera también del gobierno.

En vista de este resultado legislativo UNICEF y otras corporaciones, hicieron notar su rechazo al camino que estaban tomando los legisladores, pues se alejaban cada vez más a lo dispuesto por la CDN, y del camino exitoso seguido por otros países.

Finalmente la ley de responsabilidad penal adolescente fue promulgada y publicada el 7 de diciembre 2005. Ésta será analizada en profundidad en el capítulo IV¹¹⁰. El artículo único transitorio fijaba la entrada en vigencia para el 7 de junio de 2006, pero ante la inminente puesta en marcha unos pocos días antes, específicamente el 26 de Mayo, la ley 20.110 modificó el artículo 1º transitorio de la Ley de RPA reemplazando “seis meses” por “dieciocho”, es decir se extendió en un año más el período de vacancia originalmente contemplado.

Además estableció la creación de una comisión formada por expertos en materia de infancia y justicia penal, la Comisión se constituyó por 15 miembros especialistas, académicos, profesionales e investigadores de diversos centros de estudio y fundaciones.¹¹¹

¹¹⁰ Ver *infra* Capítulo IV.

¹¹¹ Los Miembros de la Comisión de Expertos son: Miguel Cillero, Consultor de UNICEF, ex asesor Ministerio de Justicia, Redactor Anteproyecto de la ley de RPA 1995; Paulo Egenau, Director Ejecutivo Fundación Paréntesis; Mauricio Duce, profesor Derecho Procesal Universidad Diego Portales, redactor Anteproyecto de RPA de 1995, ex asesor Ministerio de Justicia; Hipólito Cáceres, Fundación Tierra y

En un principio se estableció su funcionamiento hasta el 8 de junio de 2007, fecha en que comenzaría a regir el nuevo sistema, sin embargo, en abril se informó que se extendería su accionar hasta el 31 de diciembre de 2007, monitoreando la operatividad del nuevo sistema y los posibles cambios que en materia orgánica y procedimental se pudieran realizar en el futuro.

Para el cumplimiento del mandato que la ley le había otorgado, la Comisión realizó dos informes. El primero de octubre de 2006, y el segundo en el mes de abril de 2007. Los informes de la comisión señalaron los mismos problemas que mencionaban la UNICEF y demás entidades. Entre ellos se señalan problemas interpretativos y contradictorios a lo largo de la ley, así como también la no existencia de plazas suficientes para los regimenes cerrados y semicerrados, la falta de personal calificado y la sobrecarga de trabajo que esto implica. Además señalan la nula diferenciación con el sistema de adultos, producto de la remisión al Código Penal y al Código Procesal penal, por lo que el procedimiento es llevado a cabo por los mismos tribunales de los adultos presentando solamente sutiles diferencias y una reducción de plazos. También hace hincapié a la falta de redes sociales que hagan posible las sanciones en medio libre y la falta de apoyo tanto familiar y comunitaria de la que son víctimas los jóvenes.

Se propone postergar la entrada en vigencia por un año más, o en su defecto, una progresiva puesta en marcha de la reforma únicamente con los menores de 16 y 17 años de edad, para luego implementarla a los menores de 14 y 15 años.

Esperanza; Héctor Hernández, Profesor Universidad Alberto Hurtado; Francisca Werth, investigadora de Fundación Paz Ciudadana; Raul Tavolari, profesor Facultad de Derecho U. De Chile; Álvaro Fernández, Profesor Derecho Penal PUC; Rafael Marambio, Instituto Libertad; Guillermo Ramírez, Fundación Jaime Guzmán, Lilian Urrutia, asesora del SENAME, Gonzalo Berríos, jefe de la Unidad de Responsabilidad Penal Juvenil de la DPP, Iván Fuenzalida, director Unidad Especializada en Responsabilidad Juvenil y Violencia Intrafamiliar del Ministerio Público; Carlos Espinoza, Asistente Social, jefe del departamento de Readaptación, Subdirección Técnica, Gendarmería de Chile; y Mariano Montenegro, coordinador Nacional de Programas de Tratamiento CONACE.

La comisión de Legislación, Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados acoge las propuestas del comité e incluye en el proyecto del Ejecutivo una indicación que posterga nuevamente en un año la puesta en marcha de la reforma penal juvenil. Sin embargo, el voto de la Cámara de Diputados rechaza la prórroga, por 103 votos en contra, 6 a favor y 6 abstenciones.

La Comisión de Legislación, Constitución y Justicia del Senado rechaza las propuestas. Por su parte, el ministro de justicia reafirmó la voluntad del Gobierno de que la ley entre en vigencia y, refiriéndose a la propuesta de los parlamentarios de la Cámara de Diputados, manifestó: *“hemos analizado en detalle el planteamiento de los parlamentarios de la Concertación que integran la Comisión de Constitución que propusieron la postergación de la ley penal juvenil por un año. Nuestra decisión como gobierno es mantener nuestra voluntad de partir el próximo 8 de junio”*¹¹².

Así la entrada en vigencia de la ley fue producto de la presión de las fuerzas políticas del país, que hicieron de esta problemática una forma de criticar a los gobiernos del oficialismo. De esta manera tuvieron más cabida los intereses políticos que la opinión del consejo de expertos en la materia y la opinión de los mismos trabajadores del SENAME, quienes realizaban en ese momento una fuerte campaña mediática para la postergación de la ley.

Los trabajadores agrupados en AFUSE, asociación de funcionarios del organismo, exigían aumentos salariales pero además denunciaban las precarias condiciones laborales y los medios que cuentan para realizar una correcta labor rehabilitadora para los jóvenes que se encontrarían bajo su cuidado, así como también la falta de

¹¹² Comunicado del Ministerio de Justicia de fecha 11 de mayo de 2007.

seguridad de los recintos y la falta de infraestructura. Como ejemplo de esto señalaban el caso del Centro Semi-cerrado Santa Inés, que tenía gravísimos problemas de infraestructura, los cuales imposibilitaban las más mínimas condiciones de higiene. Se describen situaciones tan graves como el hecho de no haber baños limpios e higiénicos, no contar con camas en cantidad suficiente al número de jóvenes que ingresan al recinto, ni ropa de cama adecuada para un período invernal. También se describe una grave situación respecto al lugar donde se deben reunir los funcionarios, el que es una mediagua de madera que es continuamente invadida por roedores, sin ventilación ni calefacción alguna¹¹³.

Si la implementación de la ley ya no podía estar en peores condiciones, el 4 de mayo de 2007 el Ejecutivo ingresa al Congreso Nacional un proyecto de ley que contiene ajustes a la ley 20.084 relativos a cinco materias, los cuales fueron aprobados en su totalidad en el congreso:

1. Se reordenan las penas establecidas en los artículos 6, 21, 22 y 23, para evitar que se produzca incertidumbre debido a la diversidad de interpretaciones.

2. En casos de delito flagrante, se incrementa el plazo de 12 a 24 horas para que el menor sea puesto en presencia del juez. En ese período se establecen obligaciones para el fiscal y las policías: si el joven presenta declaraciones ante el fiscal debe hacerlo en presencia de un abogado defensor, y tiene derecho a que su causa sea vista con preferencia en la programación de las audiencias fijada por tribunales.

¹¹³ Ver información en el sitio electrónico:
<http://www.generacion80.cl/noticias/noticiacompleta.php?varbajada=1172y> www.elclarin.cl (sitio visitado el 18 de Octubre de 2007).

3. Se establece la procedencia de la internación provisoria –o prisión preventiva- en un centro cerrado cuando la pena asignada al delito, considerada en abstracto, lo permita (más de cinco años de privación de libertad). Por tanto, no se considerará la pena que en concreto se le podría asignar al menor por el delito cometido, con la atenuante de la rebaja en un grado establecida en el artículo 21 de la LRPA.

4. Se permite que los programas para la ejecución de sanciones en centros semicerrados de privación de libertad sean administrados por colaboradores acreditados, y no exclusivamente por el SENAME.

5. Se otorga la posibilidad al juez de optar por la sanción de libertad asistida especial para los casos en que corresponda una sanción en régimen semicerrado, atendiendo a las necesidades de reinserción del adolescente y las condiciones existentes para el cumplimiento de la misma.

Luego de estas indicaciones, el 9 de mayo, por una indicación de iniciativa del Senador de la Unión Demócrata Independiente Hernán Larraín, se altera nuevamente el proyecto del Ejecutivo. Se modifica el artículo 19 y 23, estableciendo que para casos en que la sanción corresponda a una pena de crimen (más de cinco años), se deberá aplicar al joven la pena de régimen cerrado durante los dos primeros años, y a partir del tercero, el juez podrá sustituir dicha condena por una en régimen semicerrado de privación de libertad. Es decir, toda la condena será en un régimen de privación de libertad.

Anterior a esta modificación, para penas equivalentes a crímenes, el juez estaba facultado para otorgar sanción en régimen cerrado o semicerrado. Resulta sorprendente que esta indicación haya sido adoptadas sin siquiera comenzar a funcionar la ley. Lo que deja de manifiesto la reacción represiva del estado y la poca importancia del respeto a los derechos de los jóvenes a los que se les aplicará la ley.

El día 2 de junio se publica en el Diario Oficial la Ley 20.191. Incluye los ajustes propuestos por el Ejecutivo y aprobados por el Congreso Nacional, pero se excluye la referida indicación.

Esta indicación fue criticada por parlamentarios, sectores de la sociedad civil, la UNICEF, corporaciones de derechos humanos, y por la Comisión de Expertos. En una declaración pública de tres de los miembros de dicha Comisión, se señala: *“la referida indicación representa un grave atentado contra los principios y los propósitos que inspiran la ley de responsabilidad penal juvenil. Al establecerse como pena única obligatoria la privación de libertad por prolongados períodos de tiempo sin hacer distinciones básicas como la existente entre delitos violentos y no violentos, se llega a resultados ajenos a los fines del legislador. Así, por ejemplo, el adolescente que un día sustrae un balón de gas de una casa y otro día comete un hurto callejero, por razones técnicas que el autor de la indicación debería conocer pero que a todas luces ignora, caería, por razones técnicas agravantes, en la situación descrita, en circunstancias que la privación de libertad debe reservarse sólo para los delitos más graves”*.¹¹⁴

Así el día 19 de mayo, 33 diputados de la Concertación¹¹⁵ presentan un requerimiento al Tribunal Constitucional para que se declare la inconstitucionalidad del artículo único, número tres, del proyecto de ley modificatorio de la ley 20.084¹¹⁶.

¹¹⁴ Declaración pronunciada por Miguel Cillero, Paulo Egenau y Héctor Hernández, en www.forosida.cl/print.php?sid=125

¹¹⁵ La nómina de los diputados requirentes es la siguiente: señores Enrique Accorsi Opazo; Sergio Aguiló Melo; René Alinco Bustos; señora Isabel Allende Bussi; señores Pedro Araya Guerrero; Jorge Burgos Varela; Juan Bustos Ramírez; Guillermo Ceroni Fuentes; Alfonso De Urresti Longton; Marcelo Díaz Díaz; Gonzalo Duarte Leiva; Alvaro Escobar Roffat; Ramón Farías Pone; Guido Girardi Briere; Rodrigo González Torres; Jorge Insunza Gregorio de las Heras; Enrique Jaramillo Becker; Tucapel Jiménez Fuentes; Antonio Leal Labrín; Manuel Monsalve Benavides; Carlos Montes Cisternas; señora Adriana Muñoz D’Albora; señor Marco Antonio Núñez Lozano; señora Clemira Pacheco Rivas; señores Iván Paredes Fierro; Jaime Quintana Leal; Fulvio Rossi Ciocca; señoras María Antonieta Saa Díaz; Laura

El requerimiento se fundamenta en la trasgresión de los artículos 1º, 5º, inciso segundo, 65, inciso tercero, y 69 de la Constitución Política. La infracción al artículo 5º, inciso segundo, de la Carta es relacionada, a su vez, con los artículos 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los parlamentarios formularon tres argumentos para avalar la inconstitucionalidad de la norma objeto de revisión:

1. Por contradecir el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política, con relación al artículo 37, letra b), de la Convención sobre los Derechos del Niño y al principio de no retroceso en materia de derechos humanos.

2. Porque el precepto impugnado no pudo ser materia de una indicación parlamentaria por referirse a materias que son de exclusiva competencia del Ejecutivo y, por originar desembolso de recursos, requerir informe financiero del Ministerio de Hacienda; y

Soto González; Carolina Tohá Morales; señores Eugenio Tuma Zedán; Esteban Valenzuela Van Treek; y señora Ximena Vidal Lázaro

¹¹⁶ Este número esta referido a la norma que modifica el artículo 23 N°1: *Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal:*

3) *Sustitúyense los artículos 21, 22 y 23, por los siguientes:*

Artículo 23.- Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social ...”

Por su parte la norma original prescribía: *“Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:*

1. Si la extensión de la sanción resulta equivalente a una pena de crimen, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado o internación en régimen semicerrado, ambas con programas de reinserción social.”

A su vez, la indicación introduce al artículo 19 un inciso primero: *“En el caso del numeral 1 del artículo 23, el tribunal sólo podrá imponer complementariamente la sanción de internación en régimen semicerrado, después del segundo año del tiempo de la condena”.*

3. Porque la misma norma no guarda relación, a juicio de los diputados requirentes, con las ideas matrices del proyecto, según se desprendería del texto del Mensaje con que el Ejecutivo inició su tramitación¹¹⁷.

El día 4 de junio de 2007, el senador Hernán Larraín presentó un escrito con observaciones al requerimiento invocando el derecho constitucional de petición, asegurado en el artículo 19 N° 14 de la Constitución, al ser el autor de la indicación cuya constitucionalidad estaba siendo impugnada.

Sostiene que el precepto impugnado no infringe lo previsto en los artículos 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que se conforma a ellos.

“Respecto de las penas imponibles a los menores infractores, la Convención se limita a plantear una serie de objetivos a los diversos Estados suscriptores, los que tienen obligación de asumirlos y cumplirlos. Sin embargo, en relación a los mecanismos jurídicos destinados para tal efecto, el Tratado reconoce un amplio margen de autonomía al legislador. En la medida que se cumplan los objetivos señalados en la norma internacional, la ley puede libremente establecer, por ejemplo, la cuantía de una pena particular”¹¹⁸.

¹¹⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 786-2007, fs. 2.

¹¹⁸ *Ídem*, fs. 10.

Agrega que *“en el hipotético caso de que la indicación impugnada infrinja la Convención sobre los Derechos del Niño, ello no resultaría un problema de constitucionalidad sino de responsabilidad internacional”*¹¹⁹.

En cuanto al segundo capítulo del requerimiento, el Senador argumenta que la norma requerida no importa nuevos gastos en el erario público, y que los requirentes a pesar de afirmar que sí los implica, no adjuntan antecedentes, pruebas, informes técnicos, análisis económicos, etcétera, que sirvan de indicio para sostener aquello. Agrega que *“en el hipotético caso en que la afirmación de los requirentes fuera efectiva, sólo el Presidente de la República tendría iniciativa en estas materias, limitándose aquélla del legislador a la sola reducción del monto de las penas, lo que es constitucionalmente inaceptable a la luz del artículo 65 de la Constitución Política”*¹²⁰.

Sobre el tercer punto en discusión, Larraín expresa lo siguiente: *“las ideas matrices de un proyecto no son sino el problema que el legislador busca solucionar y que éste tiene plena autonomía para resolver el problema técnico o práctico sujeto a su conocimiento agregando nuevas indicaciones a la moción o al mensaje correspondiente”*. Luego agrega que *“la cuantía específica de la pena de un determinado grupo de casos, no altera de manera sustancial la idea matriz de garantizar los derechos procesales de los menores y reservar el encierro –como pena y medida cautelar- para los casos más graves y de manera excepcional”*¹²¹.

¹¹⁹ *Idem*, fs. 11.

¹²⁰ *Idem*, fs.12.

¹²¹ *Idem*, fs. 13.

El Tribunal Constitucional, el día 13 de junio de 2007, rechaza el requerimiento. En cuanto al primer punto, sostiene que *“el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador”*.¹²² Agrega que *“el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales”*¹²³.

*“Ciertamente que resulta discutible si el régimen cerrado de cumplimiento de penas es o no el sistema más eficaz para lograr tal rehabilitación, pero ello constituye, una vez más, un debate de mérito que corresponde hacer a los poderes llamados a legislar y no a este órgano de control de constitucionalidad”*¹²⁴.

Asimismo, el Tribunal rechaza el requerimiento de los parlamentarios por significar un retroceso incompatible con los compromisos internacionales asumidos por el país. Manifiesta a este respecto que *“ello no envuelve una vulneración de derechos del sentenciado y se inserta por completo dentro de los criterios de política criminal que corresponde ponderar exclusivamente a los legisladores, según se ha sostenido en los considerandos precedentes. Si así no se entendiera, toda innovación legal que asignara una pena única a un delito anteriormente sancionable conforme a una escala gradual o que entrañara un incremento de penas o un mayor rigor en sus modalidades*

¹²² *Idem*, fs. 40.

¹²³ *Idem*, fs. 43.

¹²⁴ *Idem*, fs. 48.

*de cumplimiento entraría en colisión con los derechos esenciales del ser humano, lo que no puede compartirse*¹²⁵.

Respecto del segundo punto, el TC sostiene que la iniciativa de ley está conferida tanto al Ejecutivo como al Legislativo, y la iniciativa exclusiva del Presidente de la República es una excepción a esta regla general, por lo que debe se debe interpretar restrictivamente. De otro modo, *“podría llegar a desvirtuarse del todo la función principal del Congreso Nacional y el ejercicio de la soberanía que se cumple a través de él*¹²⁶. El aumento de recursos sería un efecto colateral que no puede interferir en la creación de una norma legal.

En relación con el tercer punto objeto de revisión, el Tribunal Constitucional manifestó que *“la referida indicación cumple con la exigencia constitucional de relacionarse, en forma directa, con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”,* en cuanto a que *“favorece la responsabilización y la reinserción social del adolescente”*. Agrega que la norma requerida, tal como fue aprobada por ambas cámaras en el Congreso Nacional, permite al juez *evaluar si, realmente, se han cumplido los fines de responsabilización y reinserción social antes de decidir su sustitución por el régimen de internación semicerrado con programa de reinserción social*¹²⁷.

¹²⁵ *Idem*, fs. 29.

¹²⁶ *Idem*, fs. 29.

¹²⁷ *Idem*, fs: 37.

Así La ley 20.191, en definitiva endurece aún más el sistema de penas para los menores infractores, dándoles menor margen de discrecionalidad a los magistrados para aplicar dichas disposiciones. Sin mencionar que deja a la ley con contradicciones internas insuperables de conciliar, en especial con el reconocimiento de la privación de libertad como ultimo recurso.

CAPITULO III: MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.

8 NOCIONES PRELIMINARES.

Dentro de la normativa internacional existen importantes instrumentos que tratan el tema de la justicia juvenil, estos nos entregan los lineamientos básicos que deben ser observados por la justicia penal de cada país. En general, estos documentos se caracterizan por buscar el justo equilibrio entre el bienestar de los adolescentes, en virtud de su interés superior, y además busca un objetivo educativo al no sustraer de responsabilidad a los menores, para que aprecien lo errado de su conducta. Pero ponen el énfasis en la necesidad de la prevención antes que la sujeción de estos menores al sistema penal y sus supuestos sistemas de rehabilitación.

La preocupación por este tema partió en 1955 con la Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos donde se estableció por primera vez la separación de los jóvenes y adultos en los centros de reclusión. Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 prohibió la pena de muerte a las personas que cometieron crímenes antes de tener 18 años, además entregó garantías especiales a los jóvenes en el procedimiento y señaló la importancia de la resocialización de los jóvenes.

Actualmente el instrumento más importante sobre la protección integral es la Convención de los Derechos del Niño (CDN), que ya ha sido ratificada por la totalidad de estados del mundo, excepto por Estados Unidos y Somalia. Además de esta existen otros textos que, si bien no son vinculantes, reflejaron en la CDN los principios fundamentales que sirven para la interpretación de esta misma. Entre ellos podemos mencionar las Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de

Menores, las Reglas de la ONU para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

El presente capítulo tiene por objeto realizar un análisis de estos instrumentos que resultan fundamentales para determinar si la legislación de nuestro país se enmarca o no dentro de la tendencia internacional respecto del trato de la justicia juvenil, ya que la misma ley 20.084 en el artículo 2 inciso segundo realiza una sujeción de esta a dichos instrumentos internacionales.

9 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Es el primer código universal de los derechos del niño legalmente obligatorio de la historia. Fue adoptada por la Asamblea General en resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y es el convenio internacional que más ratificaciones ha producido en el mundo. Si bien es uno de los instrumentos internacionales más importantes en materia de reconocimiento de derechos e imposición de obligaciones a los Estados en materia de protección de niños -y en este sentido ha servido de base para la modificación de la mayoría de las legislaciones del mundo y la totalidad de las legislaciones vigentes en Latino América, su dictación ha estado precedida de numerosos otros instrumentos internacionales que han perseguido el objetivo de darle a los niños un reconocimiento especial y evitar todo tipo de abusos.

En relación a la justicia juvenil, la CDN en los artículos 37 y 40 entrega los principios relevantes para una correcta aplicación por parte de los estados respecto de cualquier modelo de responsabilidad penal juvenil. Debemos tener en cuenta que estos

principios deben ser aplicados a personas menores de 18 años ya que la CDN comienza en su Art. 1º señalando que se entiende por niño, declarando que lo será “*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*”.

El Art. 37 señala los principios básicos respecto de los cuales se deberá tener observancia cuando se trate del cuidado de los niños que se encuentren privados de libertad, ya sea porque estos estén cumpliendo una condena o se encuentren en prisión preventiva. Estas exigencias son las siguientes:

a) Prohibición de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Y la prohibición de imponer la pena capital o la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad. Esta exigencia en general es cumplida en todo el mundo. Sin embargo, Japón ha conservado el derecho de hacer “uso juicioso” del castigo corporal¹²⁸.

Esta exigencia es una de las razones por la cual los Estados Unidos, no ratificaba la CDN, pues en muchos de sus estados, la pena de muerte a personas que cometieron delitos siendo menores de edad, era una práctica habitual y no cuestionada por sus ciudadanos, tanto así que en el año 1998, 70 jóvenes estaban en espera de su ejecución¹²⁹. Recién en el 2005 el Tribunal Supremo abolió esta práctica tan primitiva, sin embargo esto sólo en relación a los jóvenes. Aparte de este país otros siete han

¹²⁸ UNICEF, *Justicia Juvenil*, en “Innocenti Digest”, pág. 3. Disponible en <http://www.unicef.com> (sitio visitado el 15 de agosto de 2007).

¹²⁹ CORTES. Julio. *A cien años de la creación del primer Tribunal de Menores y 10 años de la Convención de Derechos del Niño: el desafío pendiente*, en “Justicia y derechos del niño”, Número 8. UNICEF. 2006. pág. 150.

ejecutado a menores desde 1990. Son: Irán, Pakistán, Arabia Saudita, Yemen, Nigeria, República Democrática del Congo y China.

b) Prohibición de privación de libertad ilegal o arbitraria. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se deberán llevar a cabo en conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Es esta exigencia la que consagra el principio de privación de libertad como último recurso, es decir, que se deberán tomar todas las medidas necesarias para evitar la internación de jóvenes en sistemas carcelarios clásicos dado lo perjudicial que esta medida resulta para el desarrollo integral del adolescente.

El llamado que hace la convención es a preferir sanciones distintas a las privativas de libertad como amonestaciones, reparación del daño causado, servicio a la comunidad, etc. Por lo tanto obliga a imponer la medida de privación de libertad sólo en casos muy excepcionales. En este sentido, el órgano sancionador, de acuerdo a la convención, debe justificar que la medida es la única aplicable al caso, en el sentido de demostrar que han agotado todas las otras medidas posibles de aplicar que no implican la privación de libertad. Refuerza esta idea JULIO CORTES, al señalar que *“Así el interés superior del niño es una razón poderosa que nos permite potenciar el art. 37 en cuanto que la privación de libertad debe ser algo realmente marginal, excepcionalísimo en estos sistemas”*¹³⁰.

En general esta exigencia es cumplida a medias por los diferentes legislaciones, pues cumplen con lo meramente formal y lo interpretan de modo conveniente a la política criminal del momento y el manejo del control social dirigido hacia la juventud,

¹³⁰ *Idem*, pág. 87.

puesto que la mayoría de los países tiene como principal sanción la privación de libertad y su duración se fija en promedio de 5 años hacia arriba, lo que ya es excesivo para cualquier joven, es difícil, que una pena de esta cantidad de años concuerde con el interés superior del adolescente.

El caso más extremos es el de EEUU. que contempla la cadena perpetua a los jóvenes que cometieron delitos graves, incluso los encierra junto con los criminales adultos. De hecho más de 70 prisioneros en las cárceles estadounidenses tenían 13 ó 14 años cuando cometieron sus crímenes, de estos mas de la mitad son afro americanos. Los datos provienen de la organización *Equal Justice Initiative* (EJI). Señala además que al menos 2.225 jóvenes de 17 años o menos han sido sentenciados a prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional¹³¹.

Así se aprecia lo difícil de la posibilidad de que este país ratifique la CDN, si consideramos que solo hace dos años abolió la pena de muerte, menos aún la prisión perpetua a los adolescentes.

Este principio fue tomado casi textualmente por la ley chilena en los arts. 26 y 47. Sin embargo, después de algunas modificaciones y junto al resto de las disposiciones, no se condicen con lo establecido en los artículos señalados anteriormente pues la ley contempla que para los delitos más graves sólo se considerará el régimen cerrado como sanción sin tener los jueces otra posible sentencia.

¹³¹ Información disponible en <http://www.granma.cubasi.cu/2007/10/21/interna/artic02.html> (visitado el 20 de octubre de 2007).

c) Todo niño privado de libertad deberá ser tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, de manera tal que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. Para alcanzar este fin se establece que todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

Este principio ha sido evadido por los países constantemente pues excusándose en motivos económicos, mantienen a los jóvenes en los mismos recintos con los adultos. A partir de la CDN esto sólo se materializó en que se destinara un sector de los especiales a los menores. Pero como el lugar físico era el mismo, quedaban bajo las mismas reglas y tratos penitenciarios que los adultos.

Nuestra legislación trató en lo posible de adecuarse a esta exigencia, cuestión que se analizara en el apartado sobre las reglas mínimas para los menores privados de libertad¹³².

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. Mediante la presente disposición se pretende evitar que el menor luego de ser condenado quede en desamparo sin la posibilidad de impugnar el fallo.

¹³² Ver *infra* . capítulo 3. Punto 4.

Esto sigue dependiendo del modelo de justicia de cada país pero internamente ligado a las capacidades económicas del país, son más bien las organizaciones no gubernamentales, las que ayudan a que esto sea posible.

Por su parte, el art. 40 dispone que la legislación de los Estados Partes han de procurar el respeto que todo niño acusado de infringir la ley penal tiene de que su proceso sea llevado conforme a derecho y hace el llamado a que el enfoque de la justicia juvenil sea el bienestar del menor entendido como interés superior del adolescente y además llama a la resocialización y no simplemente al retribucionismo de la pena.

En general el artículo hace referencia al principio de legalidad al disponer que: “no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.

Luego de esto da paso a las garantías básicas del procedimiento: derecho a la presunción de inocencia, derecho a la información, derecho a la asistencia jurídica. Además la causa deberá ser dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley.

Estas garantías procedimentales básicas son las que caracterizan al sistema de responsabilidad, las que en definitiva permitieron abandonar el modelo proteccionista en el cual se confundían los procedimientos penales con los tendientes a otorgar protección al menor. Pero no podemos dejar de enfatizar que la Convención al

plantear un modelo de responsabilidad con garantías, prefiere siempre la no intervención penal para los jóvenes infractores.

Por su parte el número 3 de este artículo hace un llamado a los estados al establecimiento de un sistema especializado de justicia, el cual cuente entre otras cosas con una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. Se dispone también que siempre que sea apropiado y deseable, se deberán adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales. La mayor parte de la doctrina en justicia juvenil apunta a la existencia de tribunales y procedimientos apartados de cualquier sistema de adultos, para que quede en claro su completa diferenciación.

Luego el artículo 40 vuelve a plantear el principio de privación de libertad como último recurso ya que dispone una serie de sanciones alternativas entre las cuales menciona el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones.

Para finalizar, el artículo 40 plasmó en el número 4 el interés superior del niño y el principio de proporcionalidad. El primero de ellos lo contempla en el artículo 3 de la CDN y el principio de proporcionalidad que será tratado más adelante en las Reglas de Beijing.

El interés superior del niño se ve reflejado en diversos preceptos de la CDN, siendo el artículo 3.1. el más notable, ya que señala *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los*

tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Este principio se ve reiterado en el artículo 9º (separar al niño de sus padres cuando esta es necesaria en función del interés superior del niño), 37 c) (separar o no de los adultos al menor en base al interés superior del niño), 40.2. b) iii) (tomar o no en consideración la edad, situación particular, o padres del menor, en base al interés superior del niño, cuando se le acuse de haber infringido las leyes penales). Así también, nos encontramos con artículos que establecen otros principios que refuerzan la idea de interés superior del niño, tal como la *privación de libertad como último recurso* (Art. 37.b CDN); la *primacía del carácter educativo de las sanciones* (Art. 40.1 CDN), entre otros.

Una vez ratificada por los países, la CDN comenzó a ser contrastada con las legislaciones penales en materia de niños en los diferentes países, y desde la óptica de ver en la Convención una consagración de espacios de autonomía hacia los niños que para ser restringidos requieren de una muy seria justificación, se evaluaron los sistemas de menores como "*sistemas penales encubiertos y reforzados*"¹³³. Desde este punto comenzó a señalarse al Art. 40 como fundamento de la necesidad de elaborar un sistema de responsabilidad juvenil que se basara en las premisas de la convención, especialmente en ese artículo.

Sin embargo, la evolución desde 1989 no ha sido siempre favorable. En palabras de JULIO CORTÉS "si uno revisa hoy la literatura de la UNICEF o de las ONGs de infancia de la primera mitad de los 90, se da cuenta que hay una especie de alianza entre la criminología crítica, el garantismo y el minimalismo penal, en contra del Derecho tutelar de menores, y entonces se postula que estos nuevos sistemas que se

¹³³ CORTES MORALES, Julio, *Derechos humanos, derechos del niño y privación de libertad. Un enfoque crítico de las "penas" de los niños*, en "Justicia y Derechos del Niño", Número 7, UNICEF, 2005, pág.81.

van a crear, serían sistemas abiertamente de Derecho Penal Mínimo, y que eso se expresaría en la descriminalización de una amplia gama de conductas tras una década de aplicación de esta reforma. Uno puede poner bastante en duda que lo que hayan implementado haya sido en realidad el paradigma de derecho penal mínimo, y ahí parece que el desplazamiento mas bien opero a través de una reducción cuantitativa del ámbito juvenil en el cual estos sistemas están llamados a operar, pero respecto a los sectores que sí atrapan estos sistemas hay una intensificación de las penas, incluso en relación a lo que ocurría en el Derecho de Menores”¹³⁴.

Queda de manifiesto que, una vez aprobada la CDN, se hace necesario adoptar un sistema que establezca nuevos paradigmas. El modelo de responsabilidad junto con el respeto a las garantías procesales básicas pareciera ser bajo una simple lectura el que mejor cumple con este tipo de exigencias, pero la verdad es que la Convención une al modelo de responsabilidad al derecho penal mínimo, el cual llama a las sanciones alternativas como la regla general, y evitar al máximo la privación de libertad.

Lamentablemente hasta el momento se ha notado una tendencia a la excesiva adjudicación de responsabilidad a los jóvenes olvidando el llamado de la CDN a hacerlo de manera atenuada, considerando su especial condición de desarrollo y dejando de considerar a la prevención como la mejor herramienta para combatir la delincuencia juvenil.

Esto de debe principalmente a que los legisladores de la diferentes naciones interpretan los artículos 37 y 40 CDN, en su solo elemento gramatical, olvidando por completo el resto de los derechos que la convención establece y que esta se forma

¹³⁴ CORTES. Julio, *ob.cit.* pág 81.

además de otros instrumentos que determinan en definitiva la correcta interpretación y posterior aplicación en la legislación interna. Así finalmente el producto de esta interpretación lleva a que el legislador, realice una “adecuación aparente” a la CDN, un reconocimiento formal sin aplicación real, en la cual se inserta simplemente la política criminal que se estime conveniente para sancionar a los adolescentes que presentan conductas contrarias al orden, los intereses políticos y económicos, ejerciendo sobre ellos todo el control social posible.

10 REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES. "REGLAS DE BEIJING".

Las Reglas de Beijing nacieron en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Estas fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. Si bien este documento no es vinculante, ha servido de inspiración para el resto de los instrumentos internacionales acerca de los principios mínimos que debe seguir una correcta justicia juvenil. Es así que los artículos 37 y 40 de la CDN tienen su base directa en las Reglas de Beijing, por lo que para interpretar la Convención la doctrina recurre directamente a ellas.

A pesar de ser uno de los primeros documentos importantes de las Naciones Unidas, las Reglas de Beijing son criticadas por abordar en muchas de sus exigencias una lógica proteccionista tutelar, por ejemplo, al definir menor delincuente, utilizando aun el termino menor para referirse a niños y jóvenes, pues el termino menor, es indicativo de carencia de capacidad; también se critica estas reglas por extender el alcance de sus principios a todos los menores comprendidos en los procedimientos relativos a la atención al menor y a su bienestar, es decir para otorgar la debida protección. Esto se debe a que este instrumento fue discutido cuando el modelo tutelar

no lograba ser reemplazado, cuestión que es superada sólo por los siguientes instrumentos.

Uno de los aportes más significativos de este instrumento internacional es aportar con orientaciones básicas de carácter general en relación a la política social y política criminal que debiera imperar en el sistema de justicia de menores dentro de las legislaciones nacionales. Entre ellas menciona que toda política estatal debe privilegiar la prevención de la delincuencia, antes que la intervención judicial, pues el objetivo que toda justicia juvenil debe perseguir es el bienestar y protección del menor sin olvidar tampoco el orden social y las consideraciones con las víctimas. Esto se ve claramente reflejado en la regla número 5 la cual dispone: “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

Esta regla introduce el principio de proporcionalidad que es un principio general del Derecho Penal según el cual ha de ponderarse no sólo la gravedad del ataque al bien jurídico de que se trate sino además las especiales características del sujeto que infringe la norma penal. Así según Garrido Montt, “El legislador, al prescribir la sanción en abstracto y de manera general, considera la naturaleza del bien jurídico, la agresión de la cual lo protege y la trascendencia social del delito”, el juez, por su parte, “deberá considerar en el caso particular además de las circunstancias ya descritas, las personales del imputado y las condiciones en que el hecho se realizó”¹³⁵.

¹³⁵ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Editorial Jurídica, Santiago, 2007, pág. 50.

Con relación a los jóvenes, este último punto es el más importante pues no sólo se debe establecer la sanción en concordancia con la gravedad y el daño causado en la víctima, sino que además deben ser considerados los factores individuales del infractor por ejemplo, su condición social, su situación familiar, su nivel de educación, etc.; y toma un matiz específico el que también ha de influir en la proporcionalidad los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil. Este principio es tomado nuevamente por las Reglas de Beijing en el número 17 el cual regula los principios rectores de la sentencia mencionando: principio de proporcionalidad, la restricción de libertad como ultimo recurso y el bienestar del menor, que se ve reflejada en el interés superior del adolescente.

El problema que presenta el considerar los factores personales o actitudes del joven, al momento de determinar la pena es que de cierta forma se vuelve al modelo tutelar, pero en realidad las Reglas de Beijing, llaman a que estos aspectos se consideren a entender el por qué de la conducta, para evitar una sanción meramente represiva. La idea fundamental es que estos antecedentes se utilicen siempre a favor del adolescente. Para tratar de superar estas deficiencias con las medidas alternativas y suficientes, evitando las sanciones penales que agravarían el problema.

Lamentablemente el principio de proporcionalidad tiene una aplicación bastante similar al sistema de adultos, en la generalidad de las legislaciones, olvidando que el principal beneficio va enfocado al adolescente y no a la víctima. Por otra parte hay una tendencia a sancionar de forma más represiva a aquellos jóvenes que presentan poco respeto por las autoridades, leyes y a la sociedad en general; así estos jóvenes se ven más expuestos que el resto de los jóvenes que presentan el respeto suficiente a la autoridad. Esto presenta un problema grave, pues justamente los jóvenes que provienen de los sectores marginales son los que presentan más desconfianza y resentimiento frente a las autoridades en general.

Esta regla se trató de adoptar en nuestra legislación, en lo respectivo a determinación de la pena pero al ser mal interpretado llevó a un resultado distinto puesto que en vez de considerar los factores personales, socioeconómicos y culturales como criterios para determinar la duración y tipo de sanción, el artículo 24 de la ley 20.084 sólo la considera para que el juez, según los antecedentes, disponga la internación en un centro cerrado o las demás sanciones alternativas, por lo que a la hora de determinar el grado de la pena el sistema funcione exactamente igual que el que regula la de los adultos reflejándose así la excesiva atribución de responsabilidad al menor, pues el reproche de exigibilidad de la conducta claramente no es igual.

Otro de los aportes que exigen las Reglas de Beijing son los criterios para el establecimiento de una edad mínima en que se presume que los niños no puedan infringir la ley penal, las reglas establecen en el número 4 que: “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”. Esta regla en general no ha sido correctamente utilizada por muchos países, pues la CDN sólo impone el establecimiento de una edad mínima sin mencionar que deben importarse las circunstancias expresadas anteriormente. El Comité de Derechos Humanos se refiere en forma constante en sus observaciones finales sobre los informes de los Estados a la conveniencia de fijar una edad mínima lo más alta posible. Dicho comité ha criticado en particular a los países en los que la edad ha sido fijada a los 10 años o menos, como el caso de Inglaterra y Australia¹³⁶.

¹³⁶ UNICEF. *Justicia juvenil*, en “Innocenti Digest”, pág. 4. Disponible en: www.ijig.org. (sitio visitado el 15 de agosto de 2007).

Si bien nuestra nueva legislación establece una edad mínima que resulta razonable en comparación a otros países, no podemos asegurar que lo sea en relación al desarrollo mental, emocional e intelectual de la juventud chilena, la cual claramente no tiene las características de las juventudes europeas, ni siquiera las de la juventud latinoamericana, en la cual existen índices y formas más preocupantes de delincuencia juvenil.

Así en nuestro país, sociológicamente la posición de los niños es híbrida, dinámica y variable. Por un lado, está aún fuertemente asentada en la cultura su consideración como incapaces de regir y decidir sobre sus asuntos. Factores de tipo económico los han hecho cada vez más dependientes de las familias y sus recursos. La creación de núcleos familiares económicamente cada vez más estables y autosuficientes, ha traído consigo el retraso las ansias de independencia, y las personas pasan un tiempo mayor bajo el techo familiar. Una de las consecuencias directas de este proceso es la expansión de las fases por las que pasa el desarrollo de una persona; en concreto, la transición de la adolescencia a la edad adulta, que antes tendía a coincidir con la adquisición de la mayoría de edad, ahora se ve extendida en general más allá de los veinte años¹³⁷.

Además de estos importantes aspectos las Reglas de Beijing entregaron las primeras exigencias para los procedimientos penales contra los jóvenes, ya que era uno de los problemas del modelo tutelar. Este instrumento introdujo como obligatorias la notificación a los padres, normas sobre la investigación, detención y prisión preventiva.

¹³⁷CORPORACION OPCION y ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA, *Derechos de los niños en Chile: Informe Alternativo al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile*, Ginebra, Enero 2007. pág 9. Disponible en www.oijj.org. Visitado el 3 de noviembre de 2007.

Otros aportes significativos que podemos mencionar es la exigencia de la especialización en materia de adolescentes de todos los actores que intervienen en el sistema judicial, idea que fue introducida de forma completa en la CDN. Además se establece la necesidad de protección a la identidad de los adolescentes, el asesoramiento jurídico para los padres y para los jóvenes infractores y se hace fuerte hincapié en la exigencia a un sistema con una pluralidad de medidas resolutorias.

Lo que no fue abordado por la CDN, es el número 11 de las Reglas de Beijing la cual trata acerca de la remisión de casos, la cual plantea la posibilidad de evitar la judicialización, pues se examina la posibilidad de fallar los casos menos graves de manera discrecional por parte de la policía, el ministerio fiscal y otros organismos que se preocupen de la delincuencia juvenil. Este procedimiento debiera estar establecido de acuerdo a la ley para evitar cualquier vulneración de derechos sobre todo en aquellos casos en que la remisión signifique poner al menor en alguna institución de la comunidad o en otro tipo de solución. Una de las formas más sencillas de desviarse del proceso judicial es probablemente la amonestación policial, la cual lamentablemente no otorga los beneficios esperados pues los jóvenes no alcanzan a comprender la infracción cometida y además la policía carece del criterio suficiente para llevar a cabo las situaciones previstas.

La remisión de casos es mejor implementada en las situaciones en que participan asistentes sociales o representantes de tribunales para evitar que los niños o jóvenes entren en contacto con el sistema judicial innecesariamente sobre todo en el caso de aquellos que, careciendo de antecedentes penales, sean acusados de infracciones menores que ellos mismos reconozcan que han cometido. La remisión de casos ha sido implementada principalmente en los países donde se aplica la justicia restaurativa, siendo esta una de las características principales de dichos modelos.

Las Reglas de Beijing fueron un gran paso en las exigencias a la justicia juvenil, pero debemos tener en consideración que este documento fue escrito hace 20 años por lo que existen reglas que están entre el modelo de protección y el modelo de responsabilidad. Es por eso que interpretarlo correctamente dependerá de la política

criminal que quiera usar el Estado, la cual corresponderá a los intereses políticos del momento.

Es en el sistema de justicia restaurativa en donde las Reglas de Beijing parecieran tener una aplicación más acertada, pues cumple con el principal objetivo de la justicia de jóvenes cual es la mínima intervención judicial, el principio de proporcionalidad, la prisión de libertad como último recurso y la remisión de casos a cargo de órganos no judiciales. A diferencia del modelo de responsabilidad que recurre principalmente a los tribunales formales.

11 REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD.

Este documento fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/113 del 14 de Diciembre de 1990. Comienza con un preámbulo denominado Perspectivas Fundamentales, una segunda parte llamada Alcance y Aplicación de las Reglas, un tercer acápite denominado Menores Detenidos o en Prisión Preventiva, el cuarto que se refiere sobre la Administración de los Centros de Menores, acápite en que se extiende con mayor profundidad la presente convención, y el último, que se refiere al personal.

En general el documento se encarga de establecer las guías mínimas que debiera cumplir cualquier sistema de justicia de menores, en el cual se establezca la privación de libertad como medio para enfrentar la delincuencia juvenil, así en el número 11 letra b define: *“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”*. Por tanto cualquier sanción

que cumpla estas características será privativa de libertad, esto guarda estrecha relación con la exigencia hecha por la CDN, al establecer la privación de libertad como medida de último recurso y por el menor tiempo posible, pues define claramente que es lo que se debe evitar.

El texto hace referencia nuevamente a este principio en los aspectos fundamentales, reforzando aún más las exigencias del debido proceso de las Reglas de Beijing como requisito previo a cualquier privación de libertad. Además agrega que la duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo, ya que la idea es causar un menor grado de intervención estatal.

Otra exigencia que resulta relevante es la del número 17 la cual dispone: “Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

Este es un punto conflictivo ya que en la mayoría de los países los jóvenes infractores son destinados a un mismo recinto, sin distinguir si están en procedimiento o ya han sido condenado, al no disponer de los recursos necesarios para separarlos. Pero más grave aún es cuando son destinados a cumplir condena en los mismos recintos de adultos separados muchas veces por distintas salas, pero bajo la

supervisión de los mismos encargados del recinto, rompiendo claramente cualquier especialidad o fin educativo de la sanción impuesta.

El número 18 letra b plantea la posibilidad a estos jóvenes de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, sin ser obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación. Esta disposición tiene sentido en aquellas legislaciones donde los procesos son excesivamente lentos o se establecen largas condenas.

En lo que respecta a aspectos administrativos, con especial consideración a registro, desplazamiento, y traslado de los jóvenes, el llamado de este instrumento es a ser rigurosos en todo los datos relativos a la internación de un menor indicando que deberán contener la identidad del menor, circunstancias del internamiento, motivo y autoridad que lo ordenó, día y hora del ingreso, traslado, y de la liberación, detalles de las notificaciones a padres o tutores, detalles de problemas de salud, etc. Estas exigencias de registros también se hacen a cualquier actuación durante el cumplimiento de condena, con la finalidad de no permitir que ocurra ninguna vulneración a sus derechos y que de presentarse cualquier anomalía en el proceso quede algún indicio.

Posteriormente las reglas tratan como debieran ser cumplidas las exigencias de clasificación y asignación dentro de los centros, el medio físico y alojamiento de los jóvenes, con especial énfasis a los aspectos de higiene, seguridad, y comodidad para el respeto a la dignidad e intimidad de los jóvenes reclusos. Además establece como garantías la educación, formación profesional y trabajo, derecho a la atención médica, derecho a practicar su religión sin limitación alguna, derecho a la recreación entre otros.

Así en términos generales las reglas para la protección de los menores privados de libertad, en cada una de sus exigencias, refuerza su objetivo el cual es el establecimiento de normas mínimas que resulten compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales de manera de disminuir los efectos perjudiciales de todo tipo de privación de libertad y fomentar la integración en la sociedad, por lo que se reitera a lo largo de diferentes artículos la necesidad de mantener el contacto con la comunidad y la familia, pues son aspectos fundamentales para una correcta integración en la sociedad. Lo anterior se materializa en los números 59 y siguientes que disponen, entre otras cosas, lo necesario que es el contacto del menor con la sociedad y con su círculo más cercano y familiar, también el contacto con instituciones educativas que tiendan a rehabilitar al menor y la posibilidad de otorgar permisos especiales para que puedan salir a actividades de dichas instituciones.

Otro de los aspectos más relevantes que trata el documento es la limitación de la coerción física y del uso de la fuerza que debe operar de manera excepcional y nunca con el objetivo de causar un castigo. Sólo ha de ser empleada cuando esté en riesgo la integridad de los demás menores internos, del personal o de las instalaciones. Esta coerción se aplicará de forma proporcional a la agresión que cometa el menor, y con el sólo fin de evitar el daño eventual.

En relación a los procedimientos disciplinarios, el llamado es a enfocarlos a una vida ordenada para mantener la seguridad, pero siempre orientada al respeto y dignidad de los jóvenes, teniendo siempre en cuenta que se busca la reinserción del niño en el tratamiento por lo que quedan prohibidas todas las medidas que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante.

Además se exige que las conductas que sean contrarias al ordenamiento interno sean tipificadas con anterioridad y se cree un procedimiento especial para la aplicación

de sanciones disciplinarias que deberán ser acordes con las exigencias anteriormente mencionadas. Esta preocupación por regular los procedimientos disciplinarios da cuenta de lo represivo que resulta tener a los menores privados de libertad, por eso el llamado a los Estados acerca de lo rigurosos que deben ser al regular esta materia.

Especialmente estarán prohibidos los castigos corporales, la reclusión del menor en celda oscura, aislamiento en celda solitaria, restricción de alimentos que puedan poner el peligro su salud física o mental, así como prohibirles el contacto con sus familiares.

Al igual que el resto de los instrumentos estas reglas exigen cumplir con criterios de especialidad en materia de infancia y juventud a los funcionarios encargados de la administración y manutención de los centros, en especial a los que tienen contacto directo con los jóvenes, por lo que exige que todo personal deberá estar debidamente calificado y capacitado para lograr el mejor trabajo con los menores, logrando los objetivos propuestos con los niños, de tal forma que se deberá seleccionar al personal según su idoneidad, propiciando su incorporación a estos organismos mediante sueldos suficientes que permitan generar una carrera funcionaria en esta área. También dispone que se deberá contar con un número suficiente de especialistas como educadores, instructores profesionales, asesores, asistentes sociales, siquiátras, psicólogos y otros especialistas que deberán formar parte del personal permanente.

También es importante mencionar que se establece la inspección de los centros como un procedimiento que debe realizarse con la mayor frecuencia posible, en los cuales los inspectores podrán realizar visitas sin previo aviso y tendrán acceso a todas las instalaciones de las dependencias del centro, para lograr el cumplimiento de los objetivos de las políticas de tratamiento de los menores en conflicto con la ley. Las visitas mencionadas con anterioridad deberán estar integradas con funcionarios médicos para constatar si se cumple con condiciones que preserven la salud física y

mental de los menores, oportunidad en que los internos podrán entrevistarse sin censura de ningún tipo. Una vez concluida la supervisión, los inspectores deberán realizar un informe detallado de su visita en donde se exprese si se cumplen o no con las condiciones de la normativa vigente.

En conclusión podemos establecer que cualquier marco jurídico en el que se establezca la privación de libertad, debe realizar los máximos esfuerzos por ajustarse a estas reglas para los menores privados de libertad dado lo perjudicial que resulta el sistema carcelario. Ya esta demostrado en el sistema de adultos donde las condiciones infrahumanas que se viven en las cárceles hacen imposible una reinserción positiva en la sociedad, agravando más la situación de marginalidad de estas personas. Para finalizar no debemos olvidar que toda la normativa internacional llama a evitar la privación de libertad de los jóvenes, por lo que estas reglas tienen el carácter de excepcionales y de último recurso; las mismas reglas lo recuerdan en sus orientaciones fundamentales.

12 DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (DIRECTRICES DE RIAD).

Las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990. Esta nace en el octavo congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. Si bien desde 1955 las Naciones Unidas organizaron congresos sobre la prevención de la delincuencia y el tratamiento de los delincuentes, nunca antes se materializaron los aportes de los expertos en ningún documento. La razón para crear estas directrices es la exigencia número 1 de las Reglas de Beijing, que establecen como requisito a cualquier sistema de justicia juvenil la prevención, antes que la judicialización y además se exigió la investigación, planificación y

formulación de políticas para la prevención de la delincuencia juvenil. Es por esto que el año 1988 se reunieron en Riad, capital de Arabia Saudita, representantes de gobiernos, especialistas en prevención de la delincuencia, catedráticos de derecho penal y algunas ONG vinculadas al tema. De este congreso surgieron también las Reglas para la protección de menores privados de libertad, documento que analizaremos más adelante.

Las directrices, al igual que el resto de los instrumentos de las Naciones Unidas sobre la justicia de menores, no son vinculantes para los Estados, pero establecen bases para la interpretación en el marco de todos los instrumentos de Naciones Unidas y de las normas relativas a los derechos, los intereses y el bienestar de los menores y los jóvenes. Así lo dispone la directriz II, sobre el alcance de estas exigencias. Lamentablemente en este mismo apartado el número 8 dispone también que estas *“deben aplicarse en el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada uno de los Estados miembros”*, lo que da paso a que toda iniciativa o buena voluntad para solucionar el problema de la delincuencia quede en nada al invocar constantemente la falta de recursos estatales para llevar a cabo las políticas sobre infancia, y en especial políticas para la prevención de la delincuencia juvenil.

Las directrices para tratar el tema de la prevención hacen exigencias a distintos ámbitos en la vida del menor como familia, colegio y comunidad; así como al Estado entendido en sus tres poderes. También hace el llamado a los medios de comunicación a proporcionar información apropiada para su desarrollo y dar a conocer la contribución positiva de los jóvenes en la sociedad. Claramente este último punto no es tomado en cuenta por las legislaciones internas, ni siquiera es materia de debate público general, ya que es notorio como los medios de comunicación utilizan la delincuencia juvenil como un medio de atención para captar audiencia. Existen casos graves de violación a la protección de identidad de los menores de edad, perjudicándolos para el resto de sus vidas, como por ejemplo el caso inglés, de los jóvenes Jon Venables y Robert

Thompson, quienes luego de cumplir la condena por el asesinato de un niño de dos años, seguían siendo acosados por la prensa y la sociedad en general; estos jóvenes tuvieron que cambiar de nombre y trasladarse a otra parte del país¹³⁸.

Pasando a las exigencias en relación a los Estados, las Directrices llaman a crear políticas de prevención general. Estas deben consistir en “planes generales de prevención en todos los niveles de gobierno” y debería incluir entre otras cosas mecanismos para coordinar los esfuerzos realizados por los organismos gubernamentales y no gubernamentales; supervisión y evaluación continuas; participación comunitaria mediante un amplio abanico de servicios y programas; cooperación interdisciplinaria; /participación de los jóvenes en las políticas y procesos de prevención¹³⁹.

Luego la directriz número 10 refuerza esta idea al disponer que “deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en situaciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo

¹³⁸ Este es uno de los casos más emblemáticos de la historia de la justicia penal juvenil de Inglaterra, ya que los jóvenes al momento de cometer el crimen tenían apenas 10 años de edad, la prensa los tildó de monstruos, además de mostrar sus rostros en las primeras planas de todos los periódicos. Los hechos ocurrieron en el año 1993, la condena de estos jóvenes fue aumentada de 8 a 10 años, según más alarde se hacía de esto en la prensa, la pena final fue de 15 años. El caso fue llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual determinó que en el procedimiento hubo demasiadas irregularidades y además que transcurridos ya ocho años, era tiempo suficiente para el cumplimiento de condena, por lo que en el año 2000 fueron puestos en libertad.

¹³⁹ **CAPPELAERE**, Geert, “*Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*”, en “Directrices de RIAD”, pág. 3. Disponible en http://www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf (sitio visitado el 05.07.2007).

personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración”.

Con esto queda claro que el principal objetivo de este instrumento es mejorar la situación de la infancia en general, pues mejorando la calidad de vida se atacan las principales causas de la delincuencia juvenil: pobreza, falta de oportunidades y marginalidad. Por eso el llamado a desarrollar políticas públicas en las áreas de educación, atención médica, salud mental, vivienda y trabajo infantil que hace la directriz número 45.

Este objetivo tan claro sobre prevención que hacen las directrices del RIAD, es fácilmente olvidado cuando se legisla sobre responsabilidad penal, pues no se considera que estas políticas no son cumplidas por los gobiernos, sólo hacen patente un supuesto aumento de la delincuencia juvenil y la necesidad de castigo o la responsabilización de sus actos, sin tomar en cuenta que el gobierno no está cumpliendo exigencias básicas necesarias para el desarrollo de la juventud y el respeto a los derechos de la infancia.

En nuestro país sólo a partir de este milenio se han realizado reformas administrativas y legislativas para la protección de los derechos de la infancia, entre ellos esta la creación de los Tribunales de Familia, los cambios en el SENAME, la obligatoriedad de la enseñanza media completa, derecho a sala cuna, etc. Cuestiones que si bien son un avance, claramente no mejoran del todo la situación de la infancia pues las diferencias de ingresos, la mala calidad de los sistemas de salud y educación pública siguen siendo preocupantes; a esto debemos sumar que la preocupación de los dos últimos gobiernos ha sido la primera infancia. Respecto a los jóvenes la preocupación sólo apunta a la prevención del uso de drogas y el embarazo juvenil, olvidando importantes temas como el futuro laboral de los jóvenes. De más está decir

que nuestra legislación sobre responsabilidad penal juvenil está lejos de la prevención, dada sus características represivas y en exceso sancionatorias.

Una de las exigencias más novedosas que hace este instrumento es la del número 57 el que dispone que “debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. El mediador u otro órgano designado supervisarían además la aplicación de las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de libertad. El mediador u otro órgano publicarían periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de aplicación. Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño”.

Este mediador encargado de la defensa judicial de los niños, podríamos de cierta forma identificarlo con el SENAME, pero lamentablemente este es un órgano estatal que está encargado de la protección de toda la infancia, no solamente de jóvenes infractores de la ley, por lo que difícilmente podría cumplir con todas las exigencias que pide esta directriz, sobre todo por depender económicamente del gobierno, cuestión que no le permite independencia para criticar las decisiones estatales. Aspecto que se puso en evidencia con la huelga de sus trabajadores en junio de este año ante la puesta en marcha de la ley 20.084. Esta huelga se debió a la falta de recursos materiales y humanos para llevar a cabo esta reforma.

En resumen las directrices del RIAD ponen a la prevención en manos de todos los entes sociales y gubernamentales, aclarando que gran parte del problema se debe a la falta de herramientas que den a los jóvenes la posibilidad de evitar el mundo de la delincuencia juvenil.

En general esto ha sido cumplido a medias en todas partes del mundo, pues a nivel internacional se ve como una solución al problema el aumentar las sanciones y bajar la edad de responsabilidad a pesar de todas las exigencias internacionales. El aporte de las directrices en relación a las reglas de Beijing es que deja mucho más claro la idea de que los niños y jóvenes son sujeto de derechos, ya que llama a los estados a cumplir con las exigencias que se desprenden para el cumplimiento de sus derechos. Lamentablemente la infancia y juventud es constantemente ignorada a la hora de destinar los recursos estatales suficientes para llevar a cabo las políticas públicas, prefiriendo destinar recursos a otras áreas.

13 REGLAS MÍNIMAS DE NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Estas son reglas son comúnmente conocidas como “reglas de Tokio”, por haber sido concebidas en dicha ciudad asiática, fue aprobada por La Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45-110, del 14 de diciembre de 1990. Si bien este instrumento está orientado a la justicia penal en general, es relevante a nuestro tema pues plantea las medidas alternativas como regla general, que es lo exigido por la CDN para la justicia penal de adolescentes.

Entre los instrumentos internacionales que se tuvieron en cuenta para la redacción de este texto, está La Declaración Internacional de Derechos Humanos y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también se consideraron distintas

resoluciones aprobadas por Naciones Unidas sobre derechos a favor de las personas privadas de libertad¹⁴⁰.

Este instrumento surge de la necesidad de elaborar modelos internacionales de reglas mínimas, con el fin de ser aplicados en las legislaciones internas en materia de normas no privativas de libertad sobre infractores de la ley penal¹⁴¹. Esta necesidad surge de la conciencia mundial que se ha ido desarrollando acerca de la realidad carcelaria de los diferentes países, en vista a las diferentes problemáticas que ha llevado a un aumento exponencial de la población carcelaria, dificultando aún más todo intento re-habilitador dadas las condiciones de hacinamiento, lo que a su vez lleva a que se infrinjan importantes aspectos de las normas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos privados de libertad.

Además de que resulta patente que la cárcel no es la solución al fenómeno de la delincuencia ya que esta se mantiene como un fenómeno constante en la población, y por otro lado los estudios demuestran que la población carcelaria está compuesta por determinados sectores sociales: en primer lugar corresponde a gente de escasos recursos encerrada principalmente por delitos contra la propiedad y delitos relacionados con drogas, luego se dirige a un sector aún más específico, formado por extranjeros y su descendencia, a los miembros de los pueblos originarios, por ejemplo,

¹⁴⁰ También se tuvo presente para este instrumento lo realizado por El Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, así como por la Reunión Preparatoria Interregional para el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente acerca del tema II, "Políticas de justicia penal en relación con los problemas de la pena de prisión, otras sanciones penales y medidas sustitutivas", y por las reuniones preparatorias regionales para el Octavo Congreso sobre esta materia; como así mismo con la aprobación de el instituto de Naciones Unidas en Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente por la labor cumplida en la preparación de las reglas mínimas sobre medidas no privativas de la libertad y con la labor preparatoria de la Fundación Internacional penal y penitenciaria, además de otras instituciones gubernamentales y no gubernamentales que también contribuyeron en la elaboración de estas reglas modelo

¹⁴¹ Naciones Unidas, Cesi3n Plenaria 68ª, 14 de diciembre de 1990.

Estados Unidos es el país con la población carcelaria más grande en el mundo, por cada 100 mil habitantes hay 730 con sanciones privativas de libertad y de este número la gran parte corresponde a la población latina y la población afroamericana, con un 18 y 48% respectivamente, según el Centro Internacional de Estudios sobre Prisiones¹⁴².

Por estas razones, entre muchas otras se considera que las medidas no privativas de libertad, deben ser la regla general y dejar la privación de libertad para delitos realmente graves. Las medidas alternativas son la solución cuando son debidamente controladas en cuanto a su ejecución, resultando totalmente ventajosas para un tratamiento eficaz para el infractor y provechoso para la sociedad, ya que el individuo no es sacado de esta, pero es sancionado de todas formas.

Las reglas al igual que el resto de los instrumentos deberán ser aplicadas por los países firmantes teniendo en cuenta las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales y las tradiciones de los distintos países, razón que finalmente lleva a obviar siempre estos instrumentos, ya que los legisladores ven estas palabras como eximentes para la no ejecución.

La incorporación a la legislación nacional debe ser a través de la política criminal, los Estados deben encargarse de hacer conocer estas reglas especialmente a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, fiscales, jueces, funcionarios encargados de la libertad condicional, abogados, víctimas, delincuentes, servicios sociales y organizaciones no gubernamentales interesadas en la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como de los miembros del poder ejecutivo, la legislatura y el público en general; por su rol activo en la rehabilitación y prevención de los delitos.

¹⁴² Información disponible en <http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/espanol/home.html>

Las reglas se estructuran de la siguiente manera: una primera parte sobre Principios generales entre los que se encuentran los objetivos fundamentales, alcance de las medidas no privativas de libertad, salvaguardias legales, cláusulas sobre salvaguardias; dentro de estas destaca la disposición 2.3 que dispone: *“A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”*. Lo que marca en definitiva el espíritu general del texto, ya que recalca la mínima intervención penal como meta y además agrega que la utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, cuestión que en todo caso es poco aceptada por la generalidad de los Estados, pues la tendencia actual es ampliar el derecho penal a muchas áreas y un aumento sistemático de sanciones.

En lo referente la nomenclatura involucrada, una en particular es cuestionable referente a la denominación de “delincuente” que aparece en el punto 2.1 de las presentes reglas¹⁴³, pues al ser aplicadas estas reglas a personas acusadas, procesadas y condenadas por delitos, que en si no son graves, por lo que el término delincuente es poco acertado pues podría confundirse a estas personas con otras que sí cometieron crímenes de alta peligrosidad, lo que no ayudaría a evitar o disminuir los efectos discriminatorios de la sanción penal alternativa.

¹⁴³ La disposición 2.1. establece: Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán “delincuentes”, independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados.

Las reglas establecen disposiciones tanto previas al juicio, como durante y posterior a este, destaca que la privación de libertad debe ser medida de ultimo recurso, y de no ser posible que esta dure el menor tiempo posible y pueda ser sustituida por otra. En cuanto a las sanciones alternativas que llama a considerar en el juicio son:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;
- e) Incautación o confiscación;
- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliario;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Como se puede apreciar algunas de estas sanciones alternativas son de carácter económico, que en el caso de los adultos no resulta cuestionable, pues estos cuentan

con patrimonio o bien los medios para obtenerlos, así responder por sus actos. Pero en el caso de la justicia juvenil, son los padres los que responden económicamente por los hechos de sus hijos, luego la sanción se hace extensiva a estos. Por otra parte de no carecer la persona con los medios económicos se entiende que deberían cumplir con alguna sanción alternativa que no sea más gravosa.

Luego la regla número 9 establece las medidas a adoptarse después del procedimiento. Entre sus disposiciones destaca que debe establecerse una serie de medidas sustitutivas a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social. Se mencionan los permisos y centros de transición, liberación con fines laborales o educativos, distintas formas de libertad condicional, la remisión de condena y el indulto.

El resto de las disposiciones se refiere a la aplicación de las medidas, al personal, voluntarios y otros recursos comunitarios, finalmente a la investigación, planificación y formulación y evaluación de políticas al igual que el resto de los instrumentos para fomentar estas medidas.

Podemos concluir que estas medidas van enfocadas a solucionar una parte importante del problema de la delincuencia, que es disminuir la privación de la libertad, ya que las cárceles producen importantes problemas por una parte no presentan los adecuados sistemas de resocialización del individuo y las condiciones de hacinamiento, falta de servicios básicos, que hacen imposible que estos funcionen en caso de existir; también se produce una especie de escuela delictual, pues entre los reos es habitual que se enseñen las técnicas de delinquir, por lo se acostumbra que las personas con un prontuario menor de delitos o “primerizos”, estén separados del resto, pero aún así esto no logra sus objetivos en ninguna parte del mundo.

Una vez cumplida la condena la cárcel sigue presentando problemas dada la estigmatización que sufren las personas, pues encontrar un puesto de trabajo resulta en extremo dificultoso, incluso a personas con delitos menores, lo que hace más factible el camino a la delincuencia.

Si pensamos lo nocivo que es la cárcel para un adulto, resulta mas grave para un joven en plena formación de su identidad. Por eso toda la normativa mundial trata de evitar la privación de libertad, pero en definitiva el énfasis de la normativa penal internacional se enfoca a detener el expansionismo del derecho penal.

Por esto si consideramos que estas reglas son aplicadas a los adultos, podemos deducir que un sistema de responsabilidad para adolescentes, debiera otorgar mejores garantías y más sanciones alternativas. Lamentablemente estas reglas tienen casi nula aplicación mundial, al igual que el resto de los instrumentos; por esto el derecho penal sigue siendo la principal herramienta para el control social de la delincuencia. Al comparar estas exigencias con las requeridas para un modelo de responsabilidad penal juvenil, no hay mayores diferencias, lo que demuestra que el criterio de especialidad, es sólo una formalidad, ya que en definitiva es simplemente un derecho de adultos minorizado para adolescentes.

14 DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO “SOBRE LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL, LOS MODOS DE TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL Y EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA”.

El Comité Económico y Social Europeo (CESE) fue creado en 1957 y podría decirse que es el inicio del proceso de la unificación europea. Surgió con la finalidad de representar los intereses de los distintos grupos económicos y sociales de Europa. Este comité participa activamente a través de dictámenes sobre distintos temas que son parte en el proceso de elaboración de las políticas y de preparación de las decisiones comunitarias. En este comité la sociedad civil participa activamente pues el CESE está conformado tanto por representantes del área empresarial, laboral y de diversas actividades como defensores de minorías sexuales, ONG, agrupaciones medio ambientales, etc. Es así como el CESE, el 15 de marzo de 2006, aprobó este dictamen sobre delincuencia juvenil, frente a una exigencia de la comunidad europea preocupada por el nulo avance de la justicia juvenil, donde tanto los jóvenes como las víctimas sufren de sistemas que no los benefician en nada.

El texto en general se enfoca al desarrollo de respuestas efectivas que habrán de construirse, principalmente sobre tres pilares o líneas de acción: prevención, medidas sancionatorias educativas e integración y reinserción social de los menores y jóvenes infractores¹⁴⁴. El dictamen presenta el fenómeno de la delincuencia como un problema real, que no se combate simplemente con la respuesta del derecho penal. Para esto llama a la prevención e indica las causas de la delincuencia juvenil, donde por primera

¹⁴⁴ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *Sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la Unión Europea*, pág. 1.

vez se reconoce formalmente la pobreza y la marginalidad como una de las causas del problema en el número 2.1.2.

Luego de indicar las distintas causas de la delincuencia, hace un pequeño bosquejo histórico acerca de los modelos de justicia juvenil a lo largo de la historia europea, en el cual indica que la mayoría de los países ha adherido a un sistema de responsabilidad, también realiza un aporte al mencionar las nuevas tendencias en la justicia juvenil, en especial respecto de la justicia restaurativa. Sin embargo, realiza algunas críticas a este modelo pues lo acusa de disponer medidas dirigidas a la capacidad económica de los padres, como las multas o la compensación al daño causado. Otro problema es que a pesar de disponer sanciones no privativas de libertad, los jueces europeos siguen prefiriendo el enfoque más represivo.

Este comité expresó también las problemáticas de las diferentes legislaciones. Entre estas menciona el endurecimiento de las penas, la elevación de las sanciones máximas aplicables, la internación en regímenes cerrados y la exigencia de responsabilidad a los padres del menor. Bajo esta perspectiva el CESE llama a crear un marco europeo sobre la justicia juvenil que sea una guía para las futuras legislaciones, teniendo por objetivo general la prevención y que los sistemas judiciales consigan la protección, reeducación y reinserción de los jóvenes en la sociedad. Para lograr este objetivo llama tanto a los Estados de la Unión Europea así como a las diferentes organizaciones sociales a elaborar políticas en conjunto y no de forma desorganizada, como ha sido hasta ahora.

Estas políticas deben basarse en datos cuantitativos, actualizados y comparables para no enfocarse sólo en el campo jurídico sino que integrar las diversas ciencias del comportamiento humano. Por último, llama a aplicar dentro de las legislaciones los artículos 37 y 40 de la CDN así como también las demás directrices internacionales de

la materia para establecer los criterios mínimos que permitan avanzar en la solución del problema.

El aspecto más novedoso que otorgó este instrumento es la propuesta para crear una red de expertos con conocimiento de las distintas realidades de los países europeos en relación a la legislación, buenas prácticas y situación de la juventud. Propuso también la creación de un observatorio de justicia juvenil europeo para facilitar el estudio, asesoramiento y apoyo a las instituciones y autoridades competentes. Actualmente existe una fundación de origen belga llamada Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, en la cual se desarrolla un saber interdisciplinario de información, comunicación, análisis y propuesta en relación con los diferentes ámbitos que afectan al desarrollo de la justicia de menores en el mundo.

CAPITULO IV: ANÁLISIS DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE.

15 NOCIONES PRELIMINARES.

La ley 20.084 está compuesta de un título preliminar, que enmarca las directrices básicas de la normativa nacional: este título lo forman los artículos del 1 al 5. El título primero trata sobre las consecuencias de la declaración de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley Penal, tiene 5 párrafos, que van del artículo 6 al 26, el título segundo trata sobre el procedimiento. El título tercero trata sobre la ejecución de las sanciones y medidas, está compuesto de tres párrafos que van del artículo 27 al 55, el título final versa sobre distintas materias entre ellas el conocimiento de las faltas por parte de tribunales de familia y su procedimiento, modificaciones a otras leyes a raíz de la vigencia de esta ley, como el Código Penal, el Código Orgánico de Tribunales, la ley de menores, etc. En total la ley consta de 70 artículos, más 4 artículos transitorios.

Además el marco jurídico nacional está compuesto por el reglamento de esta ley, que fue publicado el 25 de abril de este año, por decreto 1378 de 2006. Este está compuesto por 161 artículos divididos en 8 títulos, las materias que tratan dan aplicación concreta a la ley 20084, entre ellas destacan la función que cumple el Servicio Nacional de Menores en la materia, el tratamiento aplicable a la rehabilitación al consumo de drogas y alcohol, disposiciones para los centros privativos de libertad, los centros y programas no privativos de libertad y para las secciones juveniles en establecimientos penitenciarios a cargo de Gendarmería.

Por último también forman parte del marco jurídico los distintos instructivos del Ministerio Público, que refuerzan o aclaran lo establecido en la ley. Hasta el momento existen 27 entre ellos destacan el Oficio FN N° 719 del 7 de diciembre de 2005, acerca de los antecedentes generales y fundamentos del nuevo sistema y el Instructivo N°9 mediante Oficio N°636 de 7 de Mayo de 2007 que contiene normas de determinación de las penas¹⁴⁵.

¹⁴⁵ las materias de los instructivos son las siguientes:

- 1) Antecedentes generales y fundamentos del nuevo sistema (Oficio FN N°719 de 07 de diciembre de 2005).
- 2) Ejercicio de la acción penal en materia de delitos sexuales cometidos por adolescentes. Art. 4° de la Ley 20.084. (Oficio FN N°736 de 14 de diciembre de 2005).
- 3) Procedencia de la detención y control de la detención de los adolescentes. Oficio N° 511 de 23 de abril de 2007. Instructivo N°7 letras d) y e).
- 4) Obligación de poner a disposición del tribunal a los adolescentes detenidos. Oficio N°636 de 7 de Mayo de 2007, Instructivo N°9.
- 5) Régimen de detención de los adolescentes. Oficio N° 511 de 23 de abril de 2007. Instructivo N°7.
- 6) Declaración del adolescente y actuaciones durante la detención. Oficio N° 511 de 23 de abril de 2007, Instructivo N°7 letra c) y Oficio N°636 de 7 de Mayo de 2007, Instructivo N°9.
- 7) Comunicación a los padres o a quien tenga al adolescente a su cuidado Oficio N° 511 de 23 de abril de 2007. Instructivo N°7 letra g).
- 8) Medida cautelar personal de los adolescentes. Oficio N° 511 de 23 de abril de 2007. Instructivo N°7 letra f).
- 9) Medidas de protección y reincidencia. Oficio N°636 de 7 de Mayo de 2007 que contiene el Instructivo N°9.
- 10)- Régimen de penas Oficio FN N°139, que contiene instructivo N°3
- 11) Penas accesorias Oficio N°488 de 17 de Abril de 2005 Instructivo N°5 y Oficio N°594 de 2 de Mayo de 2007 que contiene el Instructivo N°8.
- 12) Criterios diagnósticos para la determinación de la pena más idónea (Información diagnóstica del SENAME). Oficio N°594 de 2 de Mayo de 2007 que contiene el Instructivo N°8.
- 13) Reglas sobre sustitución de penas. Oficio FN N°139, que contiene instructivo N°3, Oficio N°488 de 17 de Abril de 2005 Instructivo N°5 , Oficio N°648 de 9 de Mayo de 2007 y Oficio N°648 de 9 de Mayo de 2007, Instructivo N°10.

Este capítulo tiene por objeto analizar los núcleos que a nuestro juicio resultan problemáticos en cuanto la ley, ya que los puntos que trataremos no se condicen con los principios básicos de un estado democrático de derecho, por no estar acorde con la finalidad de un derecho penal especial para adolescentes y por otra parte por la nula importancia de los tratados internacionales para la dictación de esta ley. A través de este análisis pretendemos dilucidar la política criminal inserta en nuestro modelo de justicia con mayor profundidad.

-
- 14) Reglas de suspensión de penas. Oficio FN N°139, que contiene instructivo N°3, Oficio N°648 de 9 de Mayo de 2007 y Oficio N°648 de 9 de Mayo de 2007, Instructivo N°10.
 - 15) Reglas de remisión de de penas. Oficio FN N°139, que contiene instructivo N°3, Oficio N°648 de 9 de Mayo de 2007 y Oficio N°648 de 9 de Mayo de 2007, Instructivo N°10.
 - 16) Salidas tempranas y salidas alternativas. Oficio FN N°484, contiene instructivo N°4 de la ley N°20.084.
 - 17) Beneficio de salida. Oficio N°636 de 7 de Mayo de 2007 que contiene el Instructivo N°9.
 - 18) Justicia especializada. Oficio N°636 de 7 de Mayo de 2007 que contiene el Instructivo N°9
 - 19) Procedimientos. Art. 27. Oficio N°488 de 17 de Abril de 2005 Instructivo N°5
 - 20) Tratamiento de cuasidelitos. Oficio N°488 de 17 de Abril de 2005 Instructivo N°5.
 - 21) Medidas de seguridad a enajenados mentales Oficio N°488 de 17 de Abril de 2005 Instructivo N°5.
 - 22) Determinación de la edad del imputado Oficio N° 511 de 23 de abril de 2007. Instructivo N°7.
 - 23) Ley aplicable según la edad al inicio de ejecución y consumación. Oficio N°495 de 17 de abril de 2007. Instructivo N°6.
 - 24) Reserva de identidad del imputado Oficio N° 511 de 23 de abril de 2007. Instructivo N°7 letra h).
 - 25) Centros cerrados y semicerrados Oficio N°594 de 2 de Mayo de 2007 que contiene el Instructivo N°8.
 - 26) Imposición de penas más favorables antes de vigencia de la ley. Artículo 18 del Código Penal. Oficio FN N°139, que contiene instructivo N°3.
 - 27) Aplicación retroactiva de la Ley 20,084. Oficio N° 653 de 11 de Mayo de 2007.

16 DISPOSICIONES GENERALES EN LA LEY 20.084.

La ley 20.084 en su Título Preliminar establece una serie de normas de aplicación general a todo el sistema de responsabilidad penal juvenil que con esta ley se crea. Disponiendo sobre el contenido de la ley, el principio del interés superior del niño, los límites de edad a la responsabilidad, una norma especial para los delitos sexuales cometidos por adolescentes y la prescripción.

De ellas podremos desprender los principales lineamientos político-criminales que han tenido los poderes ejecutivo y legislativo en la creación de un sistema de responsabilidad penal adolescente.

16.1 REMISIÓN AL CÓDIGO PENAL Y LEYES PENALES ESPECIALES.

El artículo 1º de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante LRPA) establece el contenido de ella, este es, regular la responsabilidad penal de los adolescentes que cometan delitos, el procedimiento para su averiguación y establecimiento de su responsabilidad, determinación de las sanciones que procedan y la ejecución de éstas. Además, señala en su inciso segundo que en lo no previsto por ella supletoriamente se le aplicarán las normas del Código Penal y las de las leyes penales especiales. Por último, en su inciso tercero trata el régimen de las faltas.

El inciso 2º del artículo 1º de la ley señala que: *“En lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.”* En este sentido debemos avocarnos a determinar qué conductas realizadas por los jóvenes de entre 14 y 18 años son las que el legislador ha

buscado sancionar penalmente. Sin embargo, la respuesta no está en la propia ley, sino que en el Código Penal y en las leyes penales especiales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, puesto que en el articulado de la LRPA no se estableció un catálogo especial o específico para los jóvenes y consecuentemente podrán ser responsables de los mismos crímenes y simples delitos que los adultos. Por lo tanto, podemos señalar que estamos en presencia de una remisión expresa a los crímenes y simples delitos que se encuentran tipificados en el Código Penal y en las leyes penales especiales.

La decisión de hacer responsables a los adolescentes por los mismos crímenes y simples delitos que la ley penal hace responsables a los adultos no se condice con un derecho penal mínimo, el que a nuestro juicio debiera servir de marco esencial para enfrentar las conductas desviadas de los jóvenes. Si no desconocemos que la implantación de este modelo de justicia juvenil en Chile, así como en cualquier parte del mundo constituye necesariamente la intervención de un mecanismo de control social formal que es violento per se podemos reconocer las ventajas de aplicar un sistema de justicia juvenil inserto en el derecho penal mínimo, que como señala LUIGI FERRAJOLI *“resulta ser un sistema menos gravoso y más respetuoso del adolescente, en tanto el derecho penal juvenil ha de ser utilizado extrema ratio, en el que se despenalicen totalmente los delitos cometidos por los niños -cuestión que en principio se cumpliría en nuestra legislación al definir como límite de edad para la inimputabilidad los catorce años- y despenalizando la delincuencia pequeña y bagatelar de los adolescentes, cuestión que no ha ocurrido con esta ley y que como veremos al tratar la especial situación de las faltas penadas por esta ley, apreciaremos que van en un sentido totalmente opuesto. También porque un sistema penal juvenil inserto dentro del paradigma del derecho penal mínimo significaría el riguroso respeto de todas las garantías penales y procesales y, además, la minimización de las penas juveniles”*.

En síntesis, debiera consistir en “*un derecho penal juvenil dotado de las mismas garantías que el derecho penal de adultos pero menos severo, tanto en la tipificación de los delitos cuanto en la cantidad y calidad de las sanciones*”¹⁴⁶.

Además, la inexistencia de un catálogo de delitos específicos para los adolescentes constituye pasar por alto la consideración de los menores de edad como sujetos en etapa de desarrollo que requieren un especial cuidado y atención dadas las características especiales que los configuran como personas en estado de desarrollo. Según Juan Bustos el fundamento de esta especialidad o autonomía del sistema penal de adolescentes respecto al de adultos tiene un doble carácter que está dado por “*el hecho que el Estado tiene un deber especial de protección del niño, esto es, un deber en relación a su desarrollo integral como persona, esto es, educación, salud, habilidades, capacitación, etc. Y por otra parte, la diferencia de necesidades del niño frente al adulto, lo que implica a su vez, una diferenciación en relación al reconocimiento de derechos y a su ejercicio.*”¹⁴⁷

El legislador debió atender a las especiales características de niños y adolescentes como sujetos en desarrollo y desde allí partir, junto con la ponderación de los más importantes bienes jurídicos, a establecer las conductas que debían ser tipificadas en específico para ellos, todo esto dentro del marco del derecho penal mínimo.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Prefacio de documento Infancia, Ley y Democracia, que contiene el Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal*, UNICEF/Ministerio de Justicia. Julio, 1998. pág. XIII.

¹⁴⁷ BUSTOS, Juan. *El Derecho Penal del Niño-Adolescente*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007. pág.16.

Un catálogo de delitos especiales para los jóvenes, apunta a sancionar solo los delitos, que resultan ser más gravosos para la sociedad, esto toda vez que se vea involucrada la indemnidad física de las personas, así un catalogo especial estaría compuesto de los delitos de violación, homicidio, lesiones graves y robo con violencia. El resto de los delitos en principio no debieran ser sancionados, o por lo menos buscar soluciones extrajudiciales para su persecución ya que como sabemos la intervención punitiva del Estado causará graves perjuicios en la vida del adolescente. Además como sabemos el resto de los delitos cometidos por lo jóvenes, son de menor significancia, ya que casi siempre son considerados como faltas.

Por otra parte al ser aplicado todo el Código Penal, cualquier aumento a las sanciones derivados de un expansionismo del derecho penal, también le será aplicado a los jóvenes, lo cual resulta en extremo peligroso para el tratamiento de la delincuencia juvenil, ya que recordémoslo la finalidad de esta no debe ser persecutora, sino rehabilitadora. Además la extensión de la totalidad del Código resulta ser inoperante, ya que muchos de los delitos contemplados difícilmente podrán ser aplicados a un adolescente, por ejemplo la malversación de caudales públicos, la prevaricación, crímenes contra la industria o al comercio, por nombrar algunos.

La creación de un catálogo especial de delitos, no debiera incluir jamás los delitos en consideración a su condición, es decir delitos que los jóvenes cometen por ser jóvenes, por así decirlo, clásicos ejemplos son la inasistencia a la escuela y la vagancia en la vía pública.

16.1.1 ESPECIAL SITUACIÓN DE LAS FALTAS.

Las faltas también son objeto de persecución penal adolescente, según lo señalado en el inciso 3º del artículo 1º: “sólo serán responsables en conformidad con la presente ley los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la ley N° 20.000. En los demás casos se estará a lo dispuesto en la ley 19.968.” Esto quiere decir que entran en el sistema penal juvenil que establece esta ley sólo las faltas recién enunciadas y cometidas por adolescentes mayores de dieciséis años.

El resto de las faltas quedarán entregadas a los Tribunales de Familia mediante el procedimiento contravencional que ha establecido la propia LRPA. Importante es destacar cuáles son aquellas faltas que el legislador ha decidido tratar con mayor dureza, al hacer una diferencia expresa del total de faltas contempladas en nuestro Código Penal, para así poder descubrir los lineamientos político criminales que hay detrás de esta determinación de incluir solo algunas faltas como sancionables penalmente.

Las faltas contempladas en el Código Penal de las que serán responsables los adolescentes mayores de dieciséis años son las siguientes:

Artículo 494 “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro UTM.”

Nº1: “El que asistiendo a un espectáculo público provocare algún desorden o tomare parte en él.”

Nº4: “El que amenazare a otro con armas blancas o de fuego y el que riñendo con otro las sacare, como no sea con motivo justo.”

Nº5: “El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del Tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho.”

Nº19 en relación al 477: “El que ejecutare alguno de los hechos penados en el artículo 477, siempre que el delito se refiera a valores que no excedan de una UTM.”

Artículo 494 bis “Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual...”

Artículo 495 “Serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual:

Nº 21. El que intencionalmente o con negligencia culpable cause daño que no exceda de una unidad tributaria mensual en bienes públicos o de propiedad particular”.

Artículo 496 “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:

Nº 5: El que ocultare su verdadero nombre y apellido a la autoridad o a persona que tenga derecho para exigir que los manifieste, o se negare a manifestarlos o diere domicilio falso.

Nº 26: “El que tirare piedras u otros objetos arrojados en parajes públicos, con riesgo de los transeúntes, o lo hiciere a las casas o edificios, en perjuicio de los mismos o con peligro de las personas.”

Además existen las faltas contempladas en la **Ley de drogas N° 20.000**:

Artículo 51: “Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupeficientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1º, en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación serán sancionadas con alguna de las siguientes penas:

- 1) Multa de 1 a 10 UTM;
- 2) Asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por 60 días, o tratamiento y rehabilitación en su caso por un período de hasta 180 días en instituciones autorizadas por el Servicio de Salud competente.
- 3) Participación en actividades a beneficio de la comunidad, con acuerdo del infractor y a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de 30 horas, o en cursos de capacitación.
- 4) Se aplicará una pena accesoria de suspensión de la licencia de conducir hasta por 6 meses, la que en caso de reincidencia podrá ser de hasta 1 año y, en caso, de nueva reincidencia, de hasta 2 años. En ningún caso esta pena podrá ser suspendida.

Idénticas penas se aplicarán a quienes porten en tales lugares las drogas o sustancias para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Con las mismas penas serán sancionados quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito.

Se entenderá justificado el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias para la atención de un tratamiento médico.”

Artículo 52 “Si la falta de que hace mención el artículo anterior se cometiere en un lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores, la sanción pecuniaria se aplicará en su máximo.”

De la lectura de las faltas sancionadas por la LRPA podemos decir en términos generales que se trata de conductas principalmente relacionadas con la protección de la propiedad, tanto pública como privada, lo que no parece condecirse con un derecho penal mínimo como el ya referido, sino por el contrario parece condecirse con una clara intención del legislador de sancionar conductas verificadas en las movilizaciones estudiantiles registradas durante el año pasado. Pasando de esta forma a criminalizarse a los jóvenes que participan de dichas movilizaciones sociales, al causar “desórdenes”, “arrojar piedras” e “incendiar un basurero”, a modo de ejemplo. No estamos señalando que estas conductas no deban ser repudiadas, pero su tratamiento especial respecto a otras faltas permite sostener que con su elección se intenta reprimir, más que una conducta en particular de un adolescente, una situación social indeseable como lo serían las protestas estudiantiles, perdiendo el legislador de este modo la directriz que él mismo estableció al señalar como fines de la pena la resocialización de los adolescentes y apareciendo como fin tácito de la pena la inhibición de los grupos de jóvenes secundarios movilizadas (prevención general), pasando el adolescente infractor a constituirse en un medio para concretar este fin.

La situación en que se verían involucrados aquellos adolescentes que cometieren “hurto falta” es más problemática que en el resto de las faltas, puesto que la sanción para esta falta en el caso de los adultos es además de la multa de 1 a 4 UTM, la prisión de 1 a 40 días y en el caso de los jóvenes al efectuarse la determinación de penas para ellos de acuerdo a esta ley (ver párrafo de determinación de sanciones) su pena queda sujeta a diversas interpretaciones por parte del juez de garantía, lo que no está acorde con los principios de legalidad y de tipicidad que rigen en el derecho penal.

Esto es así, ya que aplicando la regla del artículo 21 de la ley se parte por considerar la pena mínima asignada al delito, y de ese mínimo procede a rebajarla en un grado, quedando en un principio la pena asignada para el delito de hurto falta cometido por adolescentes en prisión de 1 día rebajada en un grado y multa de 1 UTM rebajada en un grado. Pero, ¿qué sanción es aplicable para la pena de prisión de 1 día rebajada en un grado y multa de 1 UTM rebajada en un grado? Algunos autores sostienen que en el primer caso se aplicaría la pena de multa y en el segundo, como después de la multa no hay nada, ésta se eliminaría.

Otros señalan que no quedaría pena alguna para el primer caso pues afirman que no hay una pena inferior a la prisión y del mismo modo se refieren a la multa. Un tercer grupo de autores sostienen que sería aplicable en estos casos aplicar el catálogo de sanciones que enumera la ley en su artículo 6, cuestión que a nuestro parecer no es correcta, puesto que las sanciones que allí se establecen, estas son, internación en régimen cerrado, semicerrado, libertad asistida, libertad asistida especial, prestación de servicios a la comunidad, reparación del daño causado, multa y amonestación son sanciones que se aplicarán de acuerdo al tramo de días de privación de libertad en que haya quedado la pena según lo dispuesto por el artículo 23, luego de aplicársele el artículo 21 y las reglas de determinación de sanciones del Código Penal (exceptuada la regla del artículo 69 del Código Penal).

Si bien el número 5 del artículo 23 de la ley señala que “si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa de libertad o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación”, en el caso analizado no sabemos qué pena no privativa o no restrictiva de libertad corresponde al rebajársele un grado a la pena de un día de prisión y lo mismo para la multa de 1 UTM. En este sentido, no podemos suponer que existe una pena, por cuanto si lo hiciéramos sería aplicar de modo extensivo la regla del artículo 23 de la ley para aquellas faltas en

que existe duda sobre su procedencia luego de las rebajas que estipula la LRPA para la determinación de penas de los adolescentes. Por lo tanto, como no podemos determinar y menos suponer la pena a la que se llega tampoco podemos afirmar que es una pena no privativa o no restrictiva de libertad como así lo señala la regla del número 5 del artículo 23 de la ley que permite en esos casos elegir una de las sanciones que allí se señalan.

Tras el análisis expuesto sobre la pena en el caso del hurto falta planteamos nuestra adhesión a la segunda postura, es decir, que no hay pena asignada en el caso de adolescentes infractores por hurto falta, porque al determinarse las penas según lo expuesto no hay pena que sea inferior a la prisión de un día que está estipulada en la LRPA y a la luz de los principios de legalidad y tipicidad otra postura como las antes señaladas los vulnerarían.

Al estar en grado de frustrado el hurto falta el Código Penal establece la pena de multa de 1 a 4 UTM, la que en el caso de los adolescentes al aplicárseles la primera regla sobre determinación de penas que establece la LRPA queda en multa de 1 UTM rebajada en un grado (sin aún haber aplicado las reglas del Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal como señala el artículo 21 de la ley) que como ya se analizó es improcedente. Pero el artículo 494 bis del Código Penal dispone que ésta podrá ser conmutada por trabajo en beneficio de la comunidad y de no cumplirse esta medida en su totalidad por parte del infractor se anulará la conmutación realizada y deberá procederse al pago íntegro de la multa fijada originalmente.

La multa se duplicará cuando haya reincidencia por parte del adolescente y se triplicará en el caso de una nueva reincidencia o más. Todo esto último si existe multa aplicable, cuestión que a nuestro juicio no es procedente y por tanto nada de lo señalado respecto a la conmutación es válido. Sin embargo, cabe la duda de si los

actores del sistema de justicia penal juvenil tendrán la prevención que aquí se ha señalado. Creemos que esta norma es confusa para una correcta aplicación de la LRPA, pues al estar incluida dentro de aquellas faltas que deben someterse al nuevo sistema penal juvenil la señal que se está dando con ello es que su infracción si tiene una pena determinada para el joven infractor lo que tras el análisis efectuado no es cierto. Pero en tanto existe una señal equivocada los intervinientes en este sistema pueden aplicar lo que sigue de la norma, pasando por alto la improcedencia de pena y aplicando una conmutación de la pena.

Con el análisis expuesto sobre la norma del hurto falta nos parece que ha existido en la incorporación de ella a las faltas sancionables por la LRPA un desprolijo y efectista actuar por parte de los legisladores, demostrándose esto por un lado en el afán de querer sancionar a toda costa esta falta y, por otro lado, en no tener sanción para los adolescentes en la teoría y por ende tampoco en la práctica.

“Esta exagerada reacción punitiva, como la ha descrito Bustos y que hacemos propia también, afecta el principio de extrema ratio del Derecho Penal y con mayor razón si se va aplicar a adolescentes. Sobretudo si se considera que su objetivo, como señalaba el Mensaje del Proyecto, es proteger el derecho de propiedad de los Supermercados, quienes tienen guardias especiales, cámaras de seguridad y además seguro contra hurtos o robos. No hay duda que se trata de una excesiva protección del derecho de propiedad y, además, de un grupo económico determinado”.¹⁴⁸

Esta situación se ve aun más agravada si se atiende a la norma del artículo 9 del Código Penal en la que se dispone que “las faltas sólo se castigan cuando han sido

¹⁴⁸ BUSTOS, *ob cit*, pág. 32.

consumadas”, lo que es claro y manifiestamente contradictorio con lo establecido por el artículo del hurto falta, en su parte relativa al grado de ejecución frustrada y su sanción penal. Para solucionar esta manifiesta contradicción de normas penales habrá que recurrir a los principios generales para determinar qué norma habrá de primar sobre otra, cuestión interpretativa que nos ayudará a resolver este conflicto aparente.

Tomando en cuenta que el artículo 495 bis, que sanciona el hurto falta fue introducido al Código Penal por Ley 20.140, Art. único, publicada en el Diario Oficial el 30.12.2006 y que el artículo 9 del Código Penal fue introducido desde la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo, es la primera norma especial en relación con la segunda. Pero la norma del artículo 9 se encuentra en el Libro primero del Código, siendo de aplicación general a todos los delitos.

Esta circunstancia a nuestro juicio es la fundamental para resolver este conflicto aparente de leyes penales. Sumada al principio del interés superior del adolescente que nunca podemos dejar de lado para analizar casos en que esté involucrado un menor de 18 años y además en virtud del principio de la ley más favorable, la norma del hurto falta se presenta como una inobservancia de ambos principios, pareciendo por ende inadecuada su aplicación en lo concerniente a su grado de frustrada. Esta norma resulta inoperante por vulnerar principios esenciales del Derecho Penal.

A su vez, la conducta sancionada en el caso de la falta del artículo 496 N° 5, tampoco tiene razón de ser, puesto que el Código Procesal Penal en su artículo 85 contempla el procedimiento a seguir en caso de no identificarse alguna persona respecto a la cual hay indicios de que ha cometido un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a hacerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. Esta sanción constituye sin duda una inobservancia ya reiterada del principio de extrema ratio, puesto que el procedimiento

establecido en el Código Procesal Penal se pone en el caso de que la persona en cuestión no quiera o no pueda acreditar su nombre y lo soluciona “conduciéndola” a la unidad policial más cercana para fines de identificación y que en caso de no ser posible su acreditación se establece que se le tomarán las huellas digitales.

Cabe preguntarnos entonces, ¿qué diferencia de tratamiento existe en este caso entre el sistema penal juvenil y el sistema penal de adultos? Parece que ninguna, puesto que a los adultos que se encuentren en la misma situación del 496 N°5 les ocurrirá lo mismo.

Respecto a las faltas a la Ley de drogas, se ha querido dar una fuerte señal de prohibicionismo y punitivismo al castigar el consumo y más aun su porte en nimias cantidades. Es incomprensible criminalizar a los adolescentes que consumen diferentes tipos de drogas, pues quienes las consumen, en principio no generan ningún daño a otras personas. ¿Qué bien jurídico está intentando ser protegido aquí? ¿La salud propia-personal del adolescente?, en caso de ser así, ¿es un bien jurídico aceptable de ser protegido y castigado en caso de su vulneración? A nuestro juicio no merece ser sancionado puesto que castigar su consumo criminalmente, significa por una parte desatender la prevención y rehabilitación a esta adicción como primera medida. Y por otra parte si lo que se pretende es evitar futuros delitos como efecto del consumo de drogas, su sanción significa un adelantamiento de la respuesta estatal.

Sancionar penalmente al joven consumidor de drogas, ya sea habitual, ocasional o aquel que consume por primera vez es un claro intento de controlar socialmente la vida de los jóvenes, diciéndoles lo que tienen y no que hacer, de un modo paternalista, debiendo ser otra instancia, en ningún caso penal, la llamada a resolver los conflictos propios de la adicciones a todo tipo de drogas, incluyendo el alcohol. La reacción punitiva del Estado debe enmarcarse dentro de un derecho penal mínimo, que

garantice un estándar básico de convivencia pacífica entre los ciudadanos y no se utilice como mecanismo para regular la vida íntima de las personas de un modo paternalista, ya que esto atenta claramente a los principios liberales del Estado. De pretender sancionar el consumo de drogas y alcohol debieran atenderse a otros criterios no la protección personal.

Las faltas contempladas en nuestro ordenamiento jurídico han adquirido un papel preponderante en el último tiempo, a nuestro juicio injustificadamente y más aún si el sujeto de derechos involucrado en esta oportunidad es un menor de edad, niño o adolescente. El punitivismo observado en nuestra legislación penal moderna tiende claramente a criminalizar a los más pobres de nuestra sociedad y en este caso a los jóvenes más pobres como se deduce del análisis de las faltas comentadas y como se verá más adelante en este capítulo en la sección referida a las sanciones contempladas en la LRPA.

Interesante es mencionar una estadística de la Fundación Paz Ciudadana (Gráfico N°3), que da cuenta de los motivos de los ingresos de menores de edad a las comisarías de Carabineros entre los años 2001 y 2004. Lo primero que advertimos es que un porcentaje importante de ellos, el 20, 7%, ingresa porque se le han vulnerado derechos, siendo la segunda causa con mayor porcentaje con que los jóvenes menores de 18 años ingresan a las comisarías¹⁴⁹.

¹⁴⁹ HEIN, Andreas y SEPÚLVEDA, Martha, *Caracterización de menores de edad ingresados a una comisaría entre los años 2001 y 2004 en el marco del seguimiento del Programa Protección 24 Horas de Carabineros de Chile: Implicancias para la prevención de la violencia de y contra niños, niñas y adolescentes*, Fundación Paz Ciudadana, en: www.pazciudadana.cl, Chile, Agosto 2005. Pág. 14.

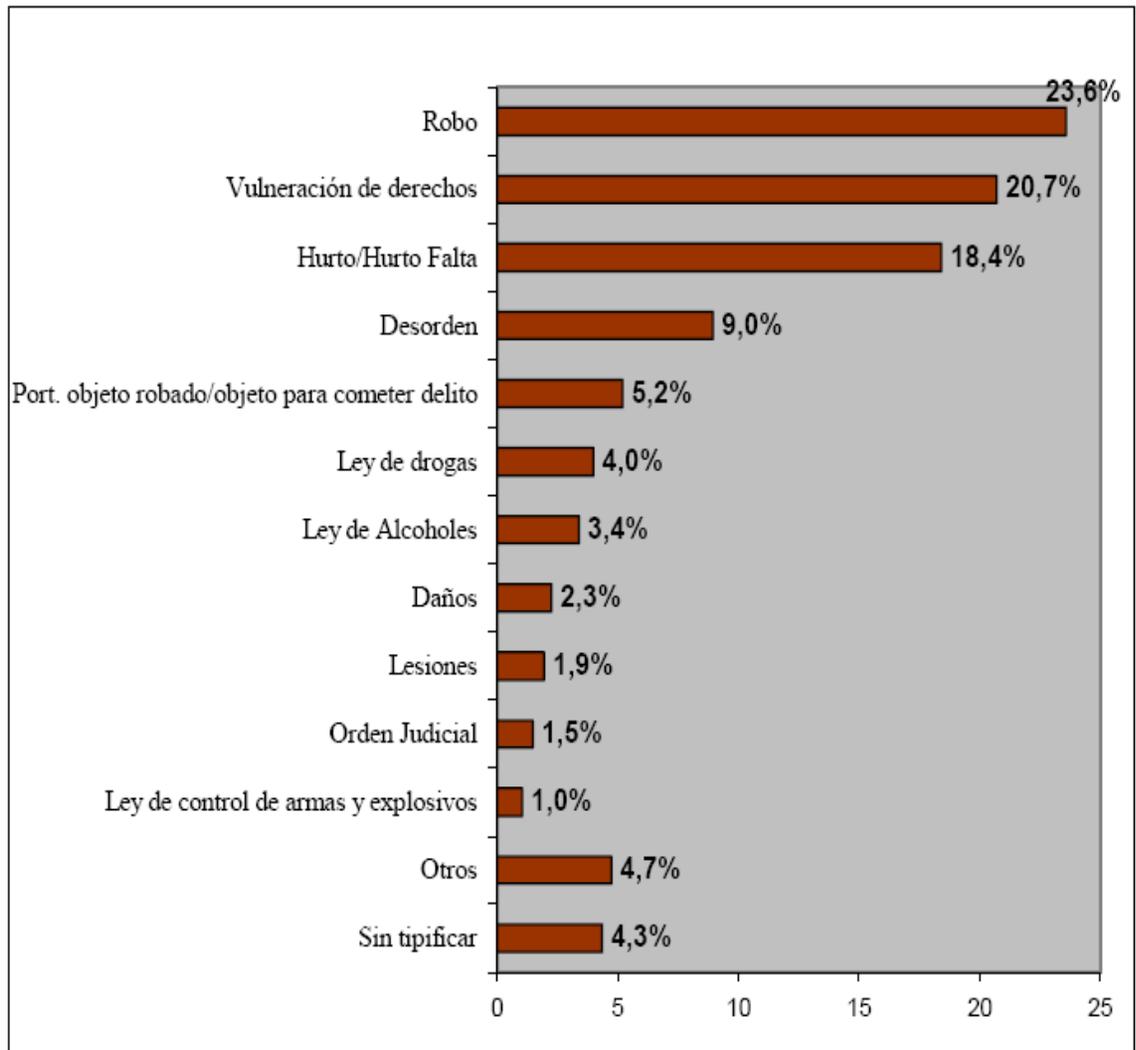


Gráfico N° 3

Además, el primer y tercer porcentaje más altos dicen relación con infracciones penales contra la propiedad, lo que da cuenta de que en este tramo de edad, estos delitos son de probable ocurrencia por parte de los jóvenes y que si realizamos un estudio más allá de estas estadísticas podemos decir que la comisión de estas infracciones tienen una causa socio económica, en razón de la pobreza en que viven los menores de edad infractores de ley, teniendo una directa relación las comunas en que existe una mayor vulneración de derechos con aquellas en que más se cometen

este tipo de infracciones penales, como así se analizó en el primer capítulo de esta memoria.

Por tanto, conociendo esta situación nos parece que sancionar penalmente faltas como las analizadas en este capítulo en una edad tan temprana es generar una nueva fuente de injusticia social, discriminación y marginalidad juvenil propiciada por los poderes gobernantes de nuestro país, bajo el alero de importantes conglomerados económicos influyentes en la dictación de leyes, como ha quedado demostrado en las menciones a que alude el mensaje presidencial con que fue presentado el proyecto de ley ahora convertido en la LRPA.

16.2 INTERÉS SUPERIOR DEL ADOLESCENTE.

El artículo 2º de la Ley 20.084 establece como principio rector el interés superior del adolescente, señalando en su primer inciso que “en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el **interés superior del adolescente**, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.”

Del tenor literal del inciso, se colige la importancia de dicho principio, dado que alimenta todo el procedimiento especial que se ha establecido para los menores. Esto no hace más que confirmar lo señalado en instrumentos internacionales ratificados por Chile, a los cuales esta ley- al menos formalmente- debía ceñirse; los que revisamos anteriormente en el capítulo anterior.

Por su parte, Juan Bustos¹⁵⁰ ha señalado la dificultad de conceptualizar este principio, contando definiciones como la de Miguel Cillero, “es nada más, pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos”¹⁵¹. Sin embargo, al parecer más importante que las definiciones que puedan emplearse, lo cierto es que el interés superior del menor se configura como una garantía amplia, que a su vez importa una norma de interpretación o resolución de conflictos, así como una herramienta ineludible a efectos de establecer políticas públicas y exigir deberes a los padres y tutores.

En este sentido, sirve para prevenir lecturas tutelares del sistema jurídico, que en una mirada paternalista ubiquen a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección, y no como sujetos de derechos. Añadimos en esta línea argumentativa lo postulado por Couso, quien explicita respecto al interés superior, que “son intereses dotados de especial peso y significación, precisamente por el hecho de tratarse de niños”¹⁵².

Otro elemento significativo a efectos de tener en cuenta, es el que aporta Gaetano de Leo, quien incorpora la idea que el “interés se mueve en un plano relacional, comunicacional, no sólo distinta sino más amplia, en sentido social, de la necesidad, que centra más en un ámbito individual”¹⁵³. En este sentido, se desprende que el

¹⁵⁰ BUSTOS, Juan. *ob. cit.* pág.

¹⁵¹ CILLERO, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño*, en “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma, Bogotá 1999, pág 84. Citado por BUSTOS, Juan, *ob. cit.* pág. 18.

¹⁵² COUSO, Jaime. *Más acá del interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?* en “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma, Bogotá 1999, pág 47. Citado por BUSTOS, Juan, *ob. cit.* pág. 18.

¹⁵³ GAETANO DE LEO, *Interés, derecho y necesidad: para una evolución de las hipótesis de tratamiento de la desviación de menores*, en “Un derecho penal de menor”, y éste a su vez en “Infancia, Ley y

interés superior del niño o adolescente se sustenta en un criterio fáctico al momento de considerarlo, es decir, se atiende a las circunstancias particulares o subjetivas del menor en cuestión, independiente de las nociones normativas o formales que establezcan lo deseable para el menor. De esta manera, se evita centrar el conflicto en el particular o menor versus la sociedad o la justicia, siendo entonces lo relevante el “individuar el interés en el derecho que se expresa en cada necesidad, así como el interés a las necesidades que está presente en cada derecho”¹⁵⁴.

Coherente con lo presentado, el interés superior no ha de ser comprendido como una garantía abstracta o programática, sino por el contrario, su valor e importancia reside sobre todo en la atribución de un status especial al niño o niña, lo que consecuentemente obliga a tenerlo presente en los casos particulares o conflictos en que se vea involucrado un menor. “Se trata de establecer una garantía específica u operativa respecto de los derechos del niño o adolescente”¹⁵⁵.

En síntesis, el interés superior no sólo importa respeto y reconocimiento; se configura como una garantía de los derechos de los niños frente a los intereses de la sociedad, el Estado o los padres; “el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades”¹⁵⁶. Por tanto, y he aquí una cuestión de suma importancia respecto a lo que posteriormente analizaremos de la Ley 20.084, “los niños tienen

Democracia en América Latina”, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma, Bogotá 1999, pág. 179. Citado por BUSTOS, Juan, *ob. cit.* pág. 18.

¹⁵⁴ *Idem*, pág. 180. Citado por BUSTOS, Juan. *ob. cit.* pág. 19.

¹⁵⁵ BUSTOS, Juan. *ob. cit.* pág. 19.

¹⁵⁶ Extraído del Requerimiento presentado al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional la modificación de la Ley 20.084 (Boletín 5031-07). En CORTÉS MORALES, Julio, *Los Adolescentes y la Ley: entre el derecho a tener derechos y el derecho a ser penalizados. Escritos y documentos en torno a la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes*, Junio de 2007, pág. 198.

derecho a que antes que se adopten medidas que les conculquen sus derechos, se apliquen aquellas que los promuevan o protegen”.¹⁵⁷

Ahora bien, el inciso segundo del artículo dos establece: “En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.”

Coherente con la intención y necesidad de la nueva normativa penal, de dar el carácter de sujetos de derecho a los niños y niñas, se han visto reforzados o reiterados los derechos y garantías individuales establecidas en la Constitución en este inciso segundo. Cabe destacar algunos preceptos de relevancia para efectos de esta ley, como el artículo 19 N° 1° (derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona), 2° (igualdad ante la ley), 3° (igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos), 7° (libertad personal y seguridad individual), 10° (derecho a la educación), así como hacer uso de las acciones constitucionales del artículo 20 (recurso de protección) y 21 (recurso de amparo o *habeas corpus*).

No obstante, el artículo 5° de la Constitución establece el carácter constitucional o supraconstitucional (dependiendo de la teoría a la cual se adscriba) de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, los que además se encuentran expresamente señalados en el mismo inciso segundo del artículo 2° de la LRPA. En ese marco se circunscriben la Convención de Derechos del Niño ,

¹⁵⁷ GATICA, Nora y CHAIMOVICH, Claudia. *La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principios relevantes contenidos en la Convención de Derechos del Niño*, II parte, La Semana Jurídica, N° 79, pág. 5. Citado por BUSTOS, Juan, *ob. cit.*, pág. 20.

Directrices de Riad , las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores o Reglas de Beijing, entre otros instrumentos internacionales. Lo que debe tenerse presente, es que gracias al citado artículo 5º constitucional, dichos tratados se encuentran jerárquicamente por sobre la Ley 20.084, lo que obliga a que las autoridades no sólo deban tomar en consideración éstos, sino que por sobre todo, ceñirse a dichos cuerpos normativos.

Pues bien, el análisis sistemático que debe emprenderse del principio de interés superior del menor a la luz de los tratados internacionales, permitirá establecer si la Ley 20.084 es rigurosa en el cumplimiento de éste; en el caso de ser negativa esta respuesta, habrá que identificar entonces en qué medida estamos ante un nuevo elemento propio del derecho penal del enemigo.

Corresponde establecer ahora si la normativa internacional detallada y analizada el capítulo anterior ha sido respetada y considerada en la formación de la Ley 20.084. En este sentido, en su artículo 44 la Convención de Derechos del Niño establece el deber de los Estados parte de presentar “informes a la Comisión 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”.

En consecuencia, el Estado de Chile hizo presente sus informes al organismo, donde obviamente se incluían cuestiones relativas a la nueva ley de responsabilidad penal adolescente. Por su parte, de la comisión emanó un examen en abril de 2007, del cual es adecuado destacar su numeral 71, donde se expresa la preocupación de la Comisión por la “falta de suficientes medidas socio-educativas para tratar con niños en conflicto con la ley sin recurrir a los procedimientos penales y limitar el uso de la

privación de libertad. Además, el Comité observa la falta de programas de reparación y reintegración social para niños¹⁵⁸.

En esta misma línea, es pertinente examinar con mayor profundidad el Requerimiento al Tribunal Constitucional luego de la denominada inclusión Larraín¹⁵⁹, en especial los argumentos esgrimidos para rechazar dicha inclusión, al considerarla inconstitucional, dan cuenta del carácter violatorio de esta Ley respecto a la Convención de Derecho del Niño y demás instrumentos internacionales.

Se plantea en primer lugar, el criterio de la idoneidad de la pena a que se refiere el artículo 24 f) de la ley N° 20.084, consistente en tener presente qué situación es más favorable para el menor, atendiendo a proteger en forma más exhaustiva sus derechos (tener presente los derechos de mayor trascendencia para el menor que los que no son tan completos). Esto se colige con la Convención de Derechos del Niño, al presentar la reclusión como medida de última ratio. No obstante, la inclusión requerida prescribe justamente que en toda una categoría de casos, debe aplicarse siempre una pena privativa de libertad, de encierro absoluto, y por al menos cinco años. Sin embargo, el artículo 26 de la Ley 20.084 establece la excepcionalidad de las penas privativas de libertad reconociendo su carácter de última ratio; pero entonces, se convierte en letra muerta, ya que el juez o la autoridad tendrán que atenerse en el caso de la inclusión, al régimen cerrado.

¹⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones, *Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 44 de la convención*, 23 de abril de 2007, pág. 14.

¹⁵⁹ Ver *supra* Capítulo 2, 4. Historia de la Ley.

Con esto, las ideas que permanentemente se señalan en la legislación internacional, de internar a los menores sólo a condición de que ello sea en función de su interés superior, se ve contradicho por esta inclusión, la cual no hace más que alejarse de dicho sentido, dado que se configura como una medida efectista y que no hace más que ser un supuesto resguardo a la seguridad ciudadana y no un resguardo para el menor, sino un castigo a secas. En palabras expresadas en el requerimiento al Tribunal Constitucional, se señala que “Vulnera directamente el artículo 37 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño, al no dar alternativa alguna a la privación de libertad a penas que superen los cinco años, lo que en ciertos casos provocará que adolescentes que, por ejemplo, no han cometido delitos de gravedad, sino un cúmulo de ellos que se suman por concurso real, sean sancionados con esta pena, sin alternativa alguna”¹⁶⁰.

“Esta situación no considera el interés superior del adolescente, pues no deja espacio para la determinación de una pena idónea, convirtiendo el artículo 24 de la ley N° 20.084 y el artículo 40 N° 3 letra b) y N° 4 de la Convención de los Derechos del Niño en letra muerta”¹⁶¹.

A su vez, parece pertinente hacer notar las críticas que Julio Cortés hace a la Ley 20.084, la que “infringe abiertamente la Convención. Si bien la ley aparenta estar en armonía con ella, al declarar formalmente la promoción del interés superior del adolescente, la finalidad socio-educativa de las penas y la privación de libertad como

¹⁶⁰ Extraído del Requerimiento presentado al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional la modificación de la Ley 20.084 (Boletín 5031-07). En CORTÉS MORALES, *ob. cit.*, pág. 198.

¹⁶¹ *Ídem.*

último recurso; encubre, no obstante, la persecución, primordial, de objetivos muy distintos a los enunciados.”¹⁶².

Coherente con lo anterior, deben reconocerse algunos elementos que develan la inconsistencia de la Ley 20.084 en cuanto a consagración del principio en examen; y lo que es más determinante, es que son cuestiones que ya estaban en la ley antes de la denominada inclusión Larraín. Por una parte, esta la remisión al Código Penal, que equipara a los menores con los adultos en la tipificación de delitos como recientemente analizamos.

Cuenta también, el artículo 23, que ordena las sanciones aplicables a los menores en cinco tramos. De ellos, en cuatro se consideran medidas privativas de libertad, lo que refuerza con justa razón la idea de que la regla general en la ley es la reclusión. Si atendemos al espíritu de la legislación internacional, y sobre todo al principio de interés superior del menor, tenemos que lo ideal es que el juez analice el caso en particular, y en función de ello asigne una pena al joven, apuntando a satisfacer sus derechos y necesidades, por sobre el bien jurídico de la seguridad del Estado y la sociedad.

Así también la Convención promueve las sanciones alternativas, pero en la ley éstas quedan reservadas sólo para delitos menores. Es más, el artículo 23 demuestra una intención diametralmente opuesta a la Convención por parte del legislador, ya que en vez de otorgar principios al juez, en los cuales éste pueda apoyarse para dar cumplimiento a los compromisos internacionales, lo que hace es establecer un conjunto de reglas casi taxativas que dan un margen muy acotado de discreción; y lo que es más obvio, no permite configurar la sanción punitiva como última ratio. Además,

¹⁶² Artículo propio difundido por Internet. pág. 1.

cabe mencionar que se ordena al juez a que en el tramo superior de la tabla del artículo 23 sea obligatorio aplicar un mínimo de dos años de internación en centro cerrado, es decir, una cárcel de menores.

Otro elemento se manifiesta en el artículo 18, el cual establece una duración de las penas de hasta 10 años para menores de entre 16 y 18 años que cometan delitos al momento de tener ese rango de edad. Sin lugar a dudas que una pena de esa índole no va en resguardo del interés superior del adolescente, sino simplemente es una sanción por el hecho cometido que atenta contra ciertos bienes jurídicos de relevancia social. Nuevamente, se equipara la Ley a la legislación penal de adultos, perdiéndose todo sentido de especialidad de la nueva ley, al no centrarse en el interés del menor. “¿Es razonable sostener que (...) la pena de diez años de privación de libertad esta fundamentada en los positivos efectos educativos y resocializadores para el menor?”¹⁶³ Claramente no.

Ahora bien, de la revisión de la incipiente jurisprudencia que desde la entrada en vigencia de la ley hasta la fecha se ha generado, podemos citar al menos dos fallos pertinentes al análisis del interés superior del adolescente.

La Corte de Apelaciones de Temuco en fallo de julio de 2007¹⁶⁴, acogió un recurso de nulidad presentado por la Defensa, expresando en el considerando Tercero de sus fundamentos de derecho, que “La necesidad de la pena no sólo será criterio para

¹⁶³ *Ídem.*

¹⁶⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia de recurso de nulidad que anula sentencia de juicio oral y sentencia de reemplazo, Rol 709-2007, 20 de Julio de 2007. UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL, *Segundo informe de jurisprudencia sobre la Ley Nº 20.084 de responsabilidad penal adolescente*, agosto de 2007. págs. 15-19.

excluir de pena hechos de poca significación, sino también optar por una menos gravosa para el desarrollo y necesidades del adolescente. Del mismo modo, el interés superior del niño orientará en el sentido de hacer preferible una pena que implique una menor afección a la promoción y fortalecimiento de los derechos de aquel”. Así también, el referido fallo expresa que tanto “la necesidad de la pena y el interés superior del niño [están] previsto en los Instrumentos Internacionales como derecho fundamental y en el Art. 2º de la ley mencionada”. Y es más, en el considerando Noveno, la Corte finalmente decide revocar el fallo inicial del tribunal oral, aduciendo que la aplicación correcta de los criterios legales habría conducido a “imponer no la sanción de último recurso y que produce mayor afectación a los derechos del menor y a sus posibilidades de reinserción, sino precisamente la que perturbara menos sus derechos y que más fortaleciera sus capacidades de resocialización.”

El fallo recién examinado, hace a nuestro juicio, una correcta interpretación del principio de interés superior del niño, dado su tratamiento en forma sistemática, al considerar como un elemento fundamental la legislación internacional aplicable al caso; así como también en lo relativo a hacer primar dicho principio por sobre otras normas de la ley. No obstante, el presente fallo sólo constituye una excepción a la regla, puesto que el principio del interés superior no es abundante en la jurisprudencia originada hasta el momento. Es así que es demostrativo lo pronunciado por la Corte de Apelaciones de San Miguel en el mismo mes de Julio 2007¹⁶⁵, donde a decir del análisis expresado al respecto por la unidad de Defensa Penal Juvenil, y distintamente de lo que justamente acontece en el primer fallo examinado, “La Corte limita bastante la posibilidad de cuestionar el razonamiento que realiza un tribunal en torno al Art. 24 LRPA (al contrario que la Corte de Apelaciones de Temuco).”

¹⁶⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia de recurso de nulidad, Rol 965-2007, 23 de Julio de 2007. En *Ídem* págs. 23-25.

A modo de conclusión, nuevamente Julio Cortés parece ser lúcido al sentenciar que “La ley 20.084, lejos de promover los principios, derechos y garantías presentes en la convención, ha optado por dar una respuesta efectista antes que efectiva al problema de la delincuencia juvenil. En tal sentido, el objetivo principal no es educar, socializar e integrar a los jóvenes que han infringido la ley penal, sino más bien, derechamente inocuizar, apartando a los infractores de la sociedad, y maximizar la función simbólica del derecho penal, pretendiendo dar a la ciudadanía la impresión de un legislador atento y riguroso frente a las transgresiones de la ley penal”¹⁶⁶.

Entonces, tenemos una ley que se aleja de los estándares internacionales vinculantes para Chile, desviándose de los fines a los cuales debería responder, dentro de los que se inserta el tema del acápite: interés superior del adolescente. En ese sentido, las motivaciones que dieron cuerpo a esta Ley, parecen ser otras, enmarcadas ciertamente en la doctrina de la seguridad ciudadana.

Es decir, además de extender los fines del derecho penal para adultos a los menores de entre 14 y 18 años, contraviniendo la idea de un derecho penal especial para jóvenes; se hace patente el hecho de la criminalización de un sector social (los jóvenes) con resguardo en el Derecho. La Ley 20.084, en vez de servir como resguardo y protección de los derechos de los adolescentes en cuanto sujeto de derecho, lo que hace es simplemente abrazar ciertas nomenclaturas, pero sin la sustancia que dichos conceptos importan.

Con ello, existe un aparente cumplimiento de normativas internacionales, pero en el fondo se da paso a una legislación centrada en el combate y estigmatización de un

¹⁶⁶ *Ibidem.*

sector social, con miras a dar una señal a la opinión pública de que se está combatiendo la delincuencia (derecho penal simbólico), lo que implica altos grados de rigurosidad en el establecimiento de las penas, entendidas no como último recurso, sino primera medida (extensión del punitivismo). Es síntesis, tenemos una ley que se enmarca en el denominado Derecho Penal del Enemigo.

Para finalizar el punto, citaremos algunas palabras del mensaje presentado por el Presidente Ricardo Lagos al momento de enviar el proyecto de ley del año 2002. “El Estado debe asumir una activa acción contra el delito y conducirla de modo que la política criminal se convierta en garantía de los derechos de todos los ciudadanos. Hay que desarrollar un completo sistema judicial y administrativo que asuma, en el ámbito de la delincuencia de los adolescentes, las tareas de la prevención del delito, la preservación de la paz social y la seguridad de los ciudadanos”¹⁶⁷.

16.3 LÍMITES DE EDAD.

El artículo 3º de la Ley 20.084 establece límites de edad a la responsabilidad penal adolescente, circunscribiendo la aplicación de la ley en cuestión “*a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años*”. En este sentido, se define que los menores que estén en este rango de edad se considerarán como adolescentes. Sin embargo, los compromisos internacionales ratificados por Chile, en especial al Convención de derechos del Niño, establece que se entiende por niño “*todo ser humano menor de*

¹⁶⁷ Mensaje del Presidente Ricardo Lagos Escobar al Proyecto de Ley que establece un Sistema de Responsabilidad Juvenil para adolescentes infractores de la Ley Penal (2002).

*dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*¹⁶⁸.

Ahora bien, la legislación internacional ha hecho referencias a los límites de edad. En un primer término cuenta lo señalado por las Reglas de Beijing, que como ya vimos, en su punto 4.1 indica que *“En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.”*¹⁶⁹ Reafirma esta idea, el artículo 40 de la Convención, que en virtud de su numeral 3, habría entonces que preguntarse qué ha de entenderse por una edad demasiado temprana y una en la cual no exista capacidad para infringir la ley penal, y en ese sentido, colegir si los 14 años establecidos en la Ley 20.084 cumplen con aquello.

En este sentido, es pertinente destacar que el Comité de los Derechos del Niño, en su sesión (Nº 44), elaboró la Observación General Nº 10, que se refiere a los derechos del niño en la justicia juvenil, en el cual se *“insta a los Estados a formular una política integral comprehensiva en la materia, con énfasis en las acciones preventivas y en las alternativas a la criminalización, y se delinean las principales bases de dicha política. Así, el Comité alude a la obligación de fijar una edad mínima, señalando que la edad superior del sistema de justicia juvenil son los 18 años, y que la edad mínima de responsabilidad criminal se refiere entonces a la edad de entrada a este sistema especial, la que recomiendan no se fije antes de los 12 años de edad.”*¹⁷⁰ En principio

¹⁶⁸ Convención de Derechos del Niño. Artículo 1º.

¹⁶⁹ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

¹⁷⁰ CORTÉS MORALES, Julio. *ob. cit.*, pág. 32.

entonces, la nueva ley cumpliría con el límite mínimo de edad, dado que establece aquel en 14 años.

Continuando el análisis, el inciso segundo del artículo en examen presenta que *“en el caso de que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad.”* Si atendemos que la Ley Penal General o para adultos es supletoria (artículo 1º inciso 2º de la Ley 20.084), y por su parte, la presente ley se erige como ley especial, tenemos que hay una diferencia sustancial para el legislador, ya que la especialidad de dicha ley se justifica en el carácter diferenciado que supuestamente ha de recibir el menor en cuanto al hecho punible.

En ese sentido, cabe recordar que para la Convención de Derechos del Niño –tal como para otros órganos internacionales- las sanciones aplicables a menores obtienen su justificación a partir de la protección de los derechos del menor. Por tanto cuando la ley prescribe que en delitos iniciados en edad anterior a 18 años, pero prolongando su consumación en la edad adulta, entonces ha de aplicarse la ley para adultos, esto a nuestro juicio, atenta contra el principio *pro reo*, consagrado en todo nuestro sistema penal, ya que señala que en un caso de confrontación de competencias, se privilegia la ley de adultos, más severa que la de menores, por sus mayores penas, entre otros elementos. Una cuestión similar puede apreciarse en el caso del artículo 28, *“si a una misma persona se le imputa una infracción sancionada por esta ley y un delito cometido siendo mayor de dieciocho años, la investigación y juzgamiento de estos hechos se regirá por las normas del Código Procesal Penal aplicable a los imputados mayores de edad.”*

En concordancia con lo recién expuesto, aún cabe preguntarse por la coherencia de la ley en examen respecto a la normativa internacional. La duda que razonablemente asalta es que si- de acuerdo a las normas internacionales- los sistemas de justicia juvenil deben crearse como regímenes especiales, diferentes al derecho penal de adultos; entonces parece en principio contradictorio que la ley 20.084 se presente como una iniciativa que rebaja la edad de imputabilidad penal a los 14 años. Por tanto, no bastaría con solo cumplir con el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presume la inimputabilidad, sino que debe respetarse lo sustancial de la disposición: establecer un sistema especial distinto al aplicable a los adultos.

Pues bien, es claro que la discusión muchas veces se centra en una cuestión semántica. Por un lado, puede aducirse que la rebaja de edad de imputabilidad no es tal, simplemente porque no existen penas, sino medidas de protección al menor; sin embargo lo adecuado es atender a las condiciones y características de esas medidas, las que no se alejan de ser llanamente sanciones penales.

El artículo 1º al remitirse al catálogo de delitos del Código Penal, simplemente está extendiendo la ley penal a los menores de entre 14 y 18 años, lo que calza muy bien con la idea esbozada de *rebaja de edad penal*. Es más, cuenta como antecedente el anteproyecto de la Ley 20.084 desarrollado en 1998, por el Ministerio de Justicia donde *“la responsabilidad penal de las personas de 14 a 18 años se regulaba mediante un catálogo especial de infracciones juveniles, dentro de las cuales se distinguían algunas llamadas “graves”, que eran las únicas frente a las cuales era posible (no obligatorio) aplicar medidas privativas de libertad, por un tiempo máximo de 3 años.”*¹⁷¹

¹⁷¹ *Ídem*, pág. 34.

En este anteproyecto, efectivamente se ponía fin al modelo de discernimiento, al elevarse la edad de imputabilidad a los 18 años, estableciendo un sistema especial diferenciado del adulto, entre los 14 y 18 años. No olvidar que dicho modelo de discernimiento en definitiva era violatorio de los instrumentos internacionales en materia de menores, ya que justamente rebajaba la edad de responsabilidad penal a los 16 años. Sin embargo, una serie de modificaciones introducidas en el trámite parlamentario, llevaron a que esa condición de respeto a la normativa internacional, se perdiera.

Por otra parte, la ley establece en el artículo 18 una distinción en el ámbito de la extensión de las penas privativas de libertad. En el caso de la internación en régimen cerrado y semicerrado, *“no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad.”* En el caso de que le juez calculara una sanción superior, el artículo 22 prescribe que tendrá que ajustarse al límite antes anotado. En este caso la crítica esgrimible se remite al acápite anterior sobre interés superior del menor, donde resulta contradictorio con el sentido propugnado por la legislación internacional, al señalar una pena altísima (5 o 10 años) sin fundamento alguno en la protección de derechos del menor, sino en los efectos sociales o ejemplificadores, los que no se ajustan bajo ningún aspecto.

En el caso de que un menor de 14 años se vea involucrado en una conducta constitutiva de delito, el artículo 58 indica que *“la autoridad respectiva deberá poner al niño a disposición del tribunal de familia a fin de que éste procure su adecuada protección”*, caso en el cual establecerá alguna de las medidas cautelares del artículo 71 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

16.4 REGLA ESPECIAL PARA LOS DELITOS SEXUALES

El artículo 4 de la LRPA dispone una norma especial para los delitos sexuales en que se vean involucrados menores de 14 años. Ella establece que *“No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quater del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”*.

Para el mejor entendimiento de esta norma y sus implicancias observemos la siguiente tabla:

Delito	Existiendo circunstancias de los arts. 361 ó 363	No existiendo circunstancias de los arts. 361 ó 363
Violación, art. 362	Se procede penalmente	No se procede penalmente, a menos que exista una diferencia de edad mayor a 2 años
Relaciones homosexuales, art. 365	Se procede penalmente	No se procede penalmente, a menos que exista una diferencia de edad mayor a 3 años
Abuso sexual, art. 366 bis	Se procede penalmente	No se procede penalmente, a menos que exista una diferencia de edad mayor a 3 años
Acciones de significación sexual,	Se procede penalmente	No se procede penalmente, amenos que exista una

art. 366 quater		diferencia de edad mayor a 3 años
------------------------	--	-----------------------------------

Es decir, habrá violación cuando un adolescente tenga una relación sexual con otro menor que tenga 3 años o más de diferencia con él y exista consentimiento entre ambos y el menor de ellos sea menor de 14 años. ¿Es este un caso de violación a nuestro juicio? No necesariamente, pues es conocido que los jóvenes comienzan su actividad sexual tempranamente y no se entiende por qué el legislador ha querido castigar conductas de común ocurrencia en los jóvenes y que constituyen en muchos de esos casos experiencias del despertar sexual comunes a todo ser humano.

En este sentido se hubiera “esperado” mayor atención a las características propias de los adolescentes que la propia ley consagra en su artículo 29 sobre “sistema de justicia especializada”, como lo es la iniciación sexual en épocas hoy en día consideradas tempranas, como lo es también la experimentación sexual de los jóvenes, la que de darse con pleno consentimiento entre uno y otro no tendría por que ser castigada penalmente.

16.5 REGLAS SOBRE LA PRESCRIPCIÓN.

El artículo 5 de la LRPA establece la norma sobre prescripción de la acción penal y de la pena que regirá a los adolescentes. Para el caso que la conducta sancionable o sancionada se refiera a crímenes la acción penal y la pena prescribirá en cinco años; dos años en el caso de los simples delitos y; seis meses para el caso de las faltas. Si lo comparamos con los años de prescripción de la acción penal y de la pena de los mayores de 18 años (ver tabla), se observará que el legislador disminuyó los años de prescripción respecto de los crímenes y simples delitos, sin embargo, no lo hizo así respecto de las faltas, las que mantuvo con la misma prescripción de seis meses.

A nuestro juicio esto nos da cuenta del especial interés del legislador en resguardar las ya mencionadas faltas que son objeto de sanción por la presente ley en estudio, echando por tierra el principio de la especialidad del sistema penal juvenil y consecuentemente el principio del interés superior del adolescente, que se entiende como ya se señaló en el apartado 1.2 de este capítulo como un reforzamiento de las garantías y derechos de los adolescentes. ¿De qué reforzamiento de garantías o derechos estamos hablando en este caso? ¿Por qué por un lado se cumple con el principio de especialidad al disponer rebajas en el tiempo de la prescripción respecto a adultos y a crímenes y simples delitos y por otro lado no se establece ninguna diferencia respecto a la prescripción de las faltas?

Esta diferenciación radicaría en que, considerando que los principales bienes jurídicos protegidos por la LRPA en relación a las faltas son la propiedad y el orden público, además de la integridad física de las personas -cuya sanción como falta se encuentra al menos justificada atendiendo a su mayor relevancia y a su carácter de absoluta, por cuanto no se permite su afectación– se ha buscado amparar a ciertos grupos económicos como son hoy en día los grandes conglomerados dueños de supermercados y multitiendas y, al Estado en sus expresiones temporales, pretendiendo resguardar el orden público en desmedro de lo que se ha denominado Estado Democrático de Derecho, puesto que es de la esencia de este el respeto por la libertad de expresión en todas sus manifestaciones.

Esta norma sobre la prescripción nada más establece específicamente para el sistema adolescente, dejando el resto de las normas concernientes a la aplicación de la prescripción sujetas a la gran norma supletoria, el C.P., como aquellas sobre el comienzo del plazo, la suspensión y la interrupción de la prescripción.

Prescripción de la acción penal y de la pena	Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de: -presidio, -reclusión -relegación perpetuos	Respecto de los demás crímenes	Respecto de los simples delitos	Respecto de la faltas
Adultos	15 años	10 años	5 años	6 meses
Adolescentes	5 años	5 años	2 años	6 meses

17 DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE.

17.1 ASPECTOS GENERALES.

La determinación de la pena es un tema sumamente relevante en cualquier sistema de responsabilidad criminal, por ende, la ley que estudiamos debe presentar disposiciones claras y precisas sobre la forma de determinar la sanción penal, en el sentido de establecer certeramente los conductos a seguir por el juez para establecer la pena más adecuada y coherente con los objetivos que persigue esta nueva normativa.

En este contexto, vale la pena señalar que este cuerpo legal expresa en su artículo 20 que las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Tomando en cuenta lo anterior, debemos tener presente que en el derecho penal de adultos, como en toda materia jurídica, son los jueces los que determinan la sentencia exacta, claro, teniendo presente las disposiciones legales y los principios del Estado de Derecho. Pero no podemos desconocer que siempre el sentenciador tendrá un campo de discrecionalidad en cuanto a su forma de valorar los medios de prueba aportados al proceso y las distintas circunstancias que rodean el suceso motivo de la investigación, de hecho, por algo la jurisprudencia no es uniforme.

Por eso el juez tiene siempre una labor tremendamente importante, y en esta ley no será la excepción, pues más allá de lo que sucede en el derecho penal común y en las otras materias, esta es una nueva normativa que representa un salto cualitativo en la forma de tratar el tema de la delincuencia juvenil, pues, conforme a los principios que propugna, pareciera que esta problemática quisiera comprenderse más como “un problema social antes que criminal, que, en lo posible, debe ser enfrentado primordialmente con políticas de asistencia o con medios extrapenales de conciliación de los conflictos, antes que con estériles medidas represivas”¹⁷².

Este tratamiento especial se basa en que el menor todavía se encuentra en medio del proceso de internalización de los mandatos y prohibiciones que constituyen la base de los ilícitos penales, donde al joven se le excluye todavía de ciertos roles cívicos y económicos; por esta razón, se “considera una problemática la utilización universal de la categoría sistemática jurídico penal de la culpabilidad en el derecho penal de los adolescentes, pues los presupuestos e implicancias de dicho concepto no se ajustan a la situación psicosocial de éstos”¹⁷³.

Sin perjuicio de lo expresado, observamos que las disposiciones legales que nos entrega tanto la nueva normativa, como supletoriamente el Código Penal, son un tanto deficientes para determinar la pena certeramente, pues la ley N° 20.084, con sus respectivas modificaciones, en pos de concretizar los fines y principios que la sustentan, establece un catálogo de penas distinto al que existe para los adultos, tanto en su extensión como en su naturaleza, por ende, el juez tendrá la obligación de actuar con suma acuciosidad para sacar el mejor provecho de los parámetros establecidos,

¹⁷² FERRAJOLI, *ob. cit.* págs. 10 y 11.

¹⁷³ ALBRECHT, Peter Alexis. *El Derecho Penal de Menores*. Traducido por Juan Bustos Ramírez. PPU, Barcelona, 1990. pág 122.

debiendo considerar en todo momento la finalidad de las sanciones, en orden a respetar el interés superior del niño, los derechos de éstos consagrados en los tratados internacionales ya mencionados en la presente investigación, y como señala Juan BUSTOS RAMÍREZ que se respete la indemnidad personal del niño-adolescente¹⁷⁴, tomando en cuenta que “los adolescentes están en pleno proceso de desarrollo de su conciencia y de su personalidad y en los que la intervención propiamente punitiva conlleva consecuencias desocializadoras muy desfavorables para su futura reintegración social.”¹⁷⁵

Conforme a lo anterior, describiremos algunos factores que resultan importantes al momento de determinar la pena, tales como los elementos del delito, y otras circunstancias, para luego analizar la problemática de la fijación de la sanción penal de manera más específica, tomando en cuenta las disposiciones legales y las interpretaciones de algunos autores.

17.2 CRITERIOS QUE INFORMAN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.

Para poder hacer un análisis más profundo en este punto conforme a la nueva Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, es preciso revisar la teoría de determinación de la pena según la dogmática del Derecho penal adulto.

¹⁷⁴ Indemnidad personal se refiere a que jamás se puede aplicar una sanción que signifique una supresión de un derecho, su inaplicabilidad o su denigración en el aspecto operativo.

¹⁷⁵ HORVITZ LENNON, María Inés. *Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable*. Documento de Trabajo N°1/2006, Defensoría Penal Pública, marzo de 2006, Santiago, Chile, pág. 4.

17.2.1 DERECHO PENAL ADULTO.

En el paradigma clásico los criterios que se utilizan para determinar la pena frente a un delito han sido los mismos que constituyen el fundamento de la teoría de la pena en el Derecho penal liberal moderno, es decir, por medio de la imposición de una pena en concreto, se estaría cumpliendo los fines políticos criminales que persigue el Derecho penal, los cuales son:

- a) un criterio retribucionista basado en la culpabilidad del autor;
- b) uno preventivo general (tanto en su efecto intimidatorio, como en la reafirmación de la confianza de la población en el Derecho);
- c) y por último un criterio preventivo especial, el cual se enfoca en la posibilidad de resocialización del autor¹⁷⁶.

La relación que deben tener estos criterios en la decisión por la penalidad fue objeto de una importante reflexión en el desarrollo del Derecho penal de los años sesenta y setenta en el escenario europeo. Los tres criterios mencionados “no conducen en igual sentido a una finalidad, sino que difieren antinómicamente en sus pretensiones, el proceso de medición de la pena sólo puede efectuarse si previamente se ha conseguido un acuerdo sobre estos tres posibles puntos de mira”¹⁷⁷.

Se ha dicho que la pena, frente a la comisión de un delito, debe regirse según la culpabilidad, pero ante esta afirmación se enfrentan dos posturas: una, que señala que la culpabilidad sólo abre un margen de posibilidades, dentro de las cuales el juez debe

¹⁷⁶ Dentro de la determinación de la pena, ya pocos autores hablan de que se deba realizar una pretensión de inculcación del autor, conservando esta finalidad sólo como elemento complementario del fundamento de la existencia de pena.

¹⁷⁷ MAGARIÑOS, Mario. *Hacia un criterio para la determinación de la pena*, en “Determinación judicial de la pena”, compilado por MAIER, Julio, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág.73

decidir (teoría del margen de libertad), y otra, según la cual la culpabilidad entrega una “pena exacta”. La tendencia ha sido apoyar la primera, por lo que posteriormente debemos tomar en cuenta otros elementos para aplicar una pena puntual en un caso concreto.

Así concluimos que la culpabilidad es el *primer* criterio que debe ser considerado, ya que constituye además el fundamento de la pena. Y se debe fijar la pena dentro del marco de la culpabilidad, porque de ese modo se consigue “la finalidad político-social de restablecer la paz jurídica perturbada y de fortalecer la conciencia de la comunidad imponiendo al autor del delito una sanción que ha *merecido*, es decir, una sanción que corresponda a la gravedad de su delito”¹⁷⁸. Sin embargo, “merecido” es un concepto vago, que puede ser muy variable frente a los casos, y que podríamos resumir como lo que satisface un sentimiento de justicia.

Por su parte, se ha asumido que cualquiera pena que se encuentre dentro del margen de la culpabilidad, constituye una decisión legislativa que comprende ya las finalidades preventivo-generales intimidatorias (negativa) y de reafirmación del Derecho (positiva). Por lo tanto la culpabilidad representa un límite a la consideración de criterios de prevención general, los que no podrían ser argumentados con el propósito de ir más allá de la culpabilidad. Esto se ve reforzado por la idea de que el fin protector liberal del principio de culpabilidad, como fundamento jurídico suprallegal, es precisamente la restricción al poder de intervención estatal¹⁷⁹.

¹⁷⁸ ROXIN, Claus. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*, en del mismo “Culpabilidad y prevención en Derecho penal”. Editorial Reus, Madrid, 1981, pág. 97.

¹⁷⁹ Esta garantía persigue evitar la instrumentalización del condenado, junto con hacer evidente una ineficacia intimidatoria, ya que una sanción superior al grado de culpabilidad la desvincula de ella, y así deja de entregar una pauta de conductas, sino más bien hace un distribución de castigos al azar.

A su vez el principio de culpabilidad también es un límite máximo para decidir una pena según consideraciones de prevención especial, las cuales sólo podrán ser apreciadas para precisar la pena específica dentro de ese margen. Tampoco debemos olvidar que el principio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción en sus tres dimensiones (idoneidad, necesidad y relación medio-fin), también constituye un límite a las decisiones respecto a la cuantía de la pena, tanto para el juez como para el legislador.

Entonces queda claro que ninguna pena puede sobrepasar el máximo fijado por el criterio de culpabilidad. La pregunta es si acaso puede adoptarse una pena que sea inferior a ese marco establecido. En otras palabras, es el caso en que la aplicación de una pena determinada conforme al criterio de culpabilidad sea nociva para la resocialización del autor. En el Derecho penal adulto, excepcionalmente esta situación sí es aceptada¹⁸⁰ –principalmente en las situaciones menos graves-, puesto que “en los casos en los que la pena adecuada a la culpabilidad pudiera tener un efecto contrario a la resocialización, la sociedad tolera todavía una cierta pérdida en el tratamiento justo igualitario en beneficio de la prevención especial”¹⁸¹.

17.2.2 DERECHO PENAL JUVENIL.

Si en el sistema para adultos se contempla excepcionalmente la posibilidad de aplicar una pena inferior al marco de culpabilidad, entonces con mayor razón deberá

¹⁸⁰ Así por ejemplo el § 47 del código penal alemán permite que una pena inferior a seis meses sea impuesta bajo el margen de culpabilidad, cuando sea indispensable para actuar sobre el reo (...).

¹⁸¹ ROXIN, Claus, *ob. cit.*, pág. 109.

aceptarse en un régimen penal para niños, en consideración del principio de *interés superior del niño*¹⁸², y que revisaremos a continuación.

Nuestro país ha firmado tratados internacionales que lo obligan, en todo proceso en el que se vea envuelto un menor de edad, a adoptar todas las medidas para proteger sus intereses resguardando su condición de persona en desarrollo. Así lo afirma el fallo de un tribunal nacional, indicando que *“la ley 20.084 se funda en el principio básico de indemnidad personal (...), principio que en el caso de los adolescentes resulta más amplio, pues habrá que considerar en cada caso particular en qué medida la pena a aplicar afecte gravemente su desarrollo y sus necesidades, lo que se refuerza teniendo en consideración la necesidad de la pena y el interés superior del niño (...).”*¹⁸³.

El principio de interés superior del niño importa un mandato vinculante tanto para actos legislativos como para actos judiciales o de autoridad. En correspondencia a los criterios señalados para la determinación de la pena, este principio encarna el criterio preventivo especial de resocialización del autor¹⁸⁴, y es “conforme a las necesidades y desarrollo del adolescente que el acento en relación a la determinación de la pena está en el carácter preventivo especial de ésta”¹⁸⁵.

¹⁸² En relación a este principio el profesor Juan Bustos sugiere utilizar la terminología “niño”, ya que descubre una carga valorativa y que “se han de reconocer los derechos del niño, dejando de lado al respecto la distinción niño y adolescente, pues ello conlleva una ideología de diferenciación discriminatoria. En la imaginaria cultural los míos son siempre niños, no así los de otros y esto vale especialmente en la relación entre grupos sociales y, por lo demás, selectivamente fijado así desde el sistema de control social respecto de los estratos sociales más desfavorecidos”. BUSTOS, *ob. cit.*, pág. 14.

¹⁸³ Corte de Apelaciones de Temuco, ROL 709-2007, 20 julio 2007, considerando 3º.

¹⁸⁴ Podemos afirmar que existe una discusión sobre el significado de este principio en concreto, pues si bien la pena deberá dirigirse hacia la resocialización del niño, en muchos otros casos significará la “no disociación del medio en que se desenvuelve”.

¹⁸⁵ BUSTOS, Juan. *ob. cit.* pág. 56.

De esta manera, se invierte el paradigma clásico, ya que el marco límite dentro del cual se adoptará una pena particular ya no es la pena adecuada a la culpabilidad, sino que en este sistema será la resocialización. Este criterio ha sido recogido por la jurisprudencia al señalar que *“el acusado pese a haber cometido delitos en su edad adolescente, se ha incorporado a la vida laboral sin dificultades reinsertándose familiar y socialmente (...) lo que el Tribunal no puede dejar de considerar al establecer la naturaleza de la sanción y finalidades de la misma”*¹⁸⁶, es decir, el adjudicador deberá optar necesariamente por la pena que implique el mayor nivel de resocialización del menor, y sólo en la situación de que más de una pena sea igualmente idónea para tal fin, entrar a ponderar otros criterios, conforme al principio de interés superior del niño, recogido también por el artículo 2º de la LRPA.

Frente a este punto, nos cuestionamos qué sentido puede tener la existencia de un Derecho penal, el cual por definición es un instrumento sancionador, lo que se basa en la culpabilidad del infractor, pero que a su vez tiene como máxima inexorable el interés en beneficio del autor del delito. ¿Sigue siendo sancionador un Derecho así? O, ¿son incompatibles unas pretensiones de punición con aquel principio, el cual derechamente estaría siendo negado? Una respuesta a esta interrogante, es la que se orienta a que la culpabilidad del autor es sólo el fundamento para que sea ingresado al sistema denominado “penal”, pero que en realidad no tendría penas -en su sentido jurídico penal-, sino que serían sólo medidas conducentes a la rehabilitación.

Así, en España la *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad de menores* de 1999, fue dictada bajo la premisa de un Derecho penal juvenil orientado en los fines de prevención especial. Su naturaleza educativa se expresa en que se evita la utilización del término “pena” y se habla sólo de medidas sancionatorias educativas. Incluso se

¹⁸⁶ Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, RIT 53-2004, 11 julio 2007, considerando 14º.

rechazan expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, o la intimidación de los destinatarios de la norma¹⁸⁷. Aquí, Derecho penal debe entenderse no como la facultad de intervención del Estado (*ius puniendi*), sino como el conjunto de garantías que protegen al ciudadano en un determinado proceso que afectará su esfera de libertad (*ius penale*)¹⁸⁸, siendo la culpabilidad el elemento que abre las puertas al procedimiento, pero sin jugar un papel relevante en la determinación de la pena.

Entonces surge el cuestionamiento qué tan conducentes hacia la rehabilitación pueden ser esas pena-medidas en la LRPA. ¿Qué tanto podemos confiar en nuestros legisladores, quienes imponen en abstracto una pena¹⁸⁹, y en donde no se permite considerar elementos circunstanciales para la efectiva resocialización, ya que una pena contraria a tal objetivo dependerá del sistema penitenciario, y de circunstancias personales? ¿Es coherente esta norma con el interés superior del niño? ¿Existe realmente una voluntad resocializadora de parte de nuestro legislador? Esta pregunta debemos responderla negativamente, ya que, a pesar de los informes de la Comisión de Expertos para la LRPA, en donde se expresa que no están dadas las condiciones necesarias para que opere el nuevo régimen, tanto Ejecutivo como Parlamento rechazaron la postergación de la entrada en vigencia de la ley¹⁹⁰.

¹⁸⁷ CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte General. Lecciones 26-40*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2005, pág. 82.

¹⁸⁸ Sobre la superación del modelo de tutelar o de la situación irregular del niño, a través de las garantías en el proceso, BUSTOS, *ob. cit.* pág. 15 y siguientes.

¹⁸⁹ Por ejemplo el art. 23 N° 1 de la LRPA (modificado por la ley 20.191) contiene el imperativo para el juez de aplicar la pena de régimen cerrado.

¹⁹⁰ El 15 de mayo de 2007 fue aprobado el nuevo art. 23, así como fue rechazada la postergación de la entrada en vigencia de la ley por el congreso. Historia de la Ley N° 20.191. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20191/HL20191.pdf> (Sitio visitado en septiembre de 2007).

Respecto a la objeción de que una pena inferior al margen de culpabilidad sería insuficiente en su efecto intimidatorio, cabe recordar que en el proceso penal pueden identificarse una sanción primaria (condena, como reproche social), y una sanción secundaria (pena, como afectación de derechos), pudiendo ser aquella suficiente para tal efecto, ya que para que una pena sea ejecutada debe concurrir una “necesidad de pena” además del “merecimiento de pena”. No obstante, aun existiendo tal necesidad de pena, el fin preventivo general debe ser sacrificado en pos de la resocialización del menor, a la luz del principio de interés superior del niño.

En los delitos cuyo principio de ejecución sean anteriores a la entrada en vigencia de esta ley, un punto importante también es la aplicación del principio de favorabilidad, puesto que será discutible en algunos casos si es más beneficioso para el acusado la imposición de la nueva ley 20.084, o bien el antiguo sistema de discernimiento, la rebaja en un grado por ser menor de edad (artículo 72 C.P.), y eventualmente la aplicación de la ley 18.216 sobre cumplimiento alternativo de la pena. Este problema se desprende de que ambos sistemas contemplan penas de distinta naturaleza. Al respecto, nuestros tribunales señalan que *“hoy el escenario de los condenados bajo el alero de la ley 20.084 es evidentemente más beneficioso, ya que existe un mayor abanico de posibilidades de penas a imponer para el sentenciador confórmela artículo 23 de inciso 2º (...) todas las cuales comprenden sanciones para hacer efectiva la responsabilidad del adolescente pero colocando énfasis en bajo distintos mecanismos y con personal técnico y profesional que intentan reinsertar, resocializar, generar la conciencia y madurez necesaria para el desenvolvimiento y la vida en sociedad (...), mecanismos que se encontraban mayormente ausentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.084”*¹⁹¹.

¹⁹¹ Juzgado de Garantía de Copiapó, RIT 2754-2005, 24 julio 2007, considerando 2º.

17.3 ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO Y DETERMINACIÓN DE LA PENA.

17.3.1 TIPO Y TIPICIDAD.

Como dice Enrique Cury Urzúa, el tipo es aquel conjunto de características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico, además, cada conducta descrita va acompañada de una sanción, conformando de esta manera el tipo penal. Es decir, el tipo tiene un supuesto de hecho, que es la conducta descrita formal y abstractamente por el legislador y una sanción que conmina a las personas a no ejecutar la acción descrita.

La tipicidad, en cambio, es el elemento categorial de la conducta realizada por una persona cuando la acción del individuo concuerda perfectamente con la descripción abstracta trazada por el legislador, es decir, con el supuesto de hecho del tipo.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente no establece nuevos tipos penales, en el sentido que no crea nuevas conductas prohibidas penalmente, remitiéndose a las ya contempladas en el Código Penal y en leyes penales especiales, sin embargo, como expresa el artículo 1 inciso 3º de la nueva normativa, de las faltas sólo serán responsables los adolescentes mayores de 16 años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en el artículo 494, N° 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495 N° 21, y 496 N° 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la Ley N° 20.000; expresando que en los demás casos se estará a lo dispuesto en la Ley N° 19.968. Además, el artículo 4 de la Ley N° 20.084, señala una regla especial para delitos sexuales, en orden a que no podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 *quater* del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no

concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 de dicho código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.

Atendido a lo señalado, la nueva ley no establece nuevas conductas prohibidas penalmente, pero si contempla algunas excepciones, con lo cual se entiende que los supuestos de hecho de los tipos se mantienen prácticamente incólumes con respecto a lo dispuesto por el Código Penal y las leyes penales especiales. Sin embargo, donde sí hay una tremenda variación es en la sanción que recaerá en el menor que sea condenado por la comisión de un ilícito penal, pues la nueva ley consagra una escala de penas distinta a la prevista para los adultos, en atención a los objetivos y principios que busca materializar la Ley N° 20.084.

En este sentido, entendemos que los supuestos de hecho de los respectivos tipos penales se mantuvieron para los adolescentes, cambiando sólo las penas que se les aplicarán si son condenados, pues tomando en cuenta los artículos 2 y 20 de la ley en cuestión, “las penas en un sistema democrático han de tener una finalidad, la que en este caso es la plena integración social del adolescente”¹⁹².

A las personas condenadas según esta ley se les aplicará la escala general de sanciones penales para adolescentes contemplada en el artículo seis ¹⁹³, las que por su naturaleza, son completamente distintas a las previstas para los adultos, en virtud

¹⁹² BUSTOS, *ob. cit.*, pág. 41 y siguientes.

¹⁹³ Ver *Infra* capítulo IV, 4, Análisis de las clases de sanciones descritas en la ley 20.084.

de los fines de esta ley, sin embargo, por una cuestión de técnica legislativa, la determinación de la extensión de la pena se hará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley, donde el juez deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por el Código Penal o la ley penal especial respectiva 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; mientras que la determinación de la naturaleza de la pena se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 23 de la ley, el cual establece una tabla de conversión, en el sentido que se aplicará alguna de las sanciones dispuestas en el artículo 6 de la ley, dependiendo de la extensión de la pena que correspondiera en el derecho penal de adultos, entregando varias opciones por cada tramo, donde el juez para determinar con certeza la pena más adecuada a la luz del artículo 20 de la ley, deberá tomar en cuenta los criterios del artículo 24 de la ley, que son: la gravedad del ilícito, participación del sujeto en el ilícito, grado de ejecución, atenuantes y agravantes de responsabilidad, edad del adolescente, extensión del mal causado, y la idoneidad de la sanción. Estos criterios permitirán establecer finalmente la pena que se aplicará al menor infractor, dejando constancia de ello en su fallo.

Al describir las principales disposiciones de la ley en cuanto al tipo y la tipicidad, que tendrán importancia al momento de determinar la pena, advertimos que los tipos penales en cuanto al supuesto de hecho, no varían, pues la nueva normativa se remite a las conductas descritas por el Código Penal y las leyes penales especiales, con algunas excepciones que señalamos, sin embargo, lo que sí cambia en los tipos penales para los adolescentes es la sanción que los conmina a no ejecutar la conducta descrita abstractamente por el legislador.

Vale la pena señalar que existen otras disposiciones que influirán en la determinación de la pena exacta, las que serán analizadas posteriormente.

17.3.2 ANTIJURIDICIDAD.

“La antijuridicidad es aquel disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico.”¹⁹⁴

En la LRPA no se expresan reglas especiales respecto a la antijuridicidad, pues según lo que hemos podido percibir, la principal diferencia de esta ley con la normativa penal para adultos, es la nueva escala de penas que se establece en virtud de los principios que fundamentan esta ley.

Por lo tanto, a grandes rasgos, se deberían seguir las normas generales del derecho penal de adultos, en consecuencia, también existirá la ejecución de conductas típicas que carezcan de antijuridicidad, cuando concurra alguna causal de justificación, las que son “situaciones reconocidas por el derecho, en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida o, incluso, exigida, y es, por consiguiente, lícita”.¹⁹⁵ Sin embargo, aquí existe un elemento importante, ya que debido a la estructura la antijuridicidad, ésta se determinará, en primer lugar, por la corroboración de una norma que permita realizar la acción típica, y en caso de ser permitida, deberá realizarse un ejercicio de sopesamiento de intereses. Y lo particular que rodea esta materia, como ya hemos señalado, es el interés superior del niño, lo cual no existe en un sistema penal adulto.

¹⁹⁴ CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, pág. 353.

¹⁹⁵ *Idem*, pág. 363 y siguientes.

Por eso, en el análisis de la colisión de intereses, habrá que “considerar el interés superior del niño respecto de sus necesidades (...) ya que tendrá especial importancia en la determinación de las causas de justificación en la antijuridicidad”¹⁹⁶. Por ejemplo, el requisito de necesidad racional en la legítima defensa, su apreciación ha de ser desde la racionalidad del adolescente y no desde la de un adulto¹⁹⁷, lo que se traducirá en que aumentará las situaciones en donde su bien jurídico protegido tenga preeminencia sobre el bien jurídico afectado por la acción típica.

17.3.3 CULPABILIDAD.

“La culpabilidad es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho”¹⁹⁸. Es decir, es un reproche que se hace al autor por haber cometido el delito, pudiendo haber actuado de otra manera. No se castiga al autor por la simple ejecución de un hecho, sino cuando lo realiza en determinadas circunstancias¹⁹⁹.

Tradicionalmente se ha aceptado que la culpabilidad se compone de tres elementos: *imputabilidad*, que es la capacidad para comprender la trascendencia jurídica de su actuar y para determinarse conforme a ella; *conciencia de antijuridicidad*, que es la comprensión por el sujeto de la ilicitud de su acto en la situación concreta; y

¹⁹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 34.

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ CURY URZUA, *ob. cit.* pág. 385.

¹⁹⁹ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte General. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 254.

exigibilidad de una conducta conforme a Derecho, que es la posibilidad de exigir a una persona el respeto a las normas bajo las circunstancias reales en que actuó.

Sobre estos puntos podemos basar nuestra crítica. Dentro de las causales de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida se ha ubicado tradicionalmente la minoría de edad, lo que con la entrada en vigencia de la LRPA queda restringido sólo a los menores de 14, ya que ella hace una decisión por la completa imputabilidad para mayores de esa edad. El asunto es preguntarse si efectivamente una persona en ese estado de desarrollo mental tiene esa capacidad. Nuestro legislador ha decidido que sí lo es. Como se ve, ésta es una cuestión de política criminal, ya que el legislador determina en abstracto, en un acto de voluntad, si una persona es imputable a partir de cierta edad.

Ahora bien, es una cuestión evidente que el núcleo de los destinatarios al que va dirigida esta ley son sectores marginales de la población: las estadísticas demuestran que la gran mayoría de delitos contra la propiedad los realizan autores que provienen de los sectores más desfavorecidos económicamente²⁰⁰. En estos círculos no se encuentra arraigado el respeto por el orden jurídico, y así para personas que al mismo tiempo se encuentran en una etapa de desarrollo de su personalidad, con una incertidumbre respecto al funcionamiento de la sociedad, no es valorable ese respeto. Por lo tanto, también resulta objetable la concurrencia referente a la conciencia de antijuridicidad que puedan tener los imputados por esta ley.

Finalmente, podemos cuestionar la legitimidad de esta ley respecto al tercer elemento de la culpabilidad, ya que éste determina si es o no esperable que el sujeto

²⁰⁰ Ver *supra* Capítulo I, 3, Juventud y Marginalidad.

motive su conducta conforme a su conciencia de ilicitud, en el caso concreto. Alguna de las eximentes de responsabilidad de nuestro código penal en su artículo 10 “tienen fundamento en la imposibilidad del sujeto de motivarse conforme a la norma”²⁰¹, y entonces surge la pregunta si el contexto que rodea al adolescente es susceptible de entregarle un respeto a las normas, es decir, si *cualquiera* de nosotros viviéramos bajo esas condiciones, y en aquel estado natural de desarrollo mental ¿motivaríamos nuestro comportamiento conforme a la norma? Una respuesta negativa a esta interrogante es trascendental para determinar si estamos en presencia de un *Derecho penal del enemigo* dirigido a una clase de personas en particular.

“Esta exigencia es comprensible siempre que los individuos enfrenten situaciones que puedan calificarse como alternativas normales de vida”²⁰², pero la marginalidad social en la que han vivido la mayoría de los niños destinatarios de la LRPA no puede considerarse alternativa normal de vida.

17.3.4 ÍTER CRÍMINIS Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL

El tipo penal en la parte especial del código penal se compone de la descripción del supuesto de hecho, por una parte, y de la determinación de la penalidad, por otra, como se señaló anteriormente. Sin embargo, tanto supuesto de hecho como penalidad están referidos al delito en grado de ejecución *consumado*, y en grado de participación de *autoría*. Así el principio de legalidad, en su mandato de tipicidad, es satisfecho por la relación que se hace a la parte general, en la regla que establece la penalidad

²⁰¹ GARRIDO MONTT, Mario. *ob. cit.*, pág. 278.

²⁰² *Idem.*, pág. 311.

disminuida para cuando el delito ha llegado sólo al grado de tentativa inacabada como acabada (delito frustrado), lo que se halla en los artículos 51 y siguientes en relación al artículo 7 del CP. Por esta razón algunos autores los han llamado “tipos subordinados”, puesto que deben aplicarse estas reglas de la parte general sobre un tipo determinado de la parte especial. Una buena parte de la doctrina ha realizado esfuerzos en determinar *a partir de cuándo* una conducta debe ser considerada contraria al ordenamiento jurídico, y por lo tanto es punible. Podemos distinguir distintas etapas en la realización de un delito, las cuales son en orden cronológico: *idear, planificar, preparar, realizar la acción típica, causar el evento típico*.

La opinión dominante ha apoyado la postura de legitimar la punibilidad a partir del comienzo de la ejecución, lo que coincide con la etapa de preparación²⁰³, en consideración del disvalor de acción que ello significa.

Lo señalado referente a los tipos subordinados también ocurre respecto del grado de participación; así la regla para el tratamiento de las personas que actúen como partícipes²⁰⁴ y no como autores en un delito está contenida en los artículos 14 y siguientes del CP. Así es como deberá aplicarse la tabla demostrativa del artículo 56, la cual grafica la penalidad reducida tanto para casos de tentativa como de complicidad.

²⁰³ CURY URZUA, *ob.cit.*, pág. 550.

²⁰⁴ Hoy en día ha sido superada la idea de que el encubrimiento se trata de un grado de participación *dentro* del delito, puesto que aquél se trata de un hecho posterior a la comisión, el cual persigue que el delito no salga a la luz pública.

En la LRPA, esta distinción se expresa en el artículo 24 letra b), al establecer “la calidad que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción”, entre los criterios que el tribunal deberá atender en la determinación de la pena. Sin embargo, observamos un caso particular en el artículo 450 del CP, el cual castiga con pena de consumado las tentativas de robo con violencia en las personas y robo con fuerza en las cosas. Así se determinará *cuantitativamente* la extensión de la pena dentro del CP de acuerdo a la regla del 450, pero posteriormente surge la duda si nuevamente corresponde que sea considerada en relación al artículo 24 de la LRPA. Así el juzgado de garantía de Copiapó se ha inclinado por considerar aquel criterio nuevamente: *“Para definir la sanción específica a aplicar, se debe observar el artículo 24 de la LRPA: 2) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; acá nos encontramos ante (...) un delito en grado de frustrado, pero que conforme al artículo 450 del CP se sanciona como consumado”*²⁰⁵. Así, en la apreciación del artículo 24 de la LRPA, se considera el grado de ejecución como consumado, cuando este elemento ya había sido considerado en la determinación de la extensión de la pena del catálogo que existe al interior del CP.

Un punto importante que salta a la vista es la situación en que un menor se vea implicado en un hecho, donde exista participación de un adulto. Sobre esto se refiere el artículo 72 del CP. ¿Las reglas de determinación disminuida de la pena para el adolescente, se aplicarán a partir de cuál pena original? Por ejemplo, un adolescente participa como cómplice de un delito cuyo autor es un adulto, quien recibirá la pena por delito consumado, sin la disminución del artículo 21 de la LRPA. Respecto al menor, lo que corresponderá será tener como punto de partida la pena inferior en un grado al mínimo para la calificación del hecho. Posteriormente se deberá emplear las reglas previstas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del CP (artículos 50 al 78), es decir, las reglas para determinar la penalidad correspondiente al grado de participación de

²⁰⁵ Juzgado de Garantía de Copiapó, RIT 2754-2005, 24 julio 2007, considerando 2º.

cómplice. No será procedente aplicar la disminución en un grado al cómplice menor del artículo 51 del CP, a pesar de que el autor haya sido condenado con pena de autoría. Al menor, tratándose de una circunstancia subjetiva, deberá reducirse en un grado al mínimo conforme al artículo 21, y luego reducirse otro grado correspondiente a la pena de cómplice.

17.3.5 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL.

“Por circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal se entiende un conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo.”²⁰⁶

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal adquieren relevancia en virtud del artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, pues en este artículo se expresa que para determinar la extensión de la pena se estará a lo dispuesto en el párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, por ende, queda claramente establecido que el tribunal deberá tomar en cuenta las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal previstas en los artículos 11 y 12 del Código Penal, donde se enumeran las atenuantes y agravantes respectivamente.

²⁰⁶ CURY URZUA, *ob. cit.*, pág. 471 y siguientes.

Además, el legislador estableció en el artículo 24 de la ley en cuestión, en su letra c, que las atenuantes y agravantes son parte de los criterios que servirán para la determinación de la naturaleza de la sanción que se aplicará al joven condenado por la comisión de un delito.

Vale la pena señalar, que el juez deberá considerar estas circunstancias modificatorias en atención a los principios que sustentan esta nueva normativa y en fin los fundamentos del derecho penal, que no olvidemos es un derecho de carácter excepcional, de interpretación restrictiva, y reconocida su condición de *última ratio*, por lo tanto, esta doble valoración que se hará de las circunstancias modificatorias, en el sentido de valorarlas tanto para la extensión de la pena como para la naturaleza de la sanción, tal como sucede con el íter críminis y grado de participación, vulnera el principio de *non bis in ídem*, sin embargo, “si la doble valoración no está para desprotegerlo, sino por el contrario para una mayor protección de sus derechos, ciertamente no hay infracción al non bis in ídem”²⁰⁷.

Como ya nos hemos dado cuenta, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente se remite en muchos aspectos al Código Penal, por una cuestión de técnica legislativa que permite ventajas significativas, pero como veremos a continuación, en un análisis más detallado de los distintos factores, disposiciones y situaciones complejas, la determinación de la pena claramente es un tema que los jueces deberán abordar con una mayor dedicación para así lograr materializar verdaderamente los principios y fines que pretende esta nueva ley.

²⁰⁷ BUSTOS, *ob. cit.*, pág. 41 y siguientes.

17.4 DISPOSICIONES LEGALES, FACTORES RELEVANTES Y SITUACIONES COMPLEJAS RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.

El párrafo quinto de la LRPA se titula “de la determinación de las penas”, desde el artículo 20 hasta el artículo 26, en el cual se expresan lineamientos tendientes a establecer parámetros para la fijación de la sanción penal para el adolescente. En el artículo 20 de esta ley se señala la finalidad de la sanción, la que está basada en hacer efectiva la responsabilidad del adolescente, pero de manera tal que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

El artículo 20 evidentemente es el más importante en cuanto a la determinación de la pena exacta, pues más allá de las reglas e instrumentos legales con que contará el juez para efectuar esta importante labor, él siempre deberá apreciar los antecedentes y medios de prueba que se recopilen en el proceso para alcanzar la consecución de los fines señalados, pues por mucho que existan disposiciones que los guíen, siempre tendrán un ámbito de discrecionalidad, el que debe ser abordado de manera coherente con los fines de un Estado de Derecho Democrático, que se basa en una Constitución que supone el desarrollo de los individuos con pleno respeto a sus derechos tanto individuales como colectivos, por ende, más allá de las reglas que se explicarán en los párrafos siguientes, el tribunal estará en la obligación de dictar una sentencia acorde a los principios que nos organizan como sociedad, con lo cual obtendremos fallos justos y adecuados a los pilares fundamentales que legitiman la existencia del Estado, esos mismos que motivaron la dictación de esta nueva ley penal para adolescentes, aunque “nunca una política criminal ni el Derecho penal podrán sustituir políticas sociales, económicas y culturales, que son las fundamentales para fortalecer los derechos y las opciones del adolescente, por el contrario, sus carencias o fallas en gran medida son

campo propicio para los procesos delictivos y, en especial, en el ámbito del adolescente, precisamente por sus necesidades y su desarrollo en formación²⁰⁸.

El artículo 21 de la ley en estudio se refiere a las reglas para determinar la extensión de la sanción, la que debe establecerse según esta normativa, donde el tribunal debe aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por el Código Penal o la ley especial respectiva 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.

Es importante determinar la extensión de la pena, pues sólo una vez determinada aquélla, puede designarse la naturaleza de la sanción aplicable al caso.

En virtud de lo expresado en el artículo 21 de la ley, las disposiciones del Código Penal deben ser aplicadas tal como si se tratara de un adulto, con la única diferencia que al adolescente, inmediatamente se le debe rebajar en un grado la sanción respecto al mínimo de la pena asignada al delito por el Código Penal o la ley penal especial, en virtud del artículo indicado al inicio de este párrafo, el que sigue la misma directriz del artículo 72 del Código Penal -hoy derogado- y que se refería sólo a los jóvenes menores de 18 y mayores de 16 que habían sido declarados con discernimiento. En consecuencia, se debe tener en cuenta la participación que tuvo el joven en el hecho punible, el grado de ejecución, y las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que le puedan favorecer o perjudicar. El juez deberá analizar cuidadosamente los antecedentes para determinar en qué extensión queda la pena. Por ejemplo:

²⁰⁸ *Ídem.*

- 1) Un adolescente de 17 años comete el delito de lesiones gravísimas, contemplado en el artículo 397 N° 1 del Código Penal, como cómplice, y le favorece una circunstancia atenuante.

La pena asignada a este delito para un adulto es de presidio mayor en su grado mínimo; inmediatamente debemos rebajar en un grado la pena atendido a que es un adolescente en virtud del artículo 21 de la ley, quedando en presidio menor en su grado máximo; luego, en atención a que participó como cómplice, conforme al artículo 51 del Código Penal, se le debe rebajar en un grado la pena, quedando en presidio menor en su grado medio (de 541 días a tres años); y finalmente le favorece una circunstancia atenuante, con lo cual, en virtud del artículo 67 inciso segundo del Código Penal, la pena deberá aplicarse en su *mínimum*; es decir, atendido a lo que expone el artículo 67 inciso tercero del Código Penal, la pena que se le podrá aplicar es la que va entre 541 días y 818 días.

- 2) Un adolescente de 17 años comete el delito de robo en lugar no habitado, contemplado en el artículo 442 del Código Penal, como autor, en grado frustrado y le favorecen dos circunstancias atenuantes.

La pena asignada a este delito consumado para un adulto es de presidio menor en sus grados medio a máximo; inmediatamente debemos rebajar en un grado la pena atendido a que es un adolescente en virtud del artículo 21 de la ley, quedando en presidio menor en su grado mínimo (esta interpretación la sostiene el Profesor Mario Garrido Montt entre otros autores, aunque en algunas sentencias se ha visto que cuando se rebajan estas penas conformadas por dos grados de una divisible, se concluya que debería en este caso haber quedado en presidio menor en sus grados mínimo a medio); luego, en atención a que el grado de ejecución es frustrado, en atención al artículo 51 del Código Penal, se le debe rebajar en un grado la pena, quedando en prisión en su grado máximo (de 41 días a 60 días); y finalmente le favorecen dos circunstancias atenuantes, con lo cual, en virtud del artículo 68 inciso

cuarto del Código Penal, la pena podrá aplicarse rebajada en uno, dos o tres grados; es decir, podría quedar en prisión en su grado medio, si el juez decidiera rebajar en un grado; podría quedar en prisión en su grado mínimo, si el juez decide rebajar en dos grados; o podría quedarse sin castigo, si se llegara a la conclusión de rebajar en tres grados la pena (esto último es confuso, pero técnicamente posible).

Una vez que se determina la extensión de la pena para el adolescente, en virtud del artículo 21 de la Ley N° 20.084, mediante el ejercicio realizado en los ejemplos, el legislador le otorga al juez un cúmulo de sanciones socioeducativas de distinta naturaleza, contempladas en el artículo 23, incluyendo una tabla de conversión, donde a partir de la extensión de la pena que se haya fijado, el juez deberá determinar la naturaleza de la sanción que aplicará, vale decir, por cada tramo de extensión, tendrá que determinar cual de las penas que le ofrece el legislador es la más adecuada para cumplir con la finalidad de la ley.

Sin embargo, para determinar la naturaleza de la sanción, el sentenciador no podrá basarse en criterios personales o arbitrarios, sino que tiene la obligación de tomar en cuenta los criterios señalados en el artículo 24 de la ley, los cuales son:

- 1) La gravedad del ilícito;
- 2) La participación del adolescente y el grado de ejecución del ilícito;
- 3) Las circunstancias atenuantes y agravantes;
- 4) La edad del adolescente infractor;
- 5) La extensión del mal causado con la ejecución del delito;
- 6) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

Todos éstos son los criterios que debe tomar en cuenta el juez al momento de determinar la sanción que aplicará finalmente, no olvidando que siempre debe proceder en virtud de los artículos 2 y 20 de la ley, pues ésta es la única manera de hacer coherente y consistente el accionar del tribunal.

Como ya señaláramos, para el Profesor Juan Bustos la doble valoración que se hará de las circunstancias modificatorias, del íter críminis y del grado de participación, en el sentido de considerarlos tanto para la determinación de la extensión de la pena como para la determinación de la naturaleza de la sanción, vulnera el principio de *non bis in ídem*, a no ser que la doble valoración represente un beneficio para el adolescente.

El artículo 25 de la ley contempla la posibilidad de imponer conjuntamente dos penas, en las situaciones regladas en los números 3 y 4 del artículo 23 de la ley, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo.

El artículo 22 de la ley expresa que si la sanción calculada en la forma dispuesta en el artículo 21 supera los límites máximos señalados en el artículo 18, su extensión deberá ajustarse a dichos límites. El artículo 18 dispone que las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad.

Por otra parte el legislador señaló que en los casos del artículo 22 número 1, es decir cuando la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar solamente la pena de internación en régimen cerrado con

programa de reinserción social durante los dos primeros años, sin la posibilidad de poder aplicar el resto de las alternativas²⁰⁹.

Cuestión que resulta claramente más gravosa para un adolescente, ya que un adulto que cometa un delito en iguales circunstancias, podrá acogerse a los beneficios que le ofrece la ley 18.216 establece medidas como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, es decir un menor condenado a una pena de mas de 5 años estará obligado a cumplir los dos primeros años privados de libertad, mientras que un adulto podrá cumplir la totalidad de la condena en libertad. ¿Es esto un régimen atenuado de responsabilidad penal adolescente?

Para agravar más la situación hasta la fecha no ha quedado establecido si los beneficios de la ley 18.216, podrán ser aplicados a la justicia penal juvenil, por el momento nadie se ha pronunciado al respecto, por lo que los tribunales se están absteniendo al respecto y privilegiando solo las sanciones contempladas en el artículo 6 de la ley.

Para finalizar este tema y dar a entender que la finalidad de las sanciones se basa en el mayor desarrollo que pueda alcanzar el adolescente, sin que se le prive de sus derechos, y tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 2 y 20 de la normativa en estudio, el artículo 26 expresa que la privación de libertad se utilizará como medida de último recurso, y que en ningún caso se podrá imponer una pena de esa índole si un adulto condenado por el mismo hecho no debiera cumplir una sanción de dicha naturaleza, pero lo recién expuesto deja en evidencia que este artículo, queda en letra muerta gracias a la modificación realizada al artículo 19 de la ley .

²⁰⁹ Ver artículo 19 de la ley 20.084

El tema de la determinación de la pena siempre ha sido complejo para el derecho penal de adultos, por lo tanto, este nuevo sistema de responsabilidad penal adolescente que se remite a aquel modelo claramente presentará las mismas deficiencias y amplios terrenos de discrecionalidad para el juez; pero a estos debemos sumarles las propias inconsistencias dadas por el legislador, es de esperar que los principios nobles de esta normativa y las razones que fundamentan la implementación de este sistema penal para jóvenes sean en definitiva lo que lleve a los jueces a ser prudentes y coherentes a la hora de determinar las sanciones y su duración.

A modo de conclusión, “Las reglas de determinación de la pena de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, se explican por la necesidad de preservar la legalidad de las penas, principio irrenunciable de la intervención punitiva en un Estado de Derecho Democrático. La técnica legislativa seleccionada busca únicamente evitar la repetición, con ciertas modificaciones, del catálogo de delitos y sanciones previsto en el Código Penal y leyes complementarias. Si bien las ventajas de la técnica aludida son significativas, pues permite una importante economía legislativa sin sacrificar el principio de reserva legal, estimamos que las reglas de determinación de las sanciones que establece la ley resultan en buena parte imprecisas, redundantes e inconsistentes, dejando un amplio margen de discrecionalidad al tribunal para interpretarlas a su arbitrio, circunstancia que afecta peligrosamente el principio de certeza legal y seguridad jurídica.”²¹⁰

²¹⁰ HORVITZ LENNON, *ob. cit.* págs. 9 y 10.

18 ANÁLISIS DE LAS CLASES DE SANCIONES DESCRITAS EN LA LEY 20.084.

18.1 NOCIONES PRELIMINARES.

En la ley 20.084 se encuentran insertas, una serie de diversas sanciones a aplicar en caso de infracción a los tipos penales descritos en el Código Penal.

El mensaje del ejecutivo contenido en la historia de la ley en comento expresa como principales objetivos: *"Sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas resguardando siempre su desarrollo e integración social"*²¹¹.

Como puede desprenderse de las palabras anteriores, por un lado se pretende sancionar al joven infractor por el mal causado, y por el otro se encuentra latente la idea de resocialización y reeducación de este.

El objetivo educativo de la pena sin embargo, muchas veces no logra cumplirse a cabalidad. Lo anterior, tanto por la manifiesta falta de recursos destinados al mejoramiento de los recintos en los cuales los menores son recluidos (en el caso de las penas privativas de libertad) como a su vez, por la deficiencia en cuanto a un cuerpo

²¹¹ Mensaje del Ejecutivo, en Historia de la Ley 20084, diciembre de 2005, pág. 14.

profesional y técnico idóneo para atender las necesidades educacionales, psicológicas y afectivas de los menores.

El legislador, fue categórico en agrupar los diversos tipos de sanciones en tres tipos, distinguiendo entre una y otra, a través de elementos fuertemente relacionados al *“número de infracciones, la gravedad de ellas y la edad del imputado, así como la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad”*²¹².

Las sanciones contempladas en el artículo 6 de la ley están clasificadas en privativas de libertad, no privativas de libertad y accesorias. Nosotros haremos uso de esta clasificación para su análisis:

A. Penas privativas de libertad.

- a.1) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
- a.2) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

B. Penas no Privativas de Libertad.

- b.1) Libertad asistida.
- b.2) Libertad asistida especial
- b.3) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad
- b.4) Reparación del daño causado

²¹² *Ídem.*

b.5) Multa

b.6) Amonestación

C. Penas Accesorias.

c.1) Prohibición de conducir vehículos motorizados

c.2.) Sometimiento a programas de rehabilitación de drogas y/ alcohol

c.3) Comiso de objetos, documentos e instrumentos de los delitos

De la historia de la ley y los catálogos de sanciones ya descritos, se desprende cuales fueron los principales objetivos del legislador, dichos objetivos consisten tanto en la rehabilitación del condenado, como así mismo en la restauración del estado de cosas perturbado por el accionar delictivo.

Es así se hace hincapié tanto en materia de delitos y faltas, en la noción de reparación del mal causado, ya sea por medio de hechos concretos a favor de la comunidad y/o la víctima, como mediante la disposición monetaria del infractor en pos de la reestructuración del estado perturbado por su conducta.

En este sentido Ana María Morales²¹³ nos dice: *“La tesis de la reparación como tercera vía es la que más se acerca a la construcción jurídica de la reparación y, en*

²¹³ MORALES PEILLARD, Ana María, *Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el subsistema de responsabilidad penal*

particular, de las salidas alternativas, entendiendo las mismas como un instrumento autónomo para la consecución de los fines de la pena, particularmente la prevención especial positiva. En efecto, parece que aunque se quiera cambiar el lente, la reparación tendrá siempre una consecuencia jurídico-sancionatoria, cuyo objetivo esencial será por lo menos de disuadir al infractor de futuras desviaciones y eventualmente resocializarlo”

A continuación dividiremos el análisis a partir de la clasificación realizada anteriormente e inserto en el artículo seis de la ley 20.084; es decir entre penas privativas, no privativas de libertad y accesorias.

18.2 CLASIFICACION DE LAS SANCIONES.

18.2.1 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

18.2.1.1 Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

Este tipo de pena, consiste en la internación del menor en centros especializados en la búsqueda de su rehabilitación, resocialización; y reeducación, en el caso de aquellos menores que estén en periodo escolar. La realización de lo anterior, se lleva a efecto en un ambiente cerrado u centro de cumplimiento de condena²¹⁴.

de adolescentes infractores de la ley pena, pág 6. Disponible en www.jurisdiccionydemocracia.cl. (sitio visitado en septiembre de 2007).

²¹⁴ En este sentido el artículo 43 de la ley en análisis establece: “Centros de Privación de Libertad. La administración de los centros de privación de libertad y de los recintos donde se cumpla la medida de internación provisoria, corresponderá siempre y en forma directa al Servicio Nacional de Menores”. Cabe destacar el carácter provisorio del mismo pues la finalidad perseguida no es la de castigar en un sentido retributivo, sino la de permitir al joven que se ha alejado de conductas socialmente aceptadas, la posibilidad de volver a ellas mediante un programa, que le permita comprender el alcance de sus conductas, así como de la necesidad de ser útil en todos los sentidos posibles a la sociedad de la cual

El legislador durante la tramitación de la ley, en innumerables ocasiones, manifestó la necesidad de establecer este tipo sanciones como el último recurso. Lo anterior, por las diferentes y graves consecuencias que el encierro puede acarrear para jóvenes en pleno período de desarrollo, pues alejar a un individuo de su entorno familiar, tiene notorios efectos perniciosos para su conducta, sobre todo si consideramos, que muchas veces dentro del seno familiar pueden existir sujetos que logran influir positivamente en su rehabilitación.

Otra importante situación a considerar, son las numerosas deficiencias en la calidad de los Centros de Rehabilitación en los cuales deben permanecer los menores, pues en su gran mayoría, carecen de la infraestructura y material humano suficiente para cumplir los objetivos de rehabilitación y reinserción del menor.

Sumado a lo anterior, debemos destacar el agregado negativo que conlleva la permanencia del menor en un recinto cerrado, pues en estos, debe relacionarse con otros menores infractores, muchas veces reincidentes, que en el mejor de los casos podrán crear un ambiente familiar y de acogida para el adolescente, pero en otros, sólo lo harán partícipe de verdaderas “escuelas del delito”.

Esta pena, debiese tender a adquirir un carácter excepcional en la práctica, debido principalmente al carácter rígido de la misma y las poco beneficiosas consecuencias acarreadas con motivo de la inserción del menor dentro de un sistema punitivo penitenciario, mas aún, si tomamos en cuenta como anteriormente se ha mencionado,

él, en ningún momento dejo de ser parte, aun estando circunstancialmente en contra de las reglas que esta impone a sus miembros.

la manifiesta carencia de recursos económicos dispuestos para la construcción de centros de internación.

Desde otro punto, es preciso mencionar como a la luz del cuerpo legislativo en análisis, puede afirmarse, la posibilidad de que el delito en cuestión y su marco penal, permitan aplicar la mayor parte de las veces una vía distinta a la privación de libertad.

En este sentido, es importante considerar las palabras del fiscal nacional Guillermo Piedrabuena,²¹⁵ quien dice: *“Es de gran relevancia la información que se obtenga en la entrevista con el predisposición a la responsabilización. Si el adolescente infractor se pone en el lugar de la víctima, es decir, si se hace cargo de las consecuencias que el delito provocó a la víctima, probablemente y siempre que el tramo de penalidad lo admita, estemos en presencia de un escenario que permita la imposición de sanciones no privativas de libertad como la reparación del daño causado a la víctima o los servicios en beneficio de la comunidad”*.

Como vemos, el peculiar tinte rígido y excepcional de esta sanción viene dado incluso, por la posición que la Fiscalía Nacional tiene de la misma, siendo la privación de libertad catalogada como una verdadera situación de excepción del sistema dentro del marco de la ley 20084. Lo anterior, si consideramos que el espíritu de ella es permitir que el adolescente vuelva a ser un ciudadano normal interviniendo sistema penal, de la menor forma posible en su desarrollo personal.

²¹⁵ En oficio N° 594 de 2 de Mayo de 2007 del Ministerio Público, sobre *Orientación para la determinación de las Penas para adolescentes en la ley N° 20.084*, pág. 8.

Lamentablemente bajo las modificaciones de ultima hora, ya sabemos que para los delitos mas graves esta interacción será obligatoria al menos los dos primeros años, y que no podrán ser sustituidas por otra, si no después de cumplida al menos la mitad de la condena, cuestión que atenta gravemente todo fin educativo de la pena, ya que por una parte esto es obligatorio para el juez, inclusive cuando un caso no lo amerite, por otra parte los programas de rehabilitación, en lo que va del año, han mostrado serias deficiencias, en especial consideración al capital humano necesario para una rehabilitación, pues el numero de sicólogos y profesores disponibles no alcanza para cubrir las necesidades de los adolescentes infractores.

Con lo cual es posible inferir que la falta de compromiso político y de financiamiento con la justicia juvenil, lleva a que el fin establecido para la interacción en los centros cerrados no se este cumpliendo, por lo cual surge una continua serie de violaciones a los derechos de los jóvenes, en primer lugar porque la sanción toma un fin únicamente represivo y el resto se deduce por si solo.

Por otra parte si tenemos en consideración la duración de las eventuales condenas, estas pierden todo su fin rehabilitador debido a que estas podrán durar inclusive 10 años, imaginemos un joven de 16 años , condenado a esta sanción, pasara los dos primeros años en un centro de interacción cerrado, al cumplir su mayoría de edad, de no tener un informe positivo del SENAME, lo más seguro es que terminara en la sección especial para menores , es decir la cárcel de adultos, de no mediar algún beneficio alternativo permanecerá por ocho años apartado de la sociedad. Entonces con que fines educativos y rehabilitadotes estamos tratando, queda de manifiesto el tinte represivo de esta sanción.

18.2.1.2 Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.²¹⁶

Al igual que en el caso anterior, los supuestos que se aplican en este caso son los mismos, los fines perseguidos por el legislador son los mismos variando solamente la duración de la aplicación del régimen como el tipo de encierro al cual se somete al adolescente pues se contemplan formas de participación en un sistema mas abierto que en la modalidad anterior, permitiendo al menor interactuar con su entorno en espacios libres, lo cual se justifica en razón del tipo penal que ha procedido en el caso en cuestión, que justifica a su vez la aplicación de esta modalidad de pena y no la primera ya analizada.

Se supone que el joven seguirá llevado su vida normal durante el día, pero en las noches o los fines de semana, deberá volver para permanecer en el centro en donde se supone deberán permanecer de forma obligatoria. El éxito o fracaso de esta modalidad dependerá de varios factores: el apoyo familiar, el programa de resocialización aplicado, el apoyo de su medio escolar, entre otros.

Este régimen da la posibilidad al joven de permanecer en contacto con su medio, lo más probable es que les será aplicado a los jóvenes con mejor situación sociocultural, ya que de mantenerse las condiciones de marginalidad, el fracaso es seguro, lo que llevaría a un quebrantamiento de condena y su detención en un centro cerrado. Esto dejará más patente las diferencias económicas que existen entre los eventuales infractores a la ley penal.

²¹⁶ Se encuentra regulado en el artículo 16 de la ley 20.084.

18.2.2 PENAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

18.2.2.1 Libertad Asistida.

Esta modalidad consiste primordialmente en la sujeción del menor a un programa de desarrollo personal dentro de una diversidad de áreas, propendientes a favorecer el desarrollo del sujeto en sociedad.

Los diversos programas son elaborados por un profesional denominado por la ley como “delegado”, cuyo control se ejercerá en base a medidas de supervigilancia previamente aprobadas por el Tribunal²¹⁷. Este delegado_deberá crear un cierto grado de confianza con el adolescente, actuara en cierto sentido como un guía que lo orientara por el camino correcto. Pareciera ser que esta sanción fue creada para aquellos jóvenes con menor compromiso delictual.

Hasta el momento no podremos saber si esta modalidad rendirá con los frutos esperados, ciertamente es un logro que esta se haya considerado como una sanción a la infracción penal, ya que produce menos daños a la vida el adolescente.

Esta sanción comprende el compromiso por parte del joven a realizar ciertas obligaciones impuestas por el delegado, ya que el plan es creado especialmente en relación a la situación del adolescente, como por ejemplo la asistencia al colegio, el no visitar lugares determinados, u otra que se estime más conveniente. Esta claro que esta sanción implica aún mayor compromiso familiar y personal que las anteriores de

²¹⁷ Artículo 13 inciso 3º ley 20.084.

las sanciones, ya que el incumplimiento acarrea la implicancia de pasar a los regímenes más estrictos.

18.2.2.2 Libertad asistida especial.

Este segundo caso es una modalidad de carácter más específica que la anterior, traduciéndose en la aplicación intensiva de un programa de desarrollo y rehabilitación, que ayude a subsanar las deficiencias y/o adicciones que aquejen al menor en situación de riesgo, ya que deberá asegurarse la asistencia obligatoria del joven a los programas intensivos de actividades socioeducativas y de reinserción social, impuesta por el tribunal.

Esta sanción implica que el adolescente continúe, la educación formal o bien inicie alguna capacitación laboral, también se crea la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes. Pero esta modalidad contempla encuentros obligatorios, por lo que su incumplimiento debiera ser informado inmediatamente al los tribunales, por el momento solo podemos mencionar que muchos de los encargados de la libertad asistida especial, no saben donde informar este incumplimiento, o muchas veces prefieren no hacerlo para no perjudicar mas al adolescente ya que recordémoslo, esto implica hacer aplicables sanciones mas graves.

Tanto la modalidad de libertad asistida, como de libertad asistida especial, no pueden superar en cuanto a su duración el período de 3 años.

18.2.2.3 Servicio en Beneficio de la Comunidad.

Esta modalidad se encuentra explicada en el artículo 11 de la ley. Consiste principalmente en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad. Su finalidad es que con estas actividades el adolescente logre entender las consecuencias de su actuar, por esto la actividad debe tener algún sentido que vaya más allá del simple servicio.

La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120, es decir va de una semana a un mes de duración. Según el oficio número 139 del ministerio público esta modalidad resulta recomendable cuando la víctima del ilícito no se encuentre claramente determinada, como ocurre con faltas o delitos que atentan en contra de bienes jurídicos de carácter colectivo, sin que por ello deba descartarse en los casos que cuenten con una víctima claramente determinada que, en lugar de una prestación para sí, opte por ceder el beneficio de la reparación a la comunidad.

Esta sanción implica problemas de orden práctico ya que en primer lugar son pocas las instancias en donde se pueda dar cumplimiento, por otra parte estas para poder ser realizadas necesitan del apoyo de un delegado, por lo que en la práctica se han transformado en una obligación de libertad asistida, más que una sanción propiamente tal.

A estos problemas prácticos, se agrega un problema de redacción en este artículo ya que este finaliza diciendo: "La imposición de esta sanción requerirá del acuerdo del

condenado, debiendo, en su caso, ser sustituida por una sanción superior, no privativa de libertad”. Con lo cual no queda claro el sentido último de estas palabras, nosotros entendemos que de no aceptar su imposición el menor quedara sujeto a alguno de los tipos de libertad asistida.

18.2.2.4 Reparación del daño causado a la víctima.

Esta sanción se hará efectiva mediante diversas modalidades como prestaciones pecuniarias, restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción, o bien un servicio no remunerado en favor de la víctima, siempre y cuando haya una previa aceptación por parte de esta.

Pronunciándose sobre los acuerdos reparatorios y su semejanza con la reparación del daño causado el Fiscal Nacional nos dice: *“Cabe considerar respecto de los acuerdos reparatorios, que se esta en presencia de un sistema especial de responsabilidad penal de los adolescentes, que le reconoce capacidad para responder penalmente y para asumir las consecuencias de sus intervenciones procesales. Esto último se ve avalado por lo dispuesto en el artículo 23 N° 5 de la LRPA, en la que expresamente se contempla la posibilidad de que el adolescente sea condenado al pago de multa y a la reparación del daño causado. La reparación del daño incluye dentro de sus modalidades: la prestación en dinero y la reposición de la cosa objeto de la infracción, modalidades que implican en el adolescente, necesariamente su capacidad de disposición para esto efectos”*.²¹⁸

²¹⁸ Oficio N° 484 de 17 de abril de 2007 del Ministerio Público, pág. 5.

En esta sanción el mediador jugará un rol fundamental, ya que debe lidiar de manera educativa tanto con el joven y con la víctima, para influir en la comunicación de ambas partes, debe lograr una interacción integrativa y reflexiva, para llegar a un acuerdo que los beneficie a ambos.

Es en esta sanción donde se aprecian elementos de la justicia restaurativa, ya que ambas partes se sientan a dialogar, en principio esta sanción debiera ser utilizada para todos los delitos, no solo para los de orden pecuniario. La imposición de esta sanción debe solicitarse en aquellos casos en que el interés público comprometido en la persecución no haga necesaria una intervención más intensa²¹⁹.

18.2.2.5 Multa

Se aplicará una sanción pecuniaria, al infractor a beneficio fiscal, la cual no excederá las 10 UTM. Este tipo de sanción adquiere un matiz claramente discriminatorio ya que el juez además de los criterios del artículo 24, deberá atenerse a la condición y facultades económicas del infractor.

Así esta sanción será aplicada en beneficio de todos aquéllos que por su origen social posean más recursos económicos para hacer frente a la sanción impuesta, en cambio a los jóvenes más pobres, la sanción aplicada será las otras no privativas de libertad que implican mayor compromiso por parte del adolescente.

Por otra parte esta sanción resulta desaconsejable en cuanto se desvía el castigo, siendo finalmente los padres quienes deberán solventar la multa impuesta.

²¹⁹ Oficio del Ministerio Público FN N°139, que contiene instructivo N°3

18.2.2.6 Amonestación

Finalmente, debemos abordar esta peculiar forma de sanción, la cual se constituye en una manifestación de la noción de padre omnipresente que suele tenerse en términos sociológicos dentro del modelo sistémico existente en un conglomerado social.

Lo anterior, se desprende del análisis del artículo 8º de la ley 20.084 la cual considera al juez como directa herramienta para ejercer este tipo de sanción, debiendo el juez realizar la amonestación en forma paternal y enérgica, dirigiendo al menor involucrado una verdadera reprimenda por sus actuaciones.

La efectividad de esta sanción queda en duda, toda vez que la misma carece de consecuencias más allá de un mera “reprimenda”. Por ende la finalidad, es meramente simbólica, lo importante es destacar el prerrequisito para que esta modalidad de pena proceda, consistente en el reconocimiento previo del menor de su responsabilidad en la infracción cometida.

El punto crítico de esta sanción, es que si de aplicarse, vale la pena poner el aparato penal en persecución de una actitud infractora que en realidad solo merece una amonestación verbal, en especial considerando que el adolescente para llegar a esto debió pasar por una detención o citación de carabineros, entrevista con los fiscales, defensores , etc.

18.2.3 PENAS ACCESORIAS.

La ley de Responsabilidad Penal Juvenil, contempla principalmente tres tipos de penas accesorias, estas son:

18.2.3.1 La prohibición de conducir vehículos motorizados.

Esta sanción es explicada en el artículo 12 de la ley, la redacción de este artículo resulta imprecisa ya que dispone: “La prohibición de conducir vehículos motorizados se podrá imponer a un adolescente como sanción accesoria cuando la conducta en que se funda la infracción por la cual se le condena haya sido ejecutada mediante la conducción de dichos vehículos. La sanción se hará efectiva desde el momento de dictación de la sentencia condenatoria y su duración podrá extenderse hasta el período que le faltare al adolescente para cumplir veinte años. En caso de quebrantamiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 52 de esta ley, a menos que a consecuencia de la conducción se hubiere afectado la vida, la integridad corporal o la salud de alguna persona, caso en el cual se remitirán los antecedentes al Ministerio Público para el ejercicio de las acciones que correspondan”.

De esta surge una serie de dudas, entre ellas la imposición accesoria implica que el actuar sancionado, no es la conducción de vehículos motorizados, entonces si a un adulto que utiliza, por ejemplo un vehículo para un ilícito, no se le agrega esta sanción, la única razón de que exista para un adolescente es su solo carácter represivo, lo es aún más si consideramos que esta podrá extenderse hasta los 20 años de edad del infractor.

El legislador al establecer la edad de 20 años como límite, olvidó el carácter accesorio de esta, ya que si consideramos una pena principal de por ejemplo 2 años para un adolescente de 15, no podríamos jamás considerar una sanción accesoria mayor que llegara inclusive a los 20 años de edad.

En segundo lugar en caso de incumplimiento el artículo 52 señala que deberá cumplir servicios a la comunidad con un máximo de 30 horas, pero que sucedería en el caso de que este incumplimiento se cometa cuando el joven ya sea mayor de edad, es decir entre los 18 y 20 años, ¿ aún se acogerá a esta ley?.

Por último resulta redundante el señalar que de verse afectada la vida, la integridad corporal o la salud de alguna persona se procederá penalmente.

18.2.3.2 Comiso de Objetos, Documentos e Instrumentos de los Delitos.

Esta sanción accesoria no estaba contemplada en la ley originalmente, si no que fue producto de las modificaciones de última hora, mediante la ley 20.191. Esta no tiene mayor explicación en la ley, tampoco hay una explicación clara de su intromisión en la historia de esta.

18.2.3.3 Sometimiento del sujeto a programas de rehabilitación por drogas y/o alcohol.

Esta sanción accesoria, no está contemplada en el mismo artículo que el resto de las sanciones si no que en el artículo 7 de la ley. Esta tiene enorme relevancia, si nos

ponemos en el supuesto que dicha adicción fue la verdadera causal que llevó al menor a infringir el tipo penal.

Al respecto, estadísticas del SENAME²²⁰, señalan que el 95% de los jóvenes residentes en los distintos Centros de Orientación y Diagnóstico y Centros de Rehabilitación Conductual, consumen o han consumido algún tipo de drogas. Lo anterior, deja inmediatamente en evidencia el preponderante y negativo rol que juegan este tipo de sustancias en el actual delictual de los menores.

Por ende, la aplicación de penas accesorias como son el sometimiento de los menores a programas de rehabilitación por drogas y/o alcohol, se enmarcan según BELOFF²²¹ dentro de los fines de prevención especial positivas, perseguidos en general, por los nuevos sistemas penales juveniles.

Podemos afirmar, que el fin de este tipo de sanciones junto con el sustrato que les da origen, son apartar de su adicción al adolescente. Este tipo de sanciones, son denominadas por los penalistas españoles BOLDOVA y RÍOS CORVACHO²²² como “medidas de seguridad”, con todo lo controvertido y polémico que puede resultar tanto el término utilizado, como las consecuencias derivadas de su utilización.

²²⁰ Ver estadísticas en www.sename.cl/interior/drogas.

²²¹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel, *La responsabilidad penal de los menores*, Valencia, Ediciones Lo Blanch, págs. 431 - 468.

²²² BELOFF, Mary, *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular, un modelo para armar y otro para desarmar*, en “Revista Justicia y Derechos del Niño” N° 1, Santiago, UNICEF, Ministerio de Justicia de Chile, págs. 9 - 21.

En la misma línea, cabe preguntarse la coherencia de este tipo de medidas accesorias, en cuanto a su aplicación, por cuanto estas, siempre estarán precedidas por una declaración de responsabilidad fundada en la comisión de una infracción a la ley penal por parte del adolescente. A contrario *sensu*, se genera una disyuntiva, pues este tipo de medidas, como lógica consecuencia no pueden estar previstas para un joven cuya alteración psíquica producto de su adicción, se configure en un eximente de su responsabilidad, puesto que este tipo de sanciones accesorias debe siempre ir de la mano con una principal, que en este supuesto, al no haber responsabilidad sería inexistente.

Siguiendo la misma línea, es posible afirmar la improcedencia en cuanto a su aplicación en este tipo de casos, de las normas prescritas en el Código Procesal Penal, por ende una reacción estatal coherente sería la derivación del adolescente a la Justicia de Familia, para que de ser procedente, se aplique las correspondientes medidas de protección a favor de este.

Como último punto, es preciso analizar y plantearse en relación con las medidas accesorias y principales, ¿qué sucede en cuanto a la determinación de la pena principal, si entendemos que la adicción sufrida por el adolescente influye decisivamente en su conducta delictual? Como sanción accesoria su duración no puede ser mayor a la principal, que pasa entonces si el joven no logra la rehabilitación es ese tiempo, ¿deberá seguir con el tratamiento o podrá abandonarlo?, estas son cuestiones que se verán sólo en la práctica.

Consecuencialmente, es posible afirmar que el grado de responsabilidad por el hecho cometido se encuentra disminuido por la adicción misma que llevó a su consecución, radicando allí la necesidad de una pena accesoria.

Al respecto Alejandro Gómez Raby²²³, nos comenta sobre las atenuantes y eximentes de responsabilidad producto de la adicción del joven infractor: “...por aplicación del principio *nulla poena sine culpa*, debiendo esto traducirse en una disminución en la intensidad de la sanción principal que se interponga, ya sea en cuanto al tiempo o en cuanto a la sanción misma que en definitiva se determine”.

Del precedente análisis sobre el catálogo de penas prescrito por la ley en comento, puede colegirse, que si bien la aspiración inicial del legislador era castigar pero a su vez rehabilitar al individuo sometido a la acción penal especial que esta ley consagra²²⁴, la posibilidad de lograr tal objetivo se dificulta, debido principalmente a que los medios empleados para lograrlo no siempre son los mas adecuados. Ya sea por la insuficiencia de recursos económicos, como por la falta de idoneidad de los mecanismos utilizados.

Desde esta perspectiva, la ley en estudio debe ser sometida a un riguroso análisis práctico con miras a propender a su perfeccionamiento, como así mismo a la obtención de los objetivos que se tuvieron en cuenta a la hora de poner en práctica esta reforma, siendo menester no olvidar j proteger tanto los derechos vulnerados de la víctima, como los del menor infractor. Encontrándose latente de este modo, la obligación tanto en el legislador como en el sentenciador, de adecuar todo tipo de sanción punitiva a la normativa internacional vigente sobre protección a la infancia.

²²³ GÓMEZ RABY, Alejandro, *Justicia y Derechos del niño*, Revista Nº 8, Editorial Andros, Santiago, pág. 207.

²²⁴ En cuanto a la determinación de los diferentes tipos de penas aplicables en cada caso y los presupuestos fácticos que hacen procedente su aplicación, véase los artículos 20 y siguientes, de la ley 20.084.

La sanción accesoria de drogas en conclusión solo debiera ser aplicada, en el caso de ser sancionado con otra de las penas señaladas en el artículo 6, privativa o no privativa de libertad, pero para poder ser impuesta debe demostrarse su grado de dependencia a las sustancias tóxicas y en principio la relación de esta con la comisión del delito. La dependencia a los químicos, deberá ser probada mediante un examen clínico solicitado por el fiscal.

Para finalizar a nuestro parecer, esta sanción no debió haber sido considerada como tal, ya que esta es más bien una medida de protección obligatoria para los adolescentes, y esto es materia de los tribunales de familia. A esto debemos agregarle que como sanción accesoria presenta demasiados problemas, en principio respecto a su duración, en el caso que el tratamiento sea más largo de lo esperado, en relación a la sanción principal y también en cuanto a proporcionalidad, pues que pasara si un juez la aplica como sanción accesoria a la multa o a una amonestación. Por otra parte esta para ser efectiva necesita del querer interno del joven, si esto no se cumple, por más sanción que sea no obtendrá la finalidad esperada.

19 EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES Y MEDIDAS.

19.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Las materias a continuación tratadas a continuación se encuentran contenidas, casi en su totalidad, en el Párrafo 2º del título III de la ley 20.084. Respecto del ámbito de aplicación de estas es importante señalar que del tenor del artículo 56 (título final) del

referido cuerpo, queda claramente establecido que al adolescente imputado o condenado se le seguirá aplicando la LRPA con independencia a la circunstancia de cumplir la mayoría de edad durante la tramitación del proceso o la etapa de cumplimiento del mismo, lo cual se condice con los principios generales del Derecho Penal, toda vez que este considera el hecho punible en el momento de su acaecimiento²²⁵.

19.2 DERECHOS Y GARANTÍAS EN LA EJECUCIÓN.

El adolescente tendrá derecho durante la ejecución de su sanción a²²⁶:

- a) Ser tratado de una manera que fortalezca su respeto por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando su desarrollo, dignidad e integración social;
- b) Ser informado de sus derechos y deberes con relación a las personas e instituciones que lo tuvieren bajo su responsabilidad;
- c) Conocer las normas que regulan el régimen interno de las instituciones y los programas a que se encuentra sometido, especialmente en lo relativo a las causales que pueden dar origen a sanciones disciplinarias en su contra o a que se declare el incumplimiento de la sanción;
- d) Presentar peticiones ante cualquier autoridad competente de acuerdo a la naturaleza de la petición, obtener una respuesta pronta, solicitar la

²²⁵ Prueba de la aplicación práctica de esta disposición es el criterio adoptado en el Recurso de Amparo en la Corte de Apelaciones de La Serena en ingreso 160-2007 en beneficio de un joven quien actualmente tenía 19 años y se encontraba recluso en conformidad a las normas aplicables para adultos, sin perjuicio que el delito por el cual se lo imputaba fue cometido cuando aún no cumplía la mayoría de edad, en este caso se dispuso su inmediato traslado al centro respectivo desde la locación a cargo de Gendarmería de Chile.

²²⁶ Artículo 49, LRPA.

revisión de su sanción en conformidad a la ley y denunciar la amenaza o violación de alguno de sus derechos ante el juez, y

- e) Contar con la asesoría permanente de un abogado.

Ahora bien, en el caso en que el adolescente se encuentre privado de libertad, se les garantizará además su derecho a:

- f) Recibir visitas periódicas, en formas directa y personal, al menos una vez a la semana;
- g) La integridad e intimidad personal;
- h) Acceder a servicios educativos y,
- i) La privacidad y regularidad de las comunicaciones, en especial con sus abogados.

El respeto y cumplimiento de estos derechos, dependerá en gran medida del estado en que se encuentren los centros privativos de libertad, así como también de la voluntad y conocimiento que tengan los funcionarios de estos ya que, son los funcionarios del SENAME y los organismos externos quienes llevarán a cargo la ejecución de las medidas.

Por el momento solo podríamos hacer notar que el número de abogados especializados para la defensa de los menores imputados, ya es escaso, por lo que lo será aún más para los reclusos, haciendo difícil, que el derecho a la comunicación permanente con ellos sea posible. Un punto aún más crítico, es el derecho a ser visitados al menos dos veces por sus familiares, ya que muchos centros cerrados o semi cerrados, se encuentran solo en las capitales regionales, por lo que las visitas difícilmente podrán ser llevadas a cabo con la frecuencia deseada, si consideramos especialmente el factor económico de las familias.

19.3 ADMINISTRACIÓN DE LAS MEDIDAS.

19.3.1 MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

El artículo 42 de la LRPA señala que, respecto de esta clase de medidas la administración será de cargo del Servicio Nacional de Menores (SENAME), quien deberá velar tanto por la ejecución, control revisión de los programas, intervención de la red institucional y de protección del estado respecto de los menores infractores.

Para tales efectos esta institución deberá llevar un registro actualizado de los colaboradores acreditados para la ejecución, revisando periódicamente la idoneidad de estos y sus respectivos programas, sin perjuicio de fiscalizar constantemente el desarrollo de sus funciones, la cual se realizara comuna por comuna. La relevancia práctica de esta información se manifiesta en que será puesta a disposición de los diversos tribunales del país, quienes la tendrán a la vista y en consideración al momento de evaluar la pertinencia del sometimiento a uno u otro tipo de medidas en un establecimiento en particular.

En el caso de libertad asistida especial será también el SENAME, quien coordine la intervención de los diversos servicios públicos, poniendo en marcha la protección del estado por medio de una red institucional de protección tendiente a la resocialización del adolescente.

19.3.2 MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

En estos casos, a diferencia de las medidas no privativas, la administración de los Centros Cerrados de Privación de Libertad y aquellos recintos donde tenga lugar la internación provisoria serán de cargo exclusivo del SENAME, quien las realizara de modo directo.

Sin perjuicio de lo anterior, Gendarmería de Chile será quien resguarde por medio de una guardia armada la seguridad externa de estos recintos, restringiéndose los motivos de su ingreso excepcional a los casos en que tenga un lugar un motín u otra alteración grave que ponga en riesgo a los internos, podrán asimismo proceder a la revisión de estas locaciones con el fin de evitar dichas revueltas.

Sin embargo, ya al poco andar en la aplicación de esta normativa, hemos podido observar que en la práctica esta limitación al ingreso a los centros parece la excepción y no la regla general, el criterio con el cual se actúa en los casos de alteraciones graves o motines –disposición inicialmente consagrada precisamente para resguardar el tratamiento de los jóvenes- queda al arbitrio de los mismos actores, constituyéndose como la generalidad de los casos, sobretodo en lo referido a las revisiones tendientes a evitar revueltas.

A lo anterior cabe sumar que la capacitación para los miembros de Gendarmería de Chile, si bien no es inexistente, dista enormemente de ser la adecuada y suficiente para materializar las disposiciones penitenciarias para los adolescentes, difícilmente podrán al menos en el corto o mediano plazo internalizar las diferencias que significa el tratamiento de menores de edad pese a presentar características similares en algunos casos a las de los reclusos adultos.

En nuestra opinión esta consideración expresa se muestra, al menos en teoría, como un avance en orden a mantener a los adolescentes al interior de una institución que no se les presenta como una “cárcel” propiamente tal, esta característica entregaría una favorable concepción del lugar en el cual se encuentran, sin perjuicio de esto no podemos negar que en algunas oportunidades esta división deberá ser transgredida (en beneficio de los mismos internos) toda vez que el mantenimiento de la seguridad al interior del recinto puede verse afectada y por que no decirlo, desbordada, en casos de conflictos ya sea entre los mismos adolescentes o entre estos y las autoridades a su cargo.

Otro punto a destacar es el principio de separación entre adolescentes y adultos en cuanto al cumplimiento de las medidas de las características descritas en este párrafo. En efecto, el artículo 48 señala que los primeros deberán permanecer separados de los adultos que se encuentren privados de libertad, incluso en aquellos casos en que se proceda a la detención de los menores de edad estos no podrán compartir los mismos espacios físicos con ellos. La infracción a este deber será estimada como incumplimiento grave de los deberes funcionarios.

En caso práctico en cuanto a la aplicación concreta de esta materia se presentará en aquellas localidades en las cuales no existan instalaciones suficientes ni adecuadas para lograr una efectiva separación entre los imputados y detenidos adultos y menores de edad, esperamos que no se arribe a la toma de decisiones permisivas que contengan excepciones a este principio, solo por un tema de escasez de recursos.

19.4 CENTROS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

El modelo de justicia penal impuesto en nuestro país contempla tres tipos de Centros:

- a) Centros para la internación en Régimen Semicerrado.
- b) Centros de Privación de Libertad.
- c) Centros de Internación Provisoria.

La administración de los centros de privación de libertad se regula por medio de un reglamento que contiene las normas de organización y funcionamiento, para estos fines ha de tenerse en consideración prioritaria el principio rector que tiende a la reintegración del adolescente al medio libre.

En este sentido el Juez, al momento de determinar la sanción aplicable ha de evaluar cual de las sanciones que le ofrece la legislación permitirá que en definitiva el infractor logre fortalecer el respeto por los derechos de las demás personas, así como su desarrollo personal.

Las normas disciplinarias que rijan en estos centros deberán condecirse con los derechos establecidos en la Constitución, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y en las leyes. Estas normas deberán necesariamente observar el modo en el cual, siempre excepcionalmente, se ha de regular el uso de la fuerza y la naturaleza de las sanciones disciplinarias.

En efecto, el artículo 45 de la LRPA señala que estas procederán solo de forma anómala y restrictiva cuando no exista otro medio menos lesivo y aún así, por el tiempo menos prolongado posible, es decir cuando sea estrictamente necesario y habiéndose agotado cualquier otro tipo de recursos.

Estas medidas evidentemente no podrán materializarse en aquellas que pongan en riesgo al menor, consideradas como un peligro para su salud o su integridad física o mental, o aquellas que puedan resultar humillantes, crueles o degradantes, como pueden ser el encierro en celda oscura, castigos corporales varios, penas de aislamiento, etc.

El artículo 79 del Reglamento de la LRPA determina que no se podrá aplicar como sanción la suspensión de visitas, ni su privación o restricción, sin perjuicio que en la práctica, y a consecuencia de la alteración grave de la seguridad interna del recinto estas puedan verse disminuidas.

El reglamento, que debe ser puesto en conocimiento del adolescente a fin de que conozca que hechos y comportamientos se encuentran sancionados como vulneraciones al régimen interno, así como las penas que estos conllevan, deberá señalar:

- a) Las conductas que constituyan una infracción a la disciplina;
- b) El carácter y duración de las sanciones disciplinarias que se le pueden imponer, y
- c) La autoridad competente para imponer esas sanciones y aquella que deberá resolver los recursos que se deduzcan en su contra.
- d)

Queda en evidencia que el criterio que el legislador ha querido imprimir al momento de dar curso a las medidas antedichas es el de dar trato prioritario al principio del interés superior del niño, por medio de la aplicación de el mínimo necesario en cuanto a la lesividad de las sanciones orientado a una efectiva reintegración a la sociedad. El

tratamiento, y así lo señala el Profesor Bustos²²⁷ citando a Gaetano de Leo “no puede convertirse en un mecanismo retributivo ni correccional, de lo que se trata es de considerar al adolescente en toda su complejidad de necesidades, en que se consideren respuestas diferenciadas distintas a aquellas del “secuestro institucional de los autores menores”.

Sin embargo y respecto de este punto surge la interrogante a consecuencia de la inexistencia de parámetros objetivos que permitan determinar, ya sea en una forma de escala u otro modo, la gravedad de las faltas que se comentan. De este modo la autoridad administrativa podría considerar faltas leves como merecedoras de puniciones que corresponden a faltas mas bien graves, llama la atención la falta de prolijidad que podría desembocar en arbitrariedades en perjuicio de los adolescentes, siguiendo nuevamente a Bustos este señala que es muy distinto para estos efectos las agresiones, ya sean de orden física o sexuales al interior de estas instituciones, que por ejemplo, el consumo de sustancias como drogas o alcohol, en particular cuando, pese a su temprana edad presenten problemas de adicción, es precisamente por este motivo que la diferenciación se torna indispensable.

Propone asimismo como solución la que el director del establecimiento en cuestión consulte al juez de ejecución respectivo la pertinencia de mantener o suspender la medida, todo en beneficio del recluso, no sería de cargo del menor infractor la obligación de recibir la aplicación de algún tipo de sanción o medida en aquellos casos en los cuales sea el sistema mismo quien no otorgue mínimas garantías de eficiencia y cumplimiento de los propósitos rehabilitadores consagrados en el espíritu de la norma.

²²⁷ BUSTOS, *ob. cit.* pág. 88

19.5 TRIBUNAL COMPETENTE

Quizás una de las características mas relevantes de la materia de la ejecución de las medidas y sanciones de la presente ley es la que contempla la figura del “Juez de Control o de Vigilancia”, que en este caso es personificado por el Juez de Garantía del lugar en el cual deban cumplirse. Las cuestiones que se susciten durante su ejecución serán resueltas por este, previa audiencia y dirigidas al respeto y cumplimiento de la legalidad de las mismas, del mismo modo que lo relacionado con eventuales quebrantamiento, suspensiones o remisiones que dieren lugar.

Los jueces de garantía también están a cargo del cumplimiento y ejecución del sistema adulto, por lo que la introducción del sistema penal adolescente les significara el aumento de trabajo, cuestión mas grave si consideramos que también están a cargo de velar los derechos de los procesados en el procedimiento.

19.6 QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA.

Primeramente hemos de señalar que el quebrantamiento “constituye incumplimiento grave de la sanción impuesta. Entonces para decidir sancionar al adolescente por el quebrantamiento, el Tribunal debe tener en cuenta la gravedad del mismo”²²⁸.

²²⁸ CERDA SAN MARTIN, Mónica y CERDA SAN MARTIN, Rodrigo, *“Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes”*, Editorial Librotecna, Santiago de Chile, 2006 pág. 162.

La valoración de las circunstancias del incumplimiento se realizará caso a caso, si este no reviste características graves, el Tribunal deberá optar por no sancionarlo, sin perjuicio que al momento de evaluarlo se manifieste la magnitud objetiva de este, optamos por dar mayor importancia a la conciencia subjetiva del infractor respecto del hecho mismo, vale decir la conciencia de culpabilidad que pueda comprender.

La ley señala una serie de reglas según las cuales el juez de garantía respectivo deberá conducirse ante un incumplimiento que determine sancionable:

a) En primer lugar si la sanción inicial consistía en una multa, podrá aplicar de manera sustitutiva la de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por un máximo de 30 horas, si se diera el caso en el cual el adolescente no acepta o derechamente no pagara la multa –evidentemente una sanción pecuniaria no se presenta como una vía lógica de sancionar a un adolescente, toda vez que su capacidad económica esa edad es muy limitada, alentándolo a obtenerlo incluso por medios ilícitos a fin de conseguirlo- podrá ser reemplazada por la libertad asistida en cualquiera de sus formas, por un período de tres meses.

b) La misma solución existirá en el caso en que el quebrantamiento diga relación con la medida de prohibición de conducir vehículos motorizados, sin perjuicio de mantenerse la prohibición por el tiempo que reste.

Respecto de este punto llama poderosamente la atención y resulta interesante recalcar que diversos autores han señalado como improcedente y contrario a uno de los principios esenciales del Derecho Penal –Non Bis In Idem-.²²⁹ que el incumplimiento

²²⁹ Lo coherente, según señala Juan Bustos Ramírez en la obra ya citada, sería ampliar el plazo de la pena accesoria o estimar que el quebrantamiento ha borrado el tiempo transcurrido y que este ha de

de una pena accesoria conlleve la aplicación de una pena principal, de esta forma se estaría cumpliendo con dos accesorias infracción.

c) Si el incumplimiento es respecto de la reparación del daño y/o la prestación de servicios a la comunidad, podrá sustituirse con la de libertad asistida en cualquiera de sus formas, pero por un período no superior a los tres meses.

d) Ahora bien, si la infracción es a la pena de libertad asistida, esta será reemplazada con al de libertad asistida especial o con la de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, por un tiempo máximo de 60 días, salvo que existiera reiteración, en cuyo caso solo procederá la referida internación, por el tiempo que restare para dar cumplimiento a la inicial de libertad asistida.

e) El incumplimiento de la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social podrá sancionarse con la internación en un centro cerrado, dicha medida no podrá exceder un período de 90 días, sin perjuicio, nuevamente, del cumplimiento de la sanción previamente impuesta por el tiempo que restare.

f) Si se incumpliere el régimen de libertad asistida en cualquiera de sus formas impuesto según lo dispuesto por el artículo 19, vale decir como sanción mixta, facultará para sustituirla por la de internación den régimen cerrado, con programa de reintegración social, por el tiempo restante de la primitiva sanción.

Del mismo modo se critica la facultad de imponer la pena más gravosa de estas con independencia a parámetros objetivos de proporcionalidad, obviando la aplicación de la inmediatamente superior en la escala.

empezar a contarse nuevamente desde el tiempo transcurrido, toda vez que el quebrantamiento no obedecería ya a la pena principal, si no a la infracción de la pena accesoria.

De la misma manera nos preguntamos que medida será procedente en el caso en que el quebrantamiento diga relación al cumplimiento de internación en régimen cerrado, no estableciéndose un parámetro, como en los casos inferiores. Este es un vacío legal importante, ya que la fuga de los centros cerrados es una realidad no poco común, creemos que por las características represivas del sistema, la fuga o el intento de fuga serán castigados en igual situación que los adultos, es decir con un aumento de duración de la sanción asignada, ya que en los demás casos el incumplimiento significa en una continua escalada de sanciones.

19.7 SUSTITUCIÓN DE CONDENA²³⁰.

Una vez dado inicio al cumplimiento de la sanción el adolescente o su defensor pueden requerir del Juez de Garantía respectivo la sustitución de esta por una medida mas favorable tendiente a la socialización del infractor, a la audiencia fijada para dichos efectos podrán asistir los padres del menor, lo cual es altamente recomendable para efectos de acreditar ante dicha instancia la pertinencia de la medida en atención al cuidado y preocupación de sus progenitores o quienes lo tengan a su cargo, acreditando que posee una “red de protección” que le permitirá enmendar su actuar.

La resolución que se pronuncie sobre este requerimiento será impugnable ante la Corte de Apelaciones territorialmente competente.

²³⁰ Artículo 53 LRPA.

Una regla particular procede en aquellos casos en que la medida que se intenta sustituir es la de internación en régimen cerrado, que se traduce en que el Juez de Garantía no podrá sustituirla por la de prestación de servicios, solo podrá ser reemplazada por la de internación en régimen semicerrado o por cualquiera de las libertades asistidas.

Esta sustitución será condicional en caso en que se trate de sanciones privativas de libertad, de modo tal que si no se cumple con los requisitos señalados se volverá al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Normalmente los requisitos que se señalan están dirigidos a acreditar las condiciones para que el adolescente pueda resarcir su error de manera efectiva, dando garantías de no reincidencia.

A esto se suma el hecho de que los menores no podrán solicitar la sustitución de condena antes de cumplida la mitad del tiempo total, lo que significa una vulneración a sus derechos, ya que los adultos podrán en cualquier momento a la ley 18216, como ya vimos anteriormente²³¹

19.8 REMISIÓN DE CONDENA²³².

²³¹ Ver supra capítulo 4, subpunto 3.4. Disposiciones Legales, Factores Relevantes y Situaciones Complejas Respecto a la Determinación de la Pena.

²³² Artículo 55 LRPA.

Para que esta proceda es menester que el Director Regional del SENAME evacue un informe indicando favorablemente su conveniencia,²³³ en ese caso el Tribunal podrá estimar remitir el saldo pendiente de la pena impuesta.

Tendrá lugar si se estima que se han cumplido con los objetivos de la sanción, lo cual será discutido en una audiencia con la presencia del condenado, su abogado, un representante del Ministerio Público y uno que represente a la Institución correspondiente. Hacemos presente que en aquellos casos en que se trate de una pena privativa de libertad será necesario que ya se haya cumplido al menos la mitad del tiempo indicado en la sanción original.

Dentro de los puntos a ser considerados están la gravedad del ilícito, el comportamiento del joven durante la ejecución de la condena, su aptitud frente a los programas impuesto, en definitiva si el joven esta apto para volver a la sociedad como un ciudadano normal. Por lo que en realidad se esta valorado también si los programas creados por esta ley obtienen los resultados para los cuales fueron creados, esperamos que esto así sea. Pero a nuestro juicio de nada servirán si el joven vuelve a la misma realidad que lo llevo a la vida delictual, para evitar la reincidencia el Estado debe cumplir con sus obligaciones, es decir, mejorar todos los factores que son parte de la marginalidad de nuestro país.

19.9 CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO.

²³³ Así lo dispone el artículo 39 del Reglamento de la LRPA.

Nuevamente en esta etapa el Juez de Control cumple un rol preponderante, puesto que será él quien lo certifique, previo informe de la institución a cargo del cumplimiento, por medio de su Director. Además deberá enviar copia de este al Registro Civil, así como al defensor del condenado, lo anterior constituye una medida efectiva a fin de, por una parte, dar seguimiento de las condenas que presente y, por otra parte, de evitar errores o discordancias en esta información tan sensible. Rige esta misma obligación de informar en aquellos casos en que exista quebrantamiento.

El sistema de certificación de condenas llevado por el registro civil no presenta mayores problemas en nuestro país, por lo que no dudamos que esta certificación se lleve con éxito de no ser así estaríamos frente a un grave problema, pues la inserción del joven sería más difícil.

19.10 CONCLUSIONES RESPECTO A LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES.

El legislador ha querido diferenciar y especificar el mecanismo por el cual los adolescentes que resulten condenados por infracciones a la ley penal han de cumplir estas sanciones. Sin embargo, surgen una serie de observaciones críticas a la aplicación práctica de las medidas y disposiciones recién descritas.

En primer orden podemos señalar que, pese a que la intención inicial de la ley era la de crear una nueva institucionalidad penal adolescente que adoptara los criterios internacionales en la materia, estas intenciones resultaron ineficientes a consecuencia de las diversas modificaciones finales del texto definitivo, lo que se traduce en una desviación de los fines.

A lo anterior se suma el escaso presupuesto dispuesto para estos su implementación. Una transformación de estas magnitudes exige fondos que permitan la creación de centros acordes a las necesidades de los menores infractores y que apunten a desarrollar el respeto por las demás personas.

Resulta simplemente impensable el suponer o aún exigir el éxito de este proceso si no hay una inversión sustancial de recursos y elementos que ayuden a poner en práctica los fines consagrados en la norma, de otro modo todo queda en letra muerta. Y no solo eso, las consecuencias incluso pueden tornarse mas perniciosas, pues el efecto de una legislación moderna y resocializadora, pero que no cuenta con los medios físicos y económicos que la sustenten, generan constantes vacíos que afectan en mayor parte a las personas intenta proteger.

Incluso más, suponiendo que se cuenta con los medios económicos necesarios, de igual manera se observa el resultado anterior cuando los actores llamados a ser protagonistas en este proceso –vale decir Jueces de Garantía, el Servicio Nacional de Menores, Gendarmería de Chile, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, entre otras- no reciben una eficiente capacitación, se traduce en la ineficiencia de los recursos físicos, provocando el mismo efecto.

20 PROCEDIMIENTO EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE.

20.1 NOCIONES BASICAS.

En el Título II, relativo al procedimiento, se insertan las normas relativas al “sistema de justicia especializada”, la cual recibe dicha denominación en virtud del principio de

especialización exigido por la CDN en su artículo 40 número 3, el cual dispone: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para 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, y en particular*”.

A diferencia de la especialización orgánica que contemplaba el Anteproyecto de 1998 y la exigida internacionalmente, el artículo 29 apunta a una especialización funcional de jueces de garantía, jueces de tribunal de juicio oral en lo penal, fiscales y defensores penales públicos que son los mismos que intervienen en los procedimientos de adultos, la única diferencia es que supone la capacitación de estos actores en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley.

A lo largo de la discusión de la ley divisamos como se fue perdiendo la correcta aplicación del principio de especialidad, vulnerando los derechos de los jóvenes, lo dicho anteriormente engloba todo el procedimiento pero surgen casos más específicos, por ejemplo, en la regulación de la detención de adolescentes por delitos flagrantes se estableció en primer lugar, un plazo de 12 horas como tope máximo para esa forma de privación de libertad. Sin embargo, luego este fue ampliado a 24 horas, que es el mismo plazo para los adultos. Para agravar más esta situación dentro de esta materia el legislador se remite a las normas de adultos: “dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3° del Título V, del Libro I del Código Procesal Penal”.

Este y otros casos que analizaremos nos llevan a preguntar una vez más si esto corresponde a un procedimiento penal adulto atenuado o si, por el contrario, corresponde a un procedimiento penal especializado de adolescentes.

Por lo demás, si se considera que la dictación y aplicación de la LRPA ha tenido como fundamento la superación del sistema tutelar por un sistema de la doctrina de protección integral de los derechos emanada principalmente de la CDN, junto con otros instrumentos internacionales ya analizados en el capítulo anterior se debe señalar que un elemento fundamental de dicha doctrina corresponde a la desjudicialización en el ámbito de la justicia penal.

Este elemento fue olvidado por los constructores de este “sistema de justicia especializada” para jóvenes, ya que de partida no se crearon instancias desjudicializadas de tratamiento de conflictos penales entre la víctima y el infractor, como podría haber sido la aplicación de elementos de justicia restaurativa en este nuevo sistema penal juvenil, pero específicamente en este ámbito de estudio.

20.2 REGLAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO.

20.2.1 SUPLETORIEDAD DEL CODIGO PROCESAL PENAL.

Tanto la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por crímenes, delitos y faltas por parte de adolescentes se regirá por la ley 20.084 y supletoriamente se aplicaran las normas del Código Procesal Penal.

En la LRPA sólo se establecen catorce artículos sobre el procedimiento, lo que demuestra una postura muy tradicional por parte del legislador respecto del modelo de responsabilidad penal adolescente necesario y su tratamiento, aplicándose de esta manera un sistema penal aminorado y no un modelo alternativo y por lo tanto más especializado, lo que produce que nos alejemos de las tendencias actuales respecto del tratamiento de la delincuencia juvenil. De esta manera, “la visión de un sistema penal adolescente que se construyera como alternativa tanto a la penalización encubierta y sin límites del sistema tutelar, como a la penalización violenta y destructiva del derecho penal de adultos, ha quedado sepultada bajo la posibilidad cierta de que lo peor de ambos mundos se mantenga.

El procedimiento establecido por la nueva ley es el mismo que el de los adultos pero con pequeños cambios, ya que en silencio de la ley 20.084, se aplican los criterios de la justicia penal adulta, sin olvidar que son los mismos jueces y fiscales. Es una prueba mas de lo dicho en la parte introductoria y que reafirma lo expresado en relación a la remisión del Código penal y en especial consideración al interés superior del adolescente.

20.2.2 CONCURSO DE PROCEDIMIENTOS.

A pesar de que se supone que la ley debe ser aplicada a los jóvenes infractores de edad, la ley plante dos hipótesis para determinar si se aplica el procedimiento de adultos o de menores. Los supuestos son:

a) Si a una misma persona se le imputa una infracción sancionada por la ley 20.084 y un delito cometido siendo mayor de dieciocho años, la investigación y

juzgamiento de estos hechos se regirá por las normas aplicables a los imputados mayores de edad.

Lo descrito apunta a la aplicación del procedimiento de adultos, demuestra que el legislador prefiere un sistema riguroso y sancionatorio para las personas jóvenes, aun cuando existe un procedimiento mas atenuado.

En este supuesto habría que estudiar como se infringe el principio Pro Reo, pues este es un principio de aplicación general, que está por sobre la ley especial, puede ser que la defensa de algún imputado alegue la aplicación de la ley más favorable, lo que significa que debería ser juzgado como menor por los hechos cometidos siendo menor de edad, esto quedara en definitiva a criterio de los jueces.

b) Si en un mismo procedimiento se investiga la participación punible de personas mayores y menores de edad.

En este caso tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 185 y 274 del Código Procesal Penal. El primero de ellos dispone la agrupación o separación de las investigaciones por parte del fiscal según lo estime más conveniente, el artículo 274 se refiere a la unión o separación de la acusación, esto quedara a criterio del juez, si se determina la sustanciación conjunta de los procesos, se hará bajo los criterios de la justicia juvenil, en lo que respecta a los menores de edad. De no cumplirse esto, existe la posibilidad que el juez de garantía dicte autos de apertura de juicio oral separados.

Como podemos ver el legislador en materia de procedimientos deja a criterio de los fiscales y los jueces, la aplicación de uno u otro procedimiento, ya que en definitiva estos no presentan mayores diferencias, si no en relación a algunos plazos. La única diferencia importante es la duración de las sanciones y la ejecución de estas.

20.2.3 SISTEMA DE JUSTICIA ESPECIALIZADA

En el título III, relativo al Procedimiento, se insertan las reglas de lo que se pretende sea un sistema de justicia especializado. Como dijimos anteriormente, en la nueva ley se contempla la aplicación supletoria del Código Penal, el que corresponde a normativa de adultos. No hay precisamente un sistema penal del adolescente, sino que se parte de la idea de un derecho penal simplemente menor²³⁴. Se señala que “la ley finalmente confeccionada se parece demasiado al derecho penal de adultos, al punto que no puede ser entendida sin tener a mano el Código Penal y el Procesal Penal”²³⁵.

La nueva normativa, sin embargo, no puede tener la característica de sistema penal atenuado sino que debe consistir en un sistema en la cual el adolescente infractor se pueda resocializar, recalando con ello la necesidad de contar con programas que apoyen su reinserción social. Se hace presente la necesidad de terminar con el castigo punitivo y promover un cambio en la conducta del adolescente.

Estas reflexiones fueron compartidas por el representante de UNICEF quien advirtió que “de no corregirse las deficiencias advertidas en el primer informe de la Comisión de Expertos, que revisó la Ley 20.084, se puede correr el riesgo de que la

²³⁴ BUSTOS, *ob. cit.* pág. 71.

²³⁵ CORTÉS MORALES, Julio, *ob. cit.*, pág.4.

aplicación de esta normativa “se transforme en un aumento desmesurado de adolescentes privados de libertad”²³⁶.

Si la Ley 20.084 establece un sistema de responsabilidad penal especial para adolescentes, ya que la imputabilidad fijada desde los 14 y hasta los 18 años de edad, esta sería una imputabilidad especial que debería ser juzgada en un sistema especial distinto al de los adultos cuya fisonomía básica está descrita no sólo en la Convención de los Derechos del Niño sino que además en otros instrumentos internacionales, principalmente las Reglas para la protección de menores privados de libertad, las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil y otros.

El artículo 29 de la LRPA establece un sistema de especialización simplemente al disponer la capacitación, como vimos anteriormente, por lo que la aplicación del artículo 40 de la CDN, son nuevamente palabras vacías y adecuación aparente a la normativa internacional. Esto se debe a que al momento de gestarse la ley, la reforma procesal penal estaba comenzando y los nuevos tribunales parecían ser los más aptos para la protección de las garantías procesales básicas para los adolescentes, ya que así quedaba de manifiesto en los adultos en comparación al sistema anterior.

Pero luego en la discusión se formuló la necesidad de una institucionalidad diferente a la de los tribunales penales comunes, por lo que se proponía seguir con los tribunales de menores pero reformulado en todo sentido, ya que ahora los procedimientos de protección estaban a cargo de los Tribunales de Familia. Cuestión que fue desechada por el desprestigio de los tribunales de menores y por que además,

²³⁶ En <http://www.defensoriapenal.cl/interior/noticias/dpp.php?id=2993>, (sitio visitado el 27 de agosto 2007).

resultaba más económico ocupar las mismas instalaciones de la reforma procesal penal adulto, y capacitar a un número determinado de jueces, fiscales y defensores.

La ejecución de la LRPA le corresponderá a los órganos de justicia especializados entre los que intervienen, la Defensoría Penal Pública, el Ministerio Público, los Tribunales de Garantía y Orales, correspondiéndole al Servicio Nacional de Menores (SENAME) la administración de las penas privativas de libertad y a los organismos privados como corporaciones y fundaciones las penas no privativas de libertad.

Sin embargo, se sostiene que esta norma tiene sólo un carácter programático, ya que “con el trabajo que ya tienen estos operadores de justicia y en que, ciertamente, la mayor cantidad de hechos son cometidos por adultos, su especialización resultará en la práctica deficitaria”²³⁷. Un claro ejemplo de esto es que, en la implementación de la ley se incrementaron en 9 los Jueces de Garantía a nivel nacional, de un total de 457 magistrados.

El Juez de Garantía además de sus habituales funciones, es el juez de ejecución²³⁸. No se requiere un estudio de seguimiento para sostener que tal función no podrá ser sobrellevada o lo será de un modo muy deficiente, debido al exceso en las cargas de trabajo, y al irrisorio número de jueces que se incorporaron.

²³⁷ BUSTOS *ob. cit.* pág. 72.

²³⁸ Artículo 50 LRPA.

Para agravar más el criterio de especialidad del sistema el legislador dispuso que ante un eventual colapso de los tribunales especializados, los delitos cometidos por jóvenes podrían ser conocidos por cualquier fiscal, defensor o juez con competencia en materias criminales. Lo que demuestra la nula importancia que tiene la separación de procedimientos para el legislador.

Capacitación similar se contempla respecto de la policía. En el artículo 30 de la LRPA se incluye a esta institución como sujeto en la exigencia de especialización, exigencia que parece ser más fácil de llevar a cabo ya que en algunos puntos del país existen unidades especializadas.

La unidad de Defensa penal Juvenil contribuyó a la capacitación de Carabineros de Chile, que consistió en 9 sesiones en el Centro Nacional de Reentrenamiento de Carabineros y 3 talleres en Valparaíso, Concepción y Puerto Montt efectuados por los respectivos defensores regionales. En total se capacitó a aproximadamente 800 carabineros, lo que da cuenta de la insuficiente que resulta esta.

El Departamento de Policía de Menores no entregó la información que se le solicitó en cuanto al porcentaje de carabineros capacitados hasta la fecha en materias de responsabilidad penal adolescente.

Como se desprende del mismo texto de la ley, se ha optado por una especialización que deberá cumplirse en la medida de lo posible con lo cual se cumple al límite con los compromisos internacionales, pero mediante su ambigüedad y contradicción se arriesga claramente en dejar a los adolescentes del país a disposición del sistema diseñado para los adultos. Reforzando la grave infracción a sus derechos especiales en consideración a su edad.

20.3 PROCEDIMIENTO.

20.3.1 INICIO DEL PROCEDIMIENTO.

La persecución de la responsabilidad penal del adolescente por parte del Ministerio Público podrá ser iniciada por:

1º En caso de flagrancia la detención podrá ser efectuada por Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones. Así lo establece el artículo 129 del Código Procesal Penal. En los casos que el hecho no merezca pena privativa o restrictiva de libertad, Carabineros de Chile se limitará a citar al menor a la presencia del fiscal y lo dejará en libertad, previo señalamiento de la verificación de domicilio, para la posterior audiencia de formalización.

Producto de las últimas modificaciones a la ley, se extiende la situación de delito flagrante no sólo respecto de aquella persona que es indicada por la víctima como autor de un delito, sino que también por cualquier testigo que haya presenciado su comisión. Se faculta a las policías para ingresar en un lugar cerrado, sin necesidad de autorización judicial, para el sólo efecto de practicar la detención del individuo que persigue. Estas modificaciones efectuadas al procedimiento de adultos dan cuenta hacia donde va dirigida la política criminal de gobierno.

2º Cuando exista una orden de aprehensión dictada por el ministerio público o el tribunal. Se solicita la detención del imputado para que sea llevado a su presencia, sin citación, cuando de otra manera su comparecencia pudiera verse demorada o dificultada²³⁹.

3º En caso de denuncia sin imputado conocido el Ministerio Público iniciará la investigación necesaria tendiente a la identificación del autor del delito objeto de la denuncia.

Dependiendo de la pena asignada al delito cometido, el fiscal podrá solicitar la detención del imputado o solamente su citación. Es importante señalar que la ley ni el reglamento deja claro si se tomara en cuenta la pena asignada al delito en consideración a un adulto o a la que correspondería a un joven, considerando la rebaja en un grado.

a) Procedencia de la citación.

No podrá ser detenido, y sólo será citado aquel imputado cuya imputación se refiere a faltas o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad. Estos son delitos que la ley sanciona con penas iguales o inferiores a 60 días. La policía sólo citará al adolescente a la presencia del fiscal, dejándolo en libertad, previo señalamiento de su domicilio.

b) Procedencia de la detención.

²³⁹ Artículo 131 del Código Procesal Penal.

La detención procede cuando se cometa uno de los delitos contemplados en el artículo 134 inciso 1° del Código Procesal Penal²⁴⁰. Pero se agrega a esta causal, dos más agregadas en un instructivo del fiscal nacional²⁴¹:

- Se sugiere mantener la detención y realizar la audiencia de control de detención en todos los casos si la conducta corresponde a crimen u otro delito grave, o cuando el detenido presente algún grado de habitualidad delictiva o existan antecedentes sobre un grado de compromiso delictual.

- Lo mismo se recomienda cuando existan dudas sobre su identidad que puedan entorpecer su citación o comparecencia posterior y cuando resulte necesario para los fines de la investigación.

Estas dos nuevas causales agregadas en el oficio dan cuenta aun mas de lo represivo que resulta el sistema , pues para mantener la detención ya no solo cuenta la flagrancia, si no además el prontuario penal del joven y las dudas que pueda tener carabineros para la verificación de domicilio o identidad, que muchas veces tiene una duración irracional.

Según el artículo 35 de la ley en estudio, los fiscales deberán tener especial consideración en la incidencia que su decisión, podría tener en la vida futura del adolescente imputado y la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la ley como base para tomar su decisión.

²⁴⁰ El artículo 134 inc. 1° del Código Penal establece: “Quien fuere sorprendido por la policía *in fraganti* cometiendo un hecho de los señalados en el artículo 124, será citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio”.

²⁴¹ Oficio N° 511 de 23 de abril de 2007 del Ministerio Público. Instructivo N° 7 letras d) y e). Sobre la Procedencia de la detención y control de la detención de los adolescentes.

De esta manera, se hace necesario establecer los criterios más específicos con los cuales el fiscal debe aplicar la detención, ya que en caso contrario quedaría sujeto al criterio subjetivo del fiscal, lo que tendrá mayor relevancia ante un eventual colapso del sistema, ya que recordemos esto podría quedar a cargo de un fiscal no especializado en materia juvenil penal.

La regla general en la detención es que los adolescentes deben ser puestos de inmediato a disposición del juez de garantía, lo que tiene su fundamento en la protección que el Estado le debe al adolescente conforme a la Constitución Política y la Convención de los Derechos del Niño. En el caso que frente a una detención el imputado no pueda ser puesto a disposición del juez de garantía de inmediato la legislación establece un plazo de 24 horas para que la detención no sea declarada ilícita.

Por su parte el Oficio N° 636 de 7 de Mayo de 2007, Instructivo N° 9 de la fiscalía nacional dispone que se entiende cumplido el plazo contemplado en la ley poniendo al detenido bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal. Es decir no hay garantía alguna de que el juez se pondrá inmediatamente en contacto con la situación del detenido, pues pueden pasar horas desde su llegada al tribunal.

La ley pone especial énfasis en el modo en que se llevaron a cabo las diligencias de detención y recolección de antecedentes así como también en la declaración presentada por el adolescente ante el fiscal, la cual debe realizarse siempre en

presencia del defensor. Esto posteriormente fue reforzado por instructivos de la fiscalía nacional²⁴².

Por otra parte los adolescentes deben permanecer en todo momento separados de los adultos y las unidades policiales deben contar con lugares de permanencia que garanticen esa separación. Asimismo deben ser trasladados a los tribunales y centros asistenciales en forma separada de los adultos.

El interés superior del adolescente juega un rol importante en la detención, ya que dado su situación debe ser puesto de inmediato ante la autoridad competente el único motivo plausible para no hacerlo de forma inmediata es que no estén en horario de audiencias, pero lo que pasa muchas veces, es que carabineros tarda horas en realizar sus labores con respecto a los adolescentes detenidos, y arbitrariamente utilizan el plazo máximo de 24 horas. Durante este período no se leen los derechos del imputado o se niega incluso la defensa jurídica necesaria, y otros casos más extremos de negación de derechos procesales.

En los casos en que se necesite de más tiempo para llevar a cabo esta actuación, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la ampliación del plazo hasta por tres días. Cuando esto ocurra la detención se ejecutará en los centros de internación provisoria establecidos por la ley. La ley establece como una infracción grave la detención de un adolescente en un lugar distinto de los contemplados por la ley para tal efecto.

²⁴² Oficios N° 511 de 23 de abril de 2007, Instructivo N° 7 letra c) y Oficio N° 636 de 7 de Mayo de 2007, Instructivo N° 9. sobre Declaración del adolescente y actuaciones durante la detención

Al respecto podemos señalar en primer lugar que este plazo resulta excesivos si consideramos que es en esta instancia donde se produce la mayor parte de la vulneración de derechos procesales de los adolescentes y por otra parte los jóvenes ni siquiera han sido formalizados y terminan en los mismos centros con los jóvenes que ya han sido condenados, rompiendo una exigencia primordial cual es la separación de inocentes y condenados.

Con respecto a la vulneración de derechos de los menores detenidos no solo se refiere a aspectos procesales, la Universidad Diego Portales en el 2002, realizó un estudio llamado "Tortura, derechos humanos y justicia criminal en Chile" en este se denunciaban prácticas comunes que realiza carabineros de Chile en contra de los menores detenidos, en el cual constan aproximadamente 200 casos, el estudio menciona como practicas comunes: golpes con puños, patadas, uso de palos y hierros, casos de ahogamiento con bolsas plásticas, o mediante sumergimiento de la cabeza en un tambor de agua, aplicación de electricidad y otras formas de tortura y malos tratos psicológicos.

El Informe de Derechos Humanos de la UDP del año 2004 (hechos de 2003) da cuenta de la opinión de actores del nuevo sistema de justicia penal que reconocen que si bien estas prácticas no serían habituales en relación a adultos, subsiste como una practica habitual el maltrato policial de menores de edad, al punto que un Juez, tras declarar que *"en general no hay una situación de apremio físico que haya que destacar"*, hace la excepción con los menores de edad: *"sí hemos tenido inconvenientes y constatación de ese tipo de problemas de apremio en relación a los menores de edad, fundamentalmente con Carabineros, las razones la verdad es que*

*las desconozco...pero ahí yo he notado que hay un inconveniente, o sea, que derechamente hay una falencia clara*²⁴³.

Lo que nos da a modo de conclusión que el plazo de 24 horas y un plazo máximo de tres días, para poner a un menor a disposición del juez de garantía es irresponsable. No se justifica de modo alguno.

Mucho más razonable es el plazo de 12 horas, que fue el contemplado en el proyecto original, pero que finalmente fue modificado, sin que la ley entrara en vigencia. Este plazo indica que se harán todos los esfuerzos necesarios para que los jóvenes en conflicto con la ley, no sufran consecuencias graves debido a la intervención estatal, esto será imposible de conciliar si la detención llegara a prolongarse hasta por 5 días, al igual que los adultos.

20.3.2 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

El principio de oportunidad esta contemplado en el artículo 170 del CPP, este da la posibilidad al fiscal de no continuar con la persecución penal, pues los hechos denunciados no son constitutivos de delito o bien carecen de la gravedad suficiente. Así la remisión de casos que esbozan las reglas de Beijing, tienen una aplicación ya que los delitos de bagatela y de menor significancia, no continúan el procedimiento.

²⁴³BAYTELMAN y DUCE, *Evaluación de la Reforma procesal Penal. Estudio de una reforma en marcha*, en "Informe de DDHH 2004",citado por CORPORACION OPCION y ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA, *ob. cit.* Pág. 160.

Lamentablemente la idea original de la remisión de casos, no queda a cargo de los tribunales, si no que a las instancias previas, para evitar en todo sentido la judicialización, en otras partes del mundo esto queda a cargo de la policía, pero en nuestro país no están dadas las condiciones para esto, principalmente debido a la falta de capacitación de las fuerzas policiales.

20.3.3 AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN.

Una vez detenidos por alguna de las dos primeras situaciones previstas, deberán ser puestos a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad.

De esta primera audiencia deberá notificarse a los padres o a la persona que lo tenga bajo su cuidado. Si el juez lo considera necesario, permitirá la intervención de éstos, si estuvieren presentes en la audiencia. Esta medida tiene por finalidad “dar el máximo de garantías en cuanto a la situación en que se encuentra el adolescente. De modo que aún antes de la formalización de la investigación, el adolescente tenga la posibilidad de tener la presencia de sus padres o persona que lo tiene a su cuidado”²⁴⁴.

En esta audiencia de formalización el juez de garantía puede:

²⁴⁴ BUSTOS, *ob.cit.* pág. 82.

1. Decretar internación provisoria.
2. Decretar una medida cautelar no privativa.
3. No decretar una medida cautelar.

En consideración a la normativa nacional e internacional que garantiza los derechos del adolescente, respecto de las medidas cautelares que podrían decretarse durante el procedimiento, se establece como regla general, que estas deben tener siempre un carácter no privativo de libertad. La internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que constituyen crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal lo hagan necesario, esto es, cuando la medida sea necesaria para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, y estas no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales.

Las medidas privativas de libertad solamente podrán ser decretadas por el tribunal después de formalizada la investigación y cuando reciba una petición sea ésta de parte del fiscal, del querellante o la víctima. En ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena.

Si el adolescente imputado es sujeto a una medida de internación provisoria, el juez podrá, en casos calificados, concederle permiso para salir durante el día, siempre que ello no vulnere los objetivos de la medida. Al efecto, el juez podrá adoptar las providencias que estime convenientes.

La internación provisoria procede en la concurrencia de los delitos que atentan contra la seguridad interior del Estado (artículos 121, 122, 124 y 125 del Código Penal), delitos contra la vida (artículos 390, 391 N°1, 392 N°2, 394 del mismo cuerpo legal), delitos contra la integridad corporal y la salud (artículos 395, 397 N°1, 403 bis). La internación provisoria debiera en principio ser aplicada de manera excepcional, esta internación debe tener también en consideración la situación particular del adolescente.

20.3.4 POSIBILIDAD DE JUICIO INMEDIATO.

El Artículo 37 da la posibilidad de realizar un Juicio Inmediato que se guiará por las reglas establecidas en el artículo 235 del Código Procesal Penal, las cuales serán plenamente aplicables cada vez que el fiscal lo solicite y especialmente cuando se trate de una infracción flagrante imputada a un adolescente.

En estos casos, sólo por razones fundadas que el fiscal señalará en su petición, el juez de garantía podrá autorizar la realización de diligencias concretas y determinadas para la investigación de una infracción flagrante, las que no podrán exceder de 60 días, rigiendo, en lo demás a la etapa de investigación. Igual derecho asistirá a la defensa del imputado, en el mismo caso.

En la audiencia de formalización de la investigación, el fiscal podrá solicitar al juez que la causa pase directamente al juicio oral. El juez de garantía puede o no acoger esta solicitud.

En esta audiencia el fiscal deberá formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba. También en la audiencia el querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente y deberá indicar las pruebas de que pensare valerse en el juicio. El imputado podrá realizar las alegaciones que correspondieren y ofrecer, a su turno, prueba.

Al término de la audiencia, el juez dictará auto de apertura del juicio oral. No obstante, podrá suspender la audiencia y postergar esta resolución, otorgando al imputado un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días, dependiendo de la naturaleza del delito, para plantear sus solicitudes de prueba.

Las resoluciones que el juez dictare en conformidad a lo dispuesto en este artículo no serán susceptibles de recurso alguno. Esta imposibilidad de impugnación de la resolución del juez ante autoridad u órgano jurisdiccional superior es contraria a la Convención en cuanto esta misma dispone en el artículo 40 número 2 letra B número V que “si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”.

20.3.5 ETAPA DE INVESTIGACIÓN.

El plazo para declarar el cierre de la investigación tiene un plazo máximo de seis meses desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal procederá a cerrarla, a menos que el juez le hubiere fijado un plazo inferior. Antes de cumplirse cualquiera de estos plazos, el fiscal podrá solicitar, fundadamente, su ampliación por un máximo de dos meses.

20.3.6 ETAPAS POSTERIORES.

Una vez cerrada la etapa de investigación el fiscal podrá solicitar, dentro de los diez días siguientes alguna de las diferentes opciones que existen en el procedimiento, o bien dar lugar a un juicio oral, las posibilidades son:

- A. Salidas alternativas
- B. Sobreseimiento
- C. No perseverar
- D. Procedimientos cortos

A continuación una breve explicación de estas, pero en primer lugar como ocurriría en la justicia adulta y su relación con la justicia penal juvenil.

20.3.6.1 Salidas alternativas.

Las salidas alternativas son dos, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, tratadas en los artículos 237 y ss. del CPP.

a.1) Suspensión condicional del procedimiento.

El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse:

- Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y
- Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante el período de suspensión, el imputado está sujeto al cumplimiento de una o más de condiciones²⁴⁵.

Cuando el imputado incumpliere, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos, el juez, a petición del fiscal o la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento, y éste continuará de acuerdo a las reglas generales.

²⁴⁵ Las condiciones pueden consistir en:

- i) Residir o no residir en un lugar determinado;
- ii) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
- iii) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
- iv) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación;
- v) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento;
- vi) Acudir periódicamente ante el ministerio público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas;
- vii) Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo, y a, b y c.
- viii) Otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

a.2) Acuerdos reparatorios.

El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

Una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo reparatorio o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado.

Podemos apreciar que en estas salidas alternativas hay algunos atisbos de justicia restaurativa, ya que se contemplan los acuerdos reparatorios o la suspensión del procedimiento, pero lamentablemente estas medidas están insertas en el sistema penal formal, por lo que no existe ningún fundamento especial en estas por tratarse de menores, pues son las mismas posibilidades que tiene un adulto.

Además debemos recordar que la reparación al daño causado dentro del sistema juvenil, es considerada como una sanción, en el artículo 6, no como una opción de salida alternativa como en el caso de los adultos. Cabe entonces preguntarse si es el juez quien optara por el acuerdo reparatorio como sanción o como salida alternativa.

20.3.6.2 Sobreseimiento.

El fiscal puede una vez concluida la investigación solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, el juez de garantía, fijara una audiencia para pronunciarse sobre la solicitud de sobreseimiento, en la cual podrá acoger, sustituir, o decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla.

b.1) Sobreseimiento definitivo.

El sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento, el juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo cuando:

- El hecho investigado no fuere constitutivo de delito;
- Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;
- El imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal;
- Se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley;
- Sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y
- El hecho de que se tratare hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.

b.2) Sobreseimiento temporal.

El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos:

- Cuando para el juzgamiento criminal se requiriere la resolución previa de una cuestión civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171;
- cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes, y
- cuando, después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto.

20.3.6.3 No perseverar.

Es una facultad exclusiva del Fiscal que consiste en no continuar con el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. Esto deja sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado.

20.3.6.4 Procedimientos cortos.

El conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el Ministerio Público requiera una pena no privativa de libertad se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, según sea el caso. La ley 20.084 no hace referencia al procedimiento abreviado.

Procedimiento simplificado: se aplica al conocimiento de las faltas y a los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el ministerio público requiriere la

imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo.

Procedimiento monitorio: procedimiento para la tramitación de las faltas respecto de las cuales el fiscal pide sólo pena de multa.

Procedimiento abreviado : en este procedimiento se conoce y falla, en la audiencia de preparación del juicio oral, para los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquier pena de distinta naturaleza. Para este procedimiento, es necesario que el imputado, acepte todos los hechos de la acusación y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

20.3.7 AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL.

Presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días. En esta audiencia se realizan las siguientes actuaciones:

- a) El querellante puede adherir a la acusación o acusar particularmente, señalar vicios formales de la acusación, ofrecer prueba, deducir demanda civil.

- b) El acusado podrá oponer excepciones de previo y especial pronunciamiento, y realizar su defensa de forma oral o escrita. Estas son resueltas en la misma audiencia.
- c) Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes.
- d) Conciliación sobre la responsabilidad civil.
- e) Unión y separación de acusaciones.
- f) Exclusión de pruebas para el juicio oral.
- g) Auto de apertura del juicio oral.

20.3.8 JUICIO ORAL.

El juicio oral deberá tener lugar no antes de los 15 ni después de los 30 días siguientes a la notificación del auto de apertura del juicio oral. En ningún caso el juicio podrá suspenderse interrumpirse por un término superior a 72 horas. En el juicio oral deben estar presentes los jueces que integran el tribunal, el fiscal, el acusado y su defensor. Este juicio es público, no obstante el juez podrá decretar excepciones, todo el juicio se desarrolla oralmente.

La sanción puede ser privativa o no privativa de libertad, también pueden dictarse penas accesorias (tratamiento contra las drogas, prohibición de conducir vehículos motorizados o comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos).

Cuando hubiere mérito para aplicar sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días, pero concurrieren antecedentes favorables que hicieren

desaconsejable su imposición, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. Transcurrido el plazo previsto sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

20.3.9 AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.

Realizado el juicio oral este puede condenar o absolver al imputado, en caso de determinar una condena se citará a una audiencia de determinación de la pena en esta el tribunal podrá requerir la opinión de peritos, para estimar cual es la pena más apropiada al adolescente y bajo que régimen quedara sujeta esta sanción.

Esta audiencia reviste de gran importancia ya que es en definitiva donde se considerará la situación particular del adolescente, es donde tendrá aplicación y discusión todas las reglas y exigencias a la justicia juvenil penal, ya que todo el resto del procedimiento solo se hará referencia a la adjudicación de responsabilidad penal en relación a la participación del imputado y el delito cometido.

CONCLUSIONES

Fines del Estado y Derecho Penal

El punto de partida metodológico de nuestra investigación tuvo como ejes al Estado moderno y al paradigma del Estado de Derecho.

Es un hecho la necesidad del hombre de vivir en comunidad. El Estado, de la manera como lo conocemos hoy, aparece como una manera de enfrentar esa

necesidad. A lo largo de la historia de muchas formas se ha intentado explicar la existencia del Estado. Hobbes situaba al hombre como un ser egoísta por naturaleza, por lo que siempre su interés individual estaría por sobre cualquier intención asociativa. Este “estado de naturaleza” en que se encontraría el hombre es graficado con la idea del “hombre como lobo del hombre”. El Leviatán, forma en que se simboliza al Estado aparece como la única alternativa para lograr organizar a la sociedad con el costo de tener que sacrificar parte de su libertad para obtener seguridad y respeto mutuo y que, en definitiva, el hombre no se destruya a si mismo.

Pero esta no ha sido la única forma de justificar al Estado. Otros autores más críticos no sitúan al hombre como un ser predeterminado, sino que sería producto de las relaciones sociales. Así, las condiciones materiales en que el hombre se desarrolla determinan su existencia. El hombre sería egoísta por la realidad en que vive y no por naturaleza. Engels, por ejemplo, creía que el Estado tenía su origen en la propiedad privada y no en la naturaleza del hombre.

Sin embargo, más allá de la discusión acerca de la naturaleza humana – que escapa a los objetivos de nuestra investigación – debemos centrarnos en el Estado como institución que se origina y desarrolla para organizar a la sociedad, consolidándose a nivel dogmático con el pensamiento ilustrado.

1. A partir de la Ilustración, debemos entender que ninguna autoridad puede atribuirse facultades que no le hayamos otorgado mediante un proceso racional en el que esté involucrada nuestra voluntad, surgiendo a partir de lo anterior el concepto de Estado de Derecho, definido como una estructura político jurídica caracterizada por un programa de limitación del mismo y que apunta a un orden de convivencia garantizado por el derecho, cuya estructura está basada en la división de poderes.

2. Las personas han decidido que la mejor manera de organizarse, para mantener una convivencia pacífica y armónica, es mediante la existencia de un Estado que contribuya a la creación de condiciones sociales que permitan el mayor desarrollo de los individuos en el ámbito material y espiritual, con pleno respeto a los derechos de las personas y propendiendo al bien común dentro de la sociedad. El deber del Estado de contribuir a la creación de las condiciones señaladas se basa en que los hombres hemos creado esta estructura con esa finalidad y le hemos otorgado gran poder para que cumpla estos fines, es decir, en términos simples, hemos sacrificado nuestra libertad porque confiamos en que este Estado proporcionará las herramientas necesarias para el desarrollo de las personas.

3. El Estado como artificio normativo requiere de formas de control para cumplir sus objetivos primigenios. El ordenamiento jurídico en general es un modo de control que satisface este requerimiento, y en especial el Derecho Penal, que es el área atingente a esta investigación. El poder punitivo del Estado es el encargado de establecer tanto las conductas prohibidas por la sociedad como las penas a las que se arriesga la persona que comete un delito. En este contexto, para la mayoría el derecho penal es una herramienta absolutamente necesaria para mantener la existencia humana, entendiendo que la existencia humana por esencia es coexistencia, necesitándose introducir un orden coactivo que permita hacer relativamente previsibles las conductas ajenas respecto de ciertos bienes jurídicos, en atención a que cada uno sepa que otro individuo se abstendrá de realizar conductas que lesionen lo que el derecho considera necesario para que la persona humana se realice en un ambiente pacífico y armónico.

4. Sin perjuicio de lo anterior, entendiendo que el derecho penal es necesario para la convivencia pacífica y armónica, debemos tener sumamente claro que esta rama del ordenamiento jurídico tiene un carácter excepcional, denominada correctamente la Última Ratio del Estado; el último recurso que puede utilizar esta estructura político jurídica creada por el hombre para lograr los fines señalados, pues no olvidemos que el Estado tiene legitimidad y justificación en la medida que contribuya a crear condiciones sociales que permitan la realización de las personas con pleno respeto a los derechos y garantías que se establecen en la Constitución del Estado, debiéndose propender al bien común dentro de la sociedad. Por lo tanto, el Estado al utilizar el Derecho Penal como herramienta normativa que le permite usar la fuerza claramente se aleja de la función primigenia que le da sentido a su existencia, debiéndose comprender que si lo hace será en situaciones extremas y siempre de forma restrictiva, suponiendo además que el uso de la fuerza irá acompañado de una medida resocializadora que permita al individuo reinsertarse en la sociedad, pues el Estado para lograr la convivencia pacífica y armónica involucra por esencia proteger y potenciar a la persona y no castigar y lesionar sus derechos.

5. Para que el Estado actúe coherentemente con los fines que le dan sentido a su existencia, debe mostrar especial preocupación por la infancia de las personas, ya que ésta es la etapa fundamental del desarrollo al representar el período en que adquirimos los conocimientos y enseñanzas más significativas para nuestras vidas, siendo absolutamente esencial entregarles a los niños y adolescentes todos los instrumentos necesarios que les permitan una realización como individuos capaces de desenvolverse en la sociedad.

6. En las últimas décadas ha surgido el concepto de sociedad del riesgo, el cual supone que hoy en día vivimos en una sociedad más peligrosa en virtud de los nuevos riesgos asociados a modernas actividades, la sensación social de inseguridad, la identificación con la víctima del delito, el descrédito de las instancias

de protección, entre otros. En este sentido, es imprescindible poner de manifiesto el papel de los medios de comunicación en la sociedad moderna, los cuales generan en la población una percepción de violencia que no es concreta, sino meramente comunicativa, produciendo una alta sensación de inseguridad. Es así como los medios de comunicación inducen posiciones que no tienen que ver necesariamente con el sincero sentir de la población, denotando gran poder para influenciar a las masas, lo que no excluye a las personas que forman parte de la cultura jurídica interna. Con esto, muchas veces se pierde la perspectiva respecto al derecho penal al dimensionársele incorrectamente, como si ésta fuese una parte del derecho cualquiera, en circunstancias que tiene un carácter excepcional al caracterizarse por el tremendo impacto respecto a los derechos fundamentales de las personas al castigar y lesionar garantías que por esencia debe proteger.

7. Teniendo claro que en nuestra comunidad nacional como en la de otras naciones la sensación de inseguridad es intensa, el Estado utiliza instrumentos con los cuales pretende demostrar que se está haciendo algo, aunque no se esté discutiendo el problema de fondo. Es en este sentido que el Derecho Penal tiene una función esencialmente simbólica, que no impide otras funciones, que es útil para proyectar que el Estado se está haciendo cargo de la comisión de delitos. El problema que se plantea es el abuso de esta función por sobre las funciones manifiestas del Derecho Penal, dejando de lado sus principios, que apuntan a determinar qué bienes jurídicos deben protegerse y no a qué problemáticas sociales se quieren resolver con más Derecho Penal.

8. Con el problema del abuso de la función simbólica por parte del Estado y con el fenómeno del expansionismo del Derecho Penal es que surge la doctrina del Derecho Penal del Enemigo, la que al definir a las sociedades estructuradas en dos categorías de personas, donde unos son considerados “ciudadanos”, y los otros como los “enemigos” o no-personas, no hace más que quebrar el concepto de

Estado Democrático de Derecho al utilizar el Derecho Penal como una herramienta estatal para atacar, marginar e inocular a los “enemigos”.

Evidentemente los fines que debe perseguir el Estado no se relacionan con la doctrina antes señalada, pues éste como creación de las personas debe ser un instrumento que sirva para satisfacer nuestras necesidades con el fin de permitir nuestro mayor desarrollo en un contexto de igualdad, y a partir de esto lograr la convivencia pacífica y armónica dentro de la sociedad. Otra forma de ejercer el poder por parte del Estado, como en el caso de iniciar “guerras” contra determinados grupos de personas se hace sumamente peligrosa, pues la aplicación del Derecho Penal del Enemigo recaería definitivamente sobre los sectores sociales más desprotegidos, vulnerables por la menor posibilidad de defensa jurídica, y principalmente por la estigmatización, cayendo inevitablemente en el abuso.

Marginalidad y Responsabilidad Penal Adolescente

9. En el mundo impera el sistema socio-económico neoliberal (capitalismo), el cual se basa en la productividad, la competencia y el individualismo, produciendo esencialmente circunstancias fácticas de desigualdad en la sociedad, donde necesariamente unos ganan y otros pierden. Por lo tanto, la sociedad al estructurarse sobre estos pilares exige que el Estado cree condiciones que mermen estas desigualdades estructurales para hacer posible un grado aceptable de realización de las personas, ya que de lo contrario, las desigualdades y abusos pueden verse aumentados considerablemente, dando paso a un escenario de constante fricción

dentro de la sociedad, traducido en el descontento social, el que acarrea diversas reacciones violentas, dentro de las cuales se encuentra la delincuencia.

10. Sin duda que la gran despreocupación estatal por ciertos sectores de la sociedad genera condiciones materiales muy adversas para la realización de las personas. Hay muchos casos de personas que deben dejar sus estudios muy jóvenes o terminar sólo la educación media, con lo cual están obligadas a trabajar por cantidades de dinero muy bajas que apenas permiten la subsistencia. A esto debemos agregarle las condiciones materiales en que se desenvuelven desde pequeños, como son las condiciones de salud y de vivienda.

Dentro de este contexto, la mayoría de las personas de estratos sociales desposeídos trabajan y soportan la pobreza a lo largo de sus vidas pasando completamente desapercibidos, sin embargo, existen otros individuos que viven también inmersos en la miseria o en condiciones materiales que no alcanzan para proyectarse mayormente, lo que sumado a verse tempranamente insertos en ambientes donde impera la droga, la despreocupación familiar derivada muchas veces de las mismas carencias económicas, y la temprana pérdida de interés por sí mismos lleva a niños y adolescentes a iniciarse en la actividad delictual como primera generación o como sucede mayoritariamente a seguir la herencia familiar derivada de la pobreza y sus características.

Además, los niños y adolescentes se ven influenciados por la publicidad y los medios de comunicación que establecen modelos de personas que no todos pueden alcanzar, causando frustración y muchas veces resentimiento, todo lo cual incide a la hora de cometer una conducta ilícita, en el sentido de querer demostrar que son capaces de lograr cosas, que son capaces de triunfar en algún ámbito, pues debemos tener claro que no siempre se trata de delinquir simplemente para comer o

para drogarse. Es preciso señalar que muchas personas están conscientes de la pena a la cual se arriesgan cuando cometen un delito contra la propiedad, sin embargo, a pesar de esto igual lo ejecutan a sabiendas que el producto del ilícito en términos económicos será muy bajo en comparación al castigo que recibirán, demostrándose con esto la gran pérdida de interés en su persona, lo cual se entiende cuando en sus vidas por lo general las posibilidades para realizarse en el ámbito material han sido nulas, lo que evidentemente representa una aberración inaceptable.

11. Para que el Estado logre los objetivos conducentes a una verdadera realización material y espiritual de las personas, debe preocuparse de la infancia de las personas estableciendo programas y normativas que hagan posible su consecución, es decir, debe crear instancias que permitan la realización de estos individuos de tal manera que sea factible que una vez adultos actúen pacífica y armónicamente. A pesar del razonamiento precedente, cuando el tema ha sido el tratamiento de los jóvenes que han cometido delitos, ilícitos o se encuentran en una situación de desprotección, la salida se ha reducido básicamente a su privación de libertad en centros que no cuentan con los instrumentos para asistir o reinsertar a estos niños, no existiendo en la práctica una preocupación integral sobre el tema. La nueva ley de responsabilidad penal adolescente fue presentada como la gran solución a las falencias del modelo tutelar, educativo y el del discernimiento, este último tan criticado por generar situaciones de arbitrariedad. En este sentido, el estudio de la personalidad del menor, la responsabilidad penal de autor, las medidas predelictuales, los criterios de peligrosidad y de riesgo social son los principales defectos del sistema tutelar, y que el modelo de responsabilidad no ha logrado superar, aun cuando fue concebido para ello, según dan cuenta las ideas matrices de la Convención de Derechos del Niño y según latamente se explicó en el Capítulo 2.

12. El modelo de responsabilidad ha sido recogido por los Estados solamente desde la perspectiva de la igualación de cargas y deberes de los adolescentes con la de los adultos, omitiendo otros elementos propios de este modelo, principalmente el hecho de que a niños y adolescentes les corresponde una mayor cantidad de derechos específicos por su condición de sujetos en desarrollo, lo que no se reguló cabalmente, sin perjuicio que la sola existencia de una normativa penal para niños es criticable.

13. Los diferentes países han adoptado múltiples formas de afrontar el complejo fenómeno de la delincuencia juvenil, con líneas evolutivas diferentes que se relacionan con los distintos acervos culturales. El caso de Nueva Zelanda es excepcional y se explica por el origen cultural que posee la Justicia Restaurativa en los pueblos Maoríes, siendo destacable la actitud del poder legislativo al enfrentar el tema desde una perspectiva más integral y proactiva frente a los jóvenes infractores. Si bien presenta aspectos mejorables, plantea una forma de enfrentar la delincuencia juvenil mucho más viable en aras a no castigar a los jóvenes con mero afán retribucionista.

Más allá de los aspectos en que difieren las legislaciones nacionales, podemos apreciar que desde la ratificación de la Convención de los Derechos de Niño ha existido un esfuerzo por modificar las legislaciones en la materia para irse adecuando a los principios establecidos por este instrumento internacional y a los demás relativos a la protección de los derechos propios de la infancia. Lamentablemente la evolución sobre el tema se ha caracterizado fundamentalmente en establecer formalmente las garantías establecidas en la Convención de Derechos del Niño, estando aún en deuda respecto a mecanismos tendientes a dar real protección y materialidad a estos derechos. Es el caso del principio del interés superior del niño, que si bien permite realizar una interpretación que signifique el respeto de todos los derechos que le otorga la legislación y los instrumentos internacionales a los niños considerando cada caso concreto, carece de materialidad en cuanto a su contenido específico, abriéndose un campo de discrecionalidad que podría resultar

desfavorable. Así también, la privación de libertad sigue siendo el recurso más utilizado por la normativa penal, no importando el carácter excepcionalísimo que se le atribuye en estos instrumentos.

14. Los tratados internacionales sobre la materia lamentablemente no han tenido el efecto que se esperaba, pues éstos suponen la existencia de un sistema de responsabilidad penal adolescente donde el joven sea considerado sujeto de derecho, en el que se le dé un tratamiento distinto que permita su reinserción y desarrollo de manera específica por estar en formación, sin embargo, nuestro Estado sólo ha cumplido con rebajar la edad y establecer un sistema penal especial para jóvenes en términos formales, ya que en la práctica ahora se castiga a jóvenes de hasta 14 años sin que existan sustanciales diferencias respecto al tratamiento de adultos, es decir, sólo se hizo extensible un Derecho excepcional, esencialmente violento, a jóvenes en plena formación, mientras que la amplia gama de derechos consagrados en los Tratados Internacionales no pasa de ser una simple manifestación simbólica.

15. En nuestro país queda de manifiesto la falta de voluntad legislativa para tratar el tema de la justicia penal juvenil, ya que fueron necesarios 17 años para tener una ley que regulara esta materia con mejores criterios que los contemplados en la Ley de Menores, a pesar de haber ratificado la Convención de Derechos del Niño a principio de los años noventa. Así los primeros proyectos establecían la responsabilidad de jóvenes entre 14 y 18 años, pero expuestos a sanciones privativas de un máximo entre 3 a 5 años, además, el principal aporte de los proyectos era contemplar un catálogo especial de delitos, los cuales se correspondían con los delitos más comunes de los jóvenes. Sin embargo, desde el año 2000 en adelante el concepto de “guerra contra la delincuencia” comenzó hacerse más patente, donde los medios de comunicación fueron grandes propulsores. Esta guerra se convirtió en la razón de ser

de la ley 20084, pues el progresivo aumento de las sanciones se debió entre otras razones a la pugna entre los partidos políticos, donde la oposición esgrimía argumentos en pos de endurecer las penas considerablemente, mientras el oficialismo debió ir subiendo las sanciones para demostrar que también quería luchar contra la delincuencia, sin considerar que más años de encierro no ayudarán a solucionar el problema de fondo, derivando en un debate infructuoso sin enfrentar las causas reales, relacionadas con condiciones de exclusión y marginalidad.

Finalmente, a pesar de que una Comisión de Expertos, creada por el propio parlamento, señalara los puntos problemáticos de la normativa y además mencionara las carencias materiales para su aplicación, como la falta de infraestructura, de personal y de recursos, y que los programas a aplicar a los menores no habían sido evaluados, se decidió implementar en el estado en que se encontraba, sin importar estas graves carencias que exigían nuevamente ampliar el plazo de vacancia legal, prefiriéndose proceder a implementarla por razones políticas a lo menos cuestionables, antes que velar por el bienestar de los jóvenes que serían procesados y condenados por esta ley.

16. La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente establece una nueva escala de penas para las personas que tengan entre 14 y 17 años que cometan alguno de los delitos contemplados en el Código Penal o en leyes penales especiales, estableciendo que el período máximo de privación de libertad para un joven de 14 o 15 años es de cinco años, y para aquellos de 16 o 17 años se establece un máximo de 10 años.

Podemos apreciar la creación de eufemismos en relación a la privación de libertad, donde supuestamente se implementarán programas para resocializarlo y reinsertarlo a la sociedad, sin embargo, esto se queda en el papel, ya que por las tremendas

falencias que hemos constatado según el informe de la Comisión de Expertos y la información recabada, simplemente no existe tal proceso de reintegración.

17. Los adolescentes podrán ser responsables de todos los crímenes y simples delitos que establece nuestro Código Penal y todas las leyes penales especiales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, haciendo responsables a jóvenes de entre 14 y 17 años de edad por los mismos crímenes y simples delitos que los adultos, demostrando que el legislador no tuvo interés en pensar un sistema específico para ellos que fuera respetuoso de los especiales derechos que les corresponden por su condición de ser sujetos en desarrollo, y más aun nos hace concluir que la verdadera intención del legislador con la creación de esta ley ha sido simplemente extender el mismo sistema penal de adultos a los jóvenes menores de 18 años. Además, demuestra la falta de prolijidad legislativa al momento de redactar y pensar una ley, pues la remisión total del Código Penal podría llevar a absurdos jurídicos como sería un joven malversando fondos públicos o prevaricando.

Si vamos a tener un sistema penal juvenil, por lo menos debemos pensar un catálogo de delitos propios para ellos y no una simple extensión del Código Penal ni de leyes penales especiales. Respecto a las faltas la ley lo regula de forma muy especial, por cuanto el legislador incluyó un determinado número de ellas al procedimiento penal juvenil y el resto las dejó para que fueran objeto del procedimiento en que es competente el Tribunal de Familia. Lo curioso en esta materia es que las faltas que eligió el legislador para que fueran tratadas en el sistema penal juvenil se refieren principalmente al patrimonio, tanto público como privado, dándonos a entender que el legislador busca proteger principalmente la propiedad. De hecho, así ha sido reconocido en el mensaje presidencial de esta ley, al sostener que uno de los objetivos de la dictación de ésta es la protección de los Supermercados, además, podemos deducir que también se dirige contra manifestaciones populares, lo que se sostiene y adquiere lógica al constatar que las faltas contempladas son hurtos,

desórdenes en la vía pública y en espectáculos públicos, daños a la propiedad pública y privada, y lanzamiento de objetos, entre otras.

18. El alto grado de remisión al Código Penal claramente no se condice con los fines integracionistas y garantistas que propugna esta ley, ya que no sólo no se estableció un catálogo de delitos para los adolescentes, sino que tampoco se estableció un sistema claro y preciso en la determinación de la pena, dejando un amplio campo discrecional al juez en virtud de las normas del Código Penal, lo que se explica por una cuestión de técnica legislativa al ser más cómodo, sin siquiera vislumbrar que el sistema de la determinación de la pena para los adultos ya era deficiente y complejo, lo que se agrava en esta ley por las diversas penas que puede aplicar el juez. En virtud de esto, en ciertas circunstancias se puede caer en arbitrariedades, pues no todos los magistrados tienen arraigada la excepcionalidad del Derecho Penal, en el sentido que esta rama del ordenamiento jurídico es el último recurso del Estado, viéndose influenciados por la presión mediática que a la larga los puede hacer tomar una decisión desproporcionada. En este sentido el legislador debió haber puesto mayores límites protectores de los derechos del adolescente, sin embargo, decidió hacer lo menos recomendable, ocupar los mismos instrumentos legales penales usados con los adultos, perdiendo consistencia el fundamento integracionista y socioeducativo de la ley.

19. Las conclusiones esbozadas hasta el momento nos permiten señalar la confirmación de nuestra hipótesis. En las ideas precedentes queda de manifiesto como el Estado ha incumplido con sus obligaciones con el sector de la sociedad que ha motivado nuestra investigación, pero por sobretodo, queda de manifiesto como esta ley responde a una lógica de Derecho Penal del Enemigo

El concepto de derecho penal del enemigo lo podemos reconocer muy nítidamente en el caso del terrorismo, del narcotráfico, de grandes organizaciones delictuales. En este tipo de delincuencia es que se aprecia un trato por parte de los Estados excesivamente agresivo e irrespetuoso de los derechos humanos. Es el caso de las violaciones a los derechos humanos por parte de Estados Unidos en las cárceles de Afganistán o la cárcel de Guantánamo, en Cuba.

Pero no es necesario llegar a esos extremos para estar frente a un derecho penal del enemigo. Nuestra hipótesis se confirma porque, en la práctica, la aplicación de la ley será selectiva de un grupo específico de la población. En la práctica, aquel joven que posea más recursos se encontrará en una posición más favorable que aquel que no los posea, no solo por sus recursos económicos, sino porque un joven que viva en condiciones sociales de riesgo, mal podrá enfrentar una sanción socioeducativa si la familia es disfuncional o enfrenta situaciones de riesgo, como lo son alcoholismo, drogadicción, familiares en la cárcel. El Estado, al enfrentar el problema de la delincuencia juvenil a través de la vía represiva, sólo contribuye a que las condiciones materiales en que ese joven se desenvuelve empeoren, además, demuestra su interés por satisfacer necesidades de protección a la propiedad privada de las personas y empresas, sin evaluar el real costo del castigo penal, el cual es evidente.

Quien irá a la cárcel será aquel joven de escasos recursos, con un alto compromiso delictual, de aquellas comunas en que más se vulneran los derechos de los menores de edad (como se vio en el capítulo I en el párrafo de Juventud y Marginalidad), que se dedique, en general, a cometer delitos de bagatela. A este grupo de jóvenes está orientada la ley, siendo que ellos son el reflejo de un problema estructural de la sociedad. El Estado decide, para enfrentar el problema, utilizar la vía del Derecho Penal, que solo es reactiva, y que no puede hacer frente a las causas de la delincuencia

En diversos artículos y hecho un análisis sistemático de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente hemos observado que va dirigida a un grupo particular de jóvenes, quienes son adolescentes que hurtan o roban y que no tienen un respaldo

familiar, social ni económico que les impida ser objeto de medidas cautelares personales ni que posteriormente les impida ser objeto de sanciones privativas de libertad, lo que constituye una clara discriminación respecto de aquel joven que si tiene un respaldo y protección familiar, social y económica.

Un ejemplo de esto es el caso de la condena al pago de una multa o a la reparación del daño causado, la sanción que se imponga dependerá de si su familia tiene los recursos económicos para llevarla a cabo, de no ser así el joven deberá cumplir la pena de prestación de servicios a la comunidad, mientras que de disponer recursos el segundo sólo se remitirá a pagar la multa, siendo mucho más gravosa la pena para el primero que para el segundo. El ejemplo incluso es aplicable a jóvenes con bajo compromiso delictual.

Así podríamos decir que existirán tres tipos de juventud, la "desafectada", es decir, aquella que poco o nada se verá expuesta a la aplicación de esta ley; la juventud infractora ocasional, a la que el Estado podrá contener con las sanciones alternativas y sólo en casos graves aplicará las sanciones más severas y; la juventud con compromiso delictual grave, lo que implica el someterla a sanciones privativas de libertad, una prueba de esto es la consideración de sus antecedentes, la actitud del menor frente a la autoridad para la determinación de la pena y también la escalada ascendente de sanciones en caso de incumplimiento. Y como ya sabemos estos dos últimos grupos de jóvenes, pertenecen mayoritariamente de la clase media hacia abajo. Con estos ejemplos podemos demostrar que la LRPA incurre en discriminaciones negativas en contra de aquellos jóvenes de más escasos recursos.

Por otra parte, consideramos que es Derecho Penal del Enemigo, pues si bien la LRPA establece que será aplicable a todos los jóvenes de entre 14 y 17 años que cometan infracciones penales, sus lineamientos político criminales nos han permitido observar que además de los jóvenes de más escasos recursos, serán los jóvenes que participan en manifestaciones populares a quienes también está dirigida la ley,

como se desprende especialmente de la particular situación de las faltas, en que se escogió un determinado catálogo de ellas con el fin de atajar y contener un creciente estado de movilización social en el país desatado principalmente por jóvenes estudiantes.

La prioridad que ha tenido el Estado por resguardar a la propiedad por sobre otros bienes jurídicos, materializada por medio de la inclusión de las faltas a la propiedad, tales como los daños a la propiedad pública y privada y el hurto falta, dentro de aquellas que deberán someterse al procedimiento penal juvenil y no a los Tribunales de Familia, contraviniendo incluso disposiciones generales del Código Penal, como la del artículo 9, demuestran la afirmación hecha y la poderosa influencia que tienen los conglomerados económicos de nuestro país como se aprecia nítidamente en la mención que hace el Mensaje del proyecto de esta ley a los Supermercados. Por lo tanto, al otro lado de la balanza encontramos la especial protección que se le ha ofrecido a un grupo determinado de nuestra sociedad, que al poseer los recursos económicos suficientes para ejercer acciones legales y seguros privados que los protejan frente a la comisión de delitos no se entiende la especial atención que el Estado les ha otorgado, si no es sosteniendo que el Estado a través de sus Poderes busca inocular a las personas, en este caso adolescentes que cometen delitos de bagatela.

Lo anterior nos permite sostener el carácter de derecho penal de autor que posee la LRPA, siendo los jóvenes de más escasos recursos y los jóvenes movilizados el objeto de esta ley. Si bien la LRPA nunca presenta esto de forma manifiesta, sí podemos concluir que esos grupos de jóvenes serán a quienes esta ley está dirigida principalmente y sobre quienes más fuertemente caerá el rigor de la ley, a través de las penas más altas, como lo es la privación de libertad en cualquiera de sus dos modalidades, porque a pesar del carácter excepcional que la ley le otorga a la privación de libertad señalando que sólo como último recurso ha de ser utilizada, se

establece que en 4 de los 5 tramos de duración de las sanciones el juez pueda optar por la pena de internación en régimen semicerrado, o sea, por una pena privativa de libertad.

Para finalizar se considera que es derecho penal del enemigo, por que durante la discusión de la ley, su dictación y posterior aplicación se ha pasado por alto muchos de los derechos establecidos para los jóvenes en la CDN, ya que se dio prioridad a la política criminal, que se pretende imponer. El respeto de sus derechos pasaron sistemáticamente a un segundo plano olvidando completamente su situación de sujetos en formación, ya que recordémoslo el sistema impuesto finalmente es el mismo de los adultos, con una atenuación tan solo en la duración de las penas, ya que los delitos son los mismos, las penas alternativas son similares a los beneficios alternativos de adultos, el procedimiento y sus actores finalmente son los mismos, salvo con una vaga y no obligatoria especialización, y la finalidad de las sanciones en que tanto se escudan sus defensores es la misma que propone un Estado democrático de Derecho para todos: la rehabilitación.

Las conclusiones antes esbozadas no fueron compartidas por todo el grupo durante el trabajo de investigación. Una posición minoritaria del grupo de memoria sostiene que la LRPA no es una manifestación del Derecho Penal del Enemigo, pues esta nueva normativa es aplicable a todo adolescente que cometa ilícitos, no a un sector determinado de ellos. La ley al contemplar formalmente un sistema especial de penas, que incluyen programas de rehabilitación y reinserción, con tiempos inferiores de cumplimiento de la pena respecto a los adultos, los está beneficiando. Ya que el modelo impuesto contempla una serie de beneficios acorde con lo establecido en la CDN, no vulnerando los derechos del adolescente, el sistema al tomar a estos jóvenes, suplirá las deficiencias que ellos presentan en cuanto a acogimiento, educación, y capacitación. La ley toma la infracción como el modo de poder mejorar

las condiciones de vida de los jóvenes por el tiempo que dura la sanción y que esta experiencia sirva a su vida futura.

Así al ser una sanción educativa, no se busca sacar a los jóvenes de la sociedad, sino que reintegrarlos. Por otra parte la normativa logró un equilibrio entre la responsabilidad penal y la edad de los infractores, ya que bajo el sistema anterior quedaban impunes, y no quedaban sujetos a régimen alguno, por lo que continuaban su carrera delictual y al ser mayores de edad caían dentro del sistema formal con sanciones de mayor duración. La nueva ley trata de frenar este camino con anterioridad, para evitar un peor futuro. Por otra parte el que los jóvenes queden sometidos a un procedimiento igual al de los adultos les permite la garantía de sus derechos procesales, ya que así se ha presentado hasta el momento. En teoría la estructura general de la ley no se encuadra dentro de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo.

Otra postura surgida durante esta investigación, postula que, al ser el Derecho Penal, una herramienta violenta del Estado, y al ser el derecho penal, esencialmente selectivo contra un grupo social determinado (sólo basta ver que las cárceles se encuentran llenas de personas de escasos recursos), esta legislación sólo sigue en esta línea, pudiendo incluso señalarse que todo Derecho Penal es del Enemigo.

Propuestas de modificación

20. El Derecho Penal Mínimo es el paradigma en el cual podría haberse insertado la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, por ser un derecho penal mucho menos gravoso y respetuoso de los derechos de los niños y adolescentes infractores de ley, que busca hacer responsable al joven por los hechos delictivos que ha cometido,

pero sólo respecto a aquellos atentados a bienes jurídicos fundamentales como la vida y la salud de las personas, y no especialmente respecto de bienes jurídicos como la propiedad. Además, un derecho penal juvenil inserto en el paradigma del Derecho Penal Mínimo debiera siempre tender a su desjudicialización, por cuanto se reconoce que el derecho penal es un mecanismo de control social *per se* violento e inidóneo para dar solución al problema de la delincuencia juvenil.

Sin embargo, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente persigue principalmente a los adolescentes que cometen delincuencia de bagatela, contra la propiedad y no ha aportado instancias desjudicializadas de resolución de conflictos de baja connotación social, por lo que no se inserta en un Derecho Penal Mínimo.

La propuesta del Derecho Penal Mínimo como eje del sistema de responsabilidad penal adolescente se plantea porque asumimos que el Derecho no es la herramienta que el Estado debe utilizar para afrontar el tema de la delincuencia, que solapa pobreza y exclusión. Las causas que generan la delincuencia no se pueden atacar a través del establecimiento de sanciones más duras contra las personas. Por lo tanto el Derecho Penal como *última ratio* debe actuar sólo de manera excepcional, puesto que sus efectos nocivos superan con gran amplitud a sus beneficios sociales.

21. Por lo tanto, no nos parece adecuada la instauración en Chile del sistema de responsabilidad penal juvenil creado por la Ley 20.084 y sus modificaciones (Ley 20.191), ya que no hubo esfuerzos por implementar un sistema realmente especial para los jóvenes, que no se remitiera íntegramente al Código Penal aplicable a los adultos. También por estigmatizar a las personas infractoras desde edades más tempranas, por no existir posibilidades concretas de rehabilitación e integración, por ser en definitiva una medida simbólica que pretende representar que se está haciendo algo que supuestamente ayudará a solucionar el problema de la

delincuencia, en circunstancias que solamente es un proceder reactivo, discriminatorio, ineficiente, vulnerador de derechos, y que agravará el problema.

22. Considerando los defectos que hemos detectado en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente se proponen las siguientes modificaciones con el fin de subsanar las falencias encontradas que dicen relación principalmente con las discriminaciones negativas que se le hacen a los jóvenes más marginales y desposeídos de nuestra sociedad.

Para ello en primer lugar, la ley debiera insertarse en la lógica del Derecho Penal Mínimo, creándose instancias desjudicializadas de resolución de delitos menores con el fin de que la estigmatización a tan temprana edad sea lo menos posible, tomando el ejemplo de la justicia restaurativa. En segundo lugar, debiera eliminarse la pena de multa y la reparación del daño causado cuando sea mediante una prestación de dinero. Como tercer punto se propone la rebaja en el límite máximo de las penas privativas de libertad a 3 años con el objeto de que una vez que salgan de los centros puedan incorporarse de una manera adecuada a la sociedad sin el estigma de haber estado 5 o 10 años allí. Esta duración propuesta de 3 años, se debe a que a nuestro juicio un programa de rehabilitación nunca tardará tanto, el resto de la duración sólo causaría más desventajas para el joven, que se verán en su periodo adulto.

Otra propuesta es la asignación de un porcentaje del presupuesto para la prevención de delitos en las comunas donde más se vulneran los derechos de los niños y para la correcta implementación de los programas educacionales, de capacitación laboral y de drogas en todos los centros de privación de libertad y a todos los jóvenes condenados.

Respecto a su ejecución es necesaria la real capacitación de los actores del procedimiento, haciendo obligatoria la especialización a todos los jueces, fiscales y defensores, entre otros. A su vez se requiere un aumento en el número de ellos, de

tal modo que un defensor, por ejemplo, lleve un número de causas adecuado, que no sea excesivo y así que le permita entregar al adolescente la mejor defensa posible.

Finalmente el SENAME debiera lograr una separación administrativa, ya que aún es el organismo encargado tanto de la vulneración de derechos como de las infracciones penales de los niños, a pesar de que el tratamiento sea diferente e incluso se haya logrado la separación de tribunales. Es una lástima esta sobrecarga del SENAME, ya que la destinación de recursos sigue siendo demasiada baja.

BIBLIOGRAFIA

AUTORES NACIONALES Y EXTRANJEROS

- **ALBRECHT, Peter-Alexis.** *El Derecho Penal de Menores*, Editorial PPU, Barcelona, 1990.
- **ANDERSON, George M.**, *Nueva Zelanda. Justicia restaurativa*, en VILLEGAS, Myrna (compilador) "Material de lectura: derecho penal juvenil", Universidad de Chile, 2007.
- **ARISTÓTELES**, *La Política*, traducción de Sergio Albano, Editorial Gráfico, Buenos Aires, Argentina, 2005.

- **BAYTELMAN, Andrés y DUCE Mauricio**, *Evaluación de la Reforma procesal Penal. Estudio de una reforma en marcha*, en “Informe de DDHH 2004”.
- **BELOFF, Mary**, *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular, un modelo para armar y otro para desarmar*, en “Revista Justicia y Derechos del Niño” N° 1, Santiago de Chile 1999, UNICEF, Ministerio de Justicia de Chile.
- **BELOFF, Mary**, *Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)*, en “Justicia y derechos del Niño”, Numero 8, UNICEF, Santiago, Chile, 2006.
- **BOLDOVA PASAMAR, Miguel**, *La responsabilidad penal de los menores*, Valencia, Ediciones Lo Blanch.
- **BUSTOS, Juan**. *El Derecho Penal del Niño-Adolescente*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007.
- **CERDA SAN MARTIN, Mónica y CERDA SAN MARTIN, Rodrigo**, *Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2006.
- **CEREZO MIR, José**. *Derecho Penal. Parte General. Lecciones 26-40*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2005.
- **CURY URZUA, Enrique**. *Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- **CILLERO BRUÑOL, Miguel**, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile, Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.
- **CILLERO BRUÑOL, Miguel**. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño*, en “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma, Bogotá 1999.
- **CILLERO BRUÑOL, Miguel**, *De la Tutela a las Garantías: Consideraciones sobre el Procesos Penal y la Justicia de Adolescentes*, en “Revista de Derechos del Niño”, Número 2, 2003, UNICEF, Santiago de Chile, enero 2004.

- **CONDE, María Jesús**, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Juvenil en España*. Disponible en: http://www.iin.oea.org/el_nuevo_sistema_M._Jesus_Conde.PDF, (sitio consultado el 28 de junio 2007).
- **CORTES MORALES, Julio**, *Derechos humanos, derechos del niño y privación de libertad. Un enfoque crítico de las “penas” de los niños*, en “Justicia y Derechos del Niño”, Número 7, UNICEF, 2005.
- **CORTES MORALES, Julio**. *A cien años de la creación del primer Tribunal de Menores y 10 años de la Convención de Derechos del Niño: el desafío pendiente*, en “Justicia y derechos del niño”, Número 8. UNICEF. 2006.
- **COUSO SALAS, Jaime**. *Más acá del interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?* en “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma, Bogotá 1999.
- **COUSO SALAS, Jaime**, *Los niños en los tiempos de los derechos*, en “Por los caminos de la esperanza”, Servicio Nacional de Menores, Chile, 2000.
- **COUSO SALAS, Jaime**, *La otra violencia: poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno*, Informe de Investigación Universidad Diego Portales, Chile, 2003.
- **DE FERRARI, Luis Ignacio**. *Quince años de espera... Hacia la creación de un sistema de reemplazo: notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes*. En “Justicia y Derechos del Niño” Número 8, UNICEF, 2006.
- **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis**, *El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002.
- **ETCHEBERRY, Alfredo**. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, reimpresión 2004.
- **FERRAJOLI, Luigi**. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid, 1991.
- **FERRAJOLI, Luigi**. *Prefacio de documento Infancia, Ley y Democracia, que contiene el Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal*, UNICEF/Ministerio de Justicia. Julio, 1998.

- **GAETANO DE LEO**, *Interés, derecho y necesidad: para una evolución de las hipótesis de tratamiento de la desviación de menores*, en “Un derecho penal de menor”, y éste a su vez en “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma, Bogotá 1999.
- **GARCÍA MENDEZ, Emilio**, *Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Forum-Pacis, Bogotá, 1994.
- **GARRIDO MONTT, Mario**. *Derecho penal. Parte General. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- **GARRIDO MONTT, Mario**, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Editorial Jurídica, Santiago, 2007.
- **GATICA, Nora y CHAIMOVICH, Claudia**. *La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principios relevantes contenidos en la Convención de Derechos del Niño*, II parte, La Semana Jurídica, N° 79.
- **GÓMEZ RABY, Alejandro**, *Justicia y Derechos del niño*, Revista N° 8, Editorial Andros, Santiago.
- **HASSEMER, Winfried**, *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación y procedimiento. Límites de la Prisión Preventiva*, Editorial Ad-Hoc, 2003, Buenos Aires.
- **HASSEMER, Winfried**, *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, en “Pena y Estado”, Editorial Jurídica Conosur, Chile, 1995.
- **HORVITZ LENNON, María Inés** y otros, *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia*, Más Gráfica Limitada, Chile, 2005.
- **HORVITZ LENNON, María Inés**. *Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable*. Documento de Trabajo N°1/2006, Defensoría Penal Pública, marzo de 2006, Santiago, Chile.
- **JAKOBS, Günther**. *Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*, en “Estudios Penales”, UAM Ediciones, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

- **JAKOBS, Günther**, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, en “Derecho Penal del Enemigo”, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- **JAKOBS, Günther**. *La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente en La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Valencia Tirant lo Blanch 2004.
- **JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis** citado por CILLERO BRUÑOL, Miguel, “*Adolescentes y Sistema Penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño*” Revista de Derechos del Niño, Número 2, UNICEF, Buenos Aires, 2000.
- **KELSEN, Hans**, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrúa, México, décima edición, 1998.
- **MAGARIÑOS, Mario**. *Hacia un criterio para la determinación de la pena*, en “Determinación judicial de la pena”, compilado por MAIER, Julio, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- **MALDONADO FUENTES, Francisco**, *La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento diferenciado*, en “Justicia y Derechos del Niño”, Número 6, UNICEF, Santiago de Chile, 2004.
- **ROUSSEAU, Jean-Jacques**, *El Contrato Social; discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, traducción de Fernando de Los Ríos y Ángel Pumarega, Editorial Boreal, España, 1999.
- **ROXIN, Claus**. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*, en del mismo “Culpabilidad y prevención en Derecho penal”. Editorial Reus, Madrid, 1981.
- **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María**, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades post industriales*, Edit. Civitas, 2ª edición, Madrid, 2001.
- **VERDUGO MARINKOVIC, Mario**, *Instituciones Políticas, Manual de Derecho Político*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1988.

- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo I. Talleres de Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1988, págs.
- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?*, en el libro "[Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo](#)", Editorial Civitas, Madrid, 2005.

ARTÍCULOS DE REFERENCIA ELECTRÓNICA

- **CAMPOS HIDALGO, Héctor.** *Reflexiones en torno a la incorporación de estrategias de justicia restaurativa en nuestro país*, Disponible en http://www.cejamericas.org/doc/documentos/2_med_penal_4_hcampos.pdf (Sitio visitado en Junio de 2007).
- **CASTANY, María Luz,** *Fundamentos del Funcionalismo de Günther Jakobs, Dogmática y Derecho en Luhmann*, en "Revista Jurídica On-line", en www.revistajuridicaonline.com, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador.
- **CAPPELAERE, Geert,** Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, en "Directrices de RIAD", pág. 3. Disponible en http://www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf (sitio visitado el 05.07.2007).
- **CILLERO, Miguel,** Paulo Egenau y Hector Hernández. Disponible en www.forosida.cl/print.php?sid=125 (sitio visitado en junio de 2007)
- **CORTÉS MORALES, Julio,** *Acerca de la consideración jurídica de la infancia en Chile en el período 1990/2005*, Corporación Opción, 2006. Disponible en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-04-11.5081711610/documentos_pdf.2007-05-30.1565106751/archivos_pdf.2007-05-30.1779179574 (sitio visitado en junio de 2007).

- **CORTÉS MORALES, Julio.** Abogado ONG Opción. *Convención de derechos del niño y ley de responsabilidad penal juvenil*, Artículo propio difundido por internet.
- **CORTÉS MORALES, Julio,** *Los Adolescentes y la Ley: entre el derecho a tener derechos y el derecho a ser penalizados. Escritos y documentos en torno a la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes*, Junio de 2007.
- **DIEZ RIPOLLÉS, José Luís,** *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en “Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, enero de 2005, Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> (sitio visitado el 15.06.2007)
- **GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther.** *Justicia de menores en el siglo XX una gran incógnita*, en “Un derecho Penal del Menor”. Barcelona, 1992. Disponible en: www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf. (sitio visitado en junio de 2007).
- **GRACIA MARTIN, Luis,** *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo*, “Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, publicado 11 de Enero, 2005. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> (sitio visitado en junio 2007).
- **HEIN, Andreas.** *Factores de riesgo y delincuencia juvenil, revisión de la literatura nacional e internacional*, en <http://www.pazciudadana.cl/documentos/factoresderiesgo.pdf> (sitio visitado el 08.06.2007)
- **HEIN, Andreas y SEPÚLVEDA, Martha,** *Caracterización de menores de edad ingresados a una comisaría entre los años 2001 y 2004 en el marco del seguimiento del Programa Protección 24 Horas de Carabineros de Chile: Implicancias para la prevención de la violencia de y contra niños, niñas y adolescentes*, Agosto 2005, Fundación Paz Ciudadana. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl> (sitio visitado el 08.06.2007).
- **HOECKER, Loreto.** Socióloga y académica de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Extracto de la entrevista otorgada en www.caletasur.cl, 30 de octubre de 2007.

- **MAXWELL, Gabrielle**, *Justicia Restaurativa para los Jóvenes en Nueva Zelanda: Lecciones obtenidas a partir de investigaciones realizadas. Palabras durante la Conferencia Internacional de Belfast sobre Conferencias Restaurativas 2006*. Disponible en: <http://ips.ac.nz/events/completed-activities/RJ%20Mexico/MexicoJusticiaRestaurative%20-%20jovenes.pdf> (fecha consulta: 28 de junio 2007).
- **MORALES PEILLARD, Ana María**, *Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el subsistema de responsabilidad penal de adolescentes infractores de la ley pena*. Disponible en www.jurisdiccionydemocracia.cl. (sitio visitado en septiembre de 2007).
- **RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo**, *El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes*, en “La Ley, Revista Universitaria”, Año V, N° 3, junio de 2003. Disponible en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf> (sitio visitado el 22 de octubre de 2007).
- **SÁNCHEZ PARDO, Lorenzo y OTROS AUTORES**. *Jóvenes y Publicidad: Valores en la comunicación publicitaria para jóvenes*, España 2004. Disponible en www.fad.es/sala_lectura/jovenesypublicidad.pdf. (Sitio visitado en junio de 2007).
- **SOLÓRZANO, Justo**. *Más Ley Penal y menos Derecho Penal. Críticas a las iniciativas de leyes Antimaras, desde una perspectiva dogmática, criminológica y político-criminal*. Disponible en: http://www.oijj.org/documental_ficha.php?cod=2&total=3&tampag=10&vis=C&pags=1 (Sitio consultado el 28 de junio 2007).
- **TIFFER, Carlos**, *La Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño y su influencia en el modelo de justicia*. Disponible en www.dniu.org.uy/public/revista1/tiffer.pdf (sitio visitado en junio de 2007).
- **UNICEF**, *Justicia Juvenil*, en “Innocenti Digest”. Disponible en <http://www.unicef.com> (sitio visitado el 15 de agosto de 2007).
- **UNICEF**. *Justicia juvenil*, en “Innocenti Digest”, pág. 4. Disponible en www.iiyg.org. (sitio visitado el 15 de agosto de 2007).

- **VARGAS, Gonzalo**, *Conferencia de Prensa de Fundación Paz Ciudadana*, 20 de octubre de 2004. Disponible en <http://www.pazciudadana.cl> (sitio visitado el 07.06.2007).
- **VÍQUEZ, Karolina**. *Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?*, "Revista electrónica Política Criminal", N°3, A2, 2007. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Revista_Electronica_Politica_Criminal/3_2007.html (sitio visitado en junio 2007).
- **WERTH WAINER, Francisca**, *Sistemas de Justicia Juvenil La experiencia comparada Estados Unidos, Canadá y Reino Unido*. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/documentos/just.juvenil.pdf>, (Sitio consultado el 28 de Junio 2007).
- **CORPORACION OPCION y ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA**, *Derechos de los niños en Chile: Informe Alternativo al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile*, Ginebra, Enero 2007, Disponible en www.oijj.org. (visitado el 3 de noviembre de 2007).
- **ENCUESTA DE CARACTERIZACIÓN SOCIOECONÓMICA 2006**, Ministerio de Planificación, Gobierno de Chile. Disponible en: <http://www.mideplan.cl/casen>
- **ENCUESTA CASEN 2006: Pobreza cae cinco puntos en tres años y llega a 13,7%** en "Diario La Tercera". Disponible en: http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,6727,3255_5666_274310180,00.html (sitio visitado el 08 de junio de 2007).
- <http://www.generacion80.cl/noticias/noticiacompleta.php?varbajada=1172y>
- www.elclarin.cl (sitio visitado el 18 de Octubre de 2007).
- <http://www.granma.cubasi.cu/2007/10/21/interna/artic02.html> (visitado el 20 de octubre de 2007).
- <http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/espanol/home.html>
- <http://www.sename.cl/interior/drogas>.

- <http://www.defensoriapenal.cl/interior/noticias/dpp.php?id=2993>, (visitado el 27 de agosto 2007).
- Historia de la Ley N° 20.191. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20191/HL20191.pdf> (Sitio visitado en septiembre de 2007).

TEXTOS LEGALES DE DERECHO NACIONAL

- Constitución Política de la República de Chile de 1980, Edit. Jurídica de Chile, edición 2006.
- Código Penal, Edit. Jurídica de Chile, edición 2006.
- Código Procesal Penal., Editorial Jurídica de Chile, edición 2006
- Ley N° 20.084, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal, publicada en el Diario Oficial el 07 de Diciembre de 2005.
- Decreto N° 1.378 que reglamenta la aplicación de la Ley N° 20.084, publicado en el Diario Oficial el 25 de abril de 2007.
- Ley N° 20.000, Sustituye la ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005.
- Ley N° 20.191, Modifica la ley 20.084, publicada en el Diario Oficial el 02 de Junio de 2007.
- Ley N° 20.140, Modifica el artículo 494 bis del Código Penal, estableciendo pena para el caso de hurto falta en grado frustrado, publicada en el Diario Oficial el 31 de Diciembre de 2006.
- Decreto Ley N° 2.465 Reglamento del Servicio Nacional de Menores, publicado en el Diario Oficial el 03 de abril de 1980.

- Ley N° 16.618, Fija el texto definitivo de la Ley de Menores, Publicada en el Diario Oficial el 08 de marzo de 1967. Crea además el Consejo Nacional de Menores (CONAME).
- Ley N° 19.968, Crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.
- Ley N° 4.447, De protección de menores, año 1928.

TEXTOS LEGALES DE DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO.

- NACIONES UNIDAS, “Convención Internacional de Derechos del Niño”.
- NACIONES UNIDAS, “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” (Reglas de Beijing), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.
- NACIONES UNIDAS, “Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil” (Directrices de RIAD), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.
- NACIONES UNIDAS, “Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990).
- NACIONES UNIDAS, “Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”.
- Código Penal Alemán, *Strafgesetzbuch*, reformado al 31 de enero de 1998.

OTRAS PUBLICACIONES

- Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 786-2007.
- Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, RIT 53-2004, 11 julio 2007, considerando 14°.
- Naciones Unidas, Cesión Plenaria 68ª, 14 de diciembre de 1990.
- **COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO.** Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *Sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la Unión Europea.*
- Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones, *Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 44 de la convención*, 23 de abril de 2007.
- Oficio N° 594 de 2 de Mayo de 2007 del Ministerio Público, sobre *Orientación para la determinación de las Penas para adolescentes en la ley N° 20.084.*
- Oficio N° 484 de 17 de abril de 2007 del Ministerio Público.
- Oficio N° 511 de 23 de abril de 2007 del Ministerio Público. Instructivo N° 7. Sobre la Procedencia de la detención y control de la detención de los adolescentes.
- Oficio N° 636 de 7 de Mayo de 2007, Instructivo N° 9. sobre Declaración del adolescente y actuaciones durante la detención.
- **UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL,** *Segundo informe de jurisprudencia sobre la Ley N° 20.084 de responsabilidad penal adolescente, agosto de 2007.*
- Mensaje del Presidente Ricardo Lagos Escobar al Proyecto de Ley que establece un Sistema de Responsabilidad Juvenil para adolescentes infractores de la Ley Penal (2002).
- Mensaje del Ejecutivo, en Historia de la Ley 20084, diciembre de 2005.
- Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia,

- Reunión Preparatoria Interregional para el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente acerca del tema II, "Políticas de justicia penal en relación con los problemas de la pena de prisión, otras sanciones penales y medidas sustitutivas"
- Instituto de Naciones Unidas en Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, reglas mínimas sobre medidas no privativas de la libertad, labor preparatoria de la Fundación Internacional penal y penitenciaria, además de otras instituciones gubernamentales y no gubernamentales que también contribuyeron en la elaboración de estas reglas modelo
- **FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA.** Delincuencia Juvenil en Chile (cifras del último anuario de estadísticas criminales). Conceptos para la prevención y contención del delito. Boletín número 5, 1997.