

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

LA VERGÜENZA REINTEGRATIVA Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

RODRIGO ANDRÉS DEL CANTO HUERTA.

Profesor guía: Loreley Friedmann Volosky

Santiago, Chile 2004

AGRADECIMIENTOS .	1
INTRODUCCIÓN .	3
CAPÍTULO I. Esquema general del sistema penitenciario y del derecho de menores .	7
I.- La pena de privación de libertad. El fin resocializador. .	7
II.- Definiciones operacionales. .	8
III.- Evolución histórica de la Justicia de Menores. . .	9
IV.- La Justicia de Menores. . .	10
V.- El sistema tutelar de menores en nuestro ordenamiento jurídico. .	13
VI.- Panorama histórico-jurídico relativo a la delincuencia juvenil en Chile.¹¹ .	14
VII.- Institución a cargo de los Menores: El Servicio Nacional de Menores .	16
VIII.- La Pena Privativa de Libertad. Críticas. . .	17
IX.- Características de la privación de libertad: . .	18
X.- El sistema de justicia de menores. .	19
XI. Marco jurídico nacional relativo a la justicia de menores. .	20
XII. Principios que inspiran la legislación nacional relativa a menores. . .	21
XIII. Comentarios al Proyecto de Ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal. .	23
CAPÍTULO II. Medidas alternativas a la privación de libertad .	27
I. Doctrina. .	27
II. Marco jurídico actual. . .	28
III. Medidas alternativas contenidas en el nuevo Código Procesal Penal. .	33
IV. Medidas alternativas contenidas en el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal. .	34
CAPÍTULO III, Nuevas medidas alternativas: La vergüenza reintegrativa, o Justicia restaurativa o reparadora .	37
I.- Introducción. . .	37
II.- Antecedentes del modelo de Justicia Restaurativa. .	38

¹¹ Seguimos en esta parte ob. cit. nota 10.

III.- Funcionamiento del sistema. . .	40
IV.- Reparación del daño causado por el delito. .	46
V.- Otras formas de aplicar justicia restaurativa o reparadora. .	46
CONCLUSIONES . .	51
BIBLIOGRAFÍA .	55
ANEXO N° 1 . .	59
ANEXO N° 2 . .	61
ANEXO N° 3 . .	63
ANEXO N° 4 . .	67

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, deseo expresar mi infinita gratitud a mi querida profesora Loreley Friedmann Volosky, quien con sus consejos y paciente guía logró encauzar mis ímpetus y hacer realidad este trabajo.

En segundo lugar, también deseo manifestar mi gratitud al profesor Alvaro Fuentealba Hernández, quien con su amistad y críticas cooperó con la realización de esta obra.

Finalmente deseo agradecer y dedicar este trabajo a mis padres, Lucila y Samuel, quienes desde siempre han contribuido al alcance de mis metas.

Rodrigo Andrés del Canto Huerta

INTRODUCCIÓN

El problema del tratamiento de los menores infractores de ley en relación con su inserción futura en la sociedad, y su apego a conductas adecuadas al marco normativo, en relación con el problema de la reincidencia en conductas delictivas ha puesto en entredicho las formas tradicionales de tratamiento a el.

Estas formas tradicionales dicen relación, en la mayoría de los países de occidente, con su tratamiento en regímenes de privación de libertad, conceptualmente diferentes del tratamiento de adultos, pero cuyo punto en común es uno: ambas categorías de infractores son privados de libertad.

El elemento distintivo es la parte del derecho que actúa en uno u otro caso. En el primero, sería el derecho de menores; en el segundo el derecho penal.

Ante la percepción de que se acrecienta la reincidencia de las personas que han pasado por el sistema de menores infractores, transformándose eventualmente en clientes del derecho penal cuando llegan a edad adulta, a diferencia de aquéllos que tienen tratamientos alternativos a la privación de libertad, cuya reincidencia es ostensiblemente menor, se ha puesto en tela de juicio la necesidad de privar de libertad a los menores infractores como único medio de reinserción. Es más, se ha planteado incluso que la privación de libertad aplicada a menores infractores sería un factor criminógeno en sí mismo¹.

El problema es determinar qué formas de tratamiento, que excluyan la privación de libertad, serían más eficientes en el fin resocializador, de modo tal que se excluya al

máximo la posibilidad de reincidencia futura en conductas delictivas.

Como no existirían antecedentes fehacientes que señalen que la privación de libertad sea un método eficaz de control del delito, por ello, se buscará demostrar que la cárcel actúa como un factor criminógeno y se planteará la hipótesis de que el menor puede quedar sujeto a medidas alternativas a la cárcel, tales como el programa denominado Vergüenza Reintegrativa.

Esta memoria no pretende cuestionar la privación de libertad para el tratamiento del delincuente. Nuestro interés no es eludir dicha discusión, mas no será abordada en profundidad. Sí nos interesa concentrarnos en los efectos negativos que la privación de libertad tendría en los menores infractores de ley, y ofrecer un panorama de medidas alternativas innovadoras que los prevengan.

Los efectos de la prisión han sido bastante estudiados, resumiéndolos, nos encontramos con que saca al menor de su entorno, con la pretensión de formar conductas de apego a una convivencia social no lesiva de valores o bienes jurídicos que el derecho considera básicos para ello. Es al menos esa la pretensión de todo sistema de tratamiento de menores, el lograr su reincorporación a la sociedad, luego de aplicadas las medidas de protección que el tribunal estime pertinentes a fin de sacarlos del circuito de la delincuencia juvenil.

Tal método, absolutamente burocratizado, no ofrecería ningún enfrentamiento del menor con el peso y consecuencias que su conducta puedan haber acarreado a las víctimas. Por el contrario, acarrearía resentimiento, discriminación y un ahondamiento en el sentimiento de no pertenencia que sentirían los jóvenes marginados en conflicto con la ley. Además de ello, la privación de libertad es un sistema naturalmente anómalo de convivencia, en regímenes segregados, por tanto se rompe el vínculo del menor con su entorno. Dicha segregación se estima conveniente por definición, por los sistemas de protección de menores.

Otra opción consiste justamente en lo contrario. Que el tratamiento del menor infractor se efectúe sin romper el vínculo del menor con su entorno, pero haciendo que sea capaz de sopesar la gravedad de su infracción y las consecuencias del hecho. Asimismo, obligándolo a asumir conductas de reparación del hecho y de la víctima. Esta opción supone la teoría de que a partir de la vergüenza y de la confrontación con la víctima, el menor sea capaz de generar conductas de adhesión a los valores de la convivencia en comunidad, que han sido conculcados con su actuar infraccional.

Los sistemas de tratamiento que sí ofrecen mayores garantías de reintegración serían entonces aquellos que lejos de sacar al menor de su entorno, estén basados en considerarlo parte de él y hacerlo responsable de valorar los efectos de su conducta y obligándolo a hacerse cargo de la reparación de dicha ruptura de la convivencia social.

Podrán levantarse opiniones adversas a la instauración de este tipo de sistemas, pero ellas pertenecerán a quienes justifican la pena en el castigo y su aplicación en el

¹ ABOLLADO V., PATRICIA y FUENTEALBA H., ALVARO. 1996. Privación de libertad como factor criminógeno fundamentalmente aplicado a menores infractores de ley. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 196 p.

ejemplo intimidante. A ellas puede responderse siempre que la retribución es irracional y que un Estado no debería diseñarse sobre la voluntad de castigar, por más que esta resida en el inconsciente colectivo. Y que la instrumentalización del ser humano conlleva a mediatizarlo, cuando no hay opción en el axioma de que él constituye un fin en sí mismo.

Quisiera terminar esta parte introductoria con un texto del profesor trasandino Elías Neuman:

“Lo que ocurre en el ámbito carcelario, con sus fases hipertróficas e inhumanas, no se debe a fallas coyunturales u operativas sino claramente estructurales. Desde hace algo más de dos siglos, al utilizarse el encierro como pena per se, se ha transformado al delincuente en víctima del sistema penal”. (...).

“Con el pretexto de incautarse de la libertad locomotiva o deambulatoria del sospechado de delito el Estado, en realidad, se apropia de su vida y lo somete en el encierro a una disciplina para la sumisión y el control. Se trata de domesticar por razones más prácticas que humanas. Impeliendo y asimilando al recluso a la sumisión, excluyéndolo del derecho a la ley, ¿cómo no ejercer la violencia sobre él? No pertenece, para esta concepción retribucionista-represiva, a la condición humana; tampoco pertenece a la condición de la ley. Es un enemigo. Por tanto, debe ser expulsado de la convivencia social y, en los hechos, escarnecido cotidianamente”.²

² NEUMAN, ELÍAS. 1997. Mediación y conciliación penal. Buenos Aires, Ed. Depalma. 142 p.

CAPÍTULO I. Esquema general del sistema penitenciario y del derecho de menores

I.- La pena de privación de libertad. El fin resocializador.

Arduas discusiones han precedido al consenso mundial en torno al fin resocializador que debe cumplir la privación de libertad, postura propugnada por Naciones Unidas, cuya concreción más importante se aprecia en dos instrumentos jurídicos internacionales: las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos” y las “Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad”.³

Sentado el hecho de que la finalidad básica de la pena privativa de libertad sería la rehabilitación social del delincuente, resta cuestionarse si esto no pasa de una declaración de buenas intenciones o si se da efectivamente en la práctica penitenciaria de los diversos países y específicamente en Chile. O, yendo más allá en el análisis,

³ Ob. Cit. Nota 1.

plantear el problema de si lejos de rehabilitar, la cárcel constituye un factor eminentemente criminógeno, sobre todo en aquellos sectores de la población penal más permeables como los menores privados de libertad.⁴

II.- Definiciones operacionales.

1.- Sistema Penal y sistema carcelario:

La organización social, entre las instituciones que utiliza para su mantenimiento y desarrollo, requiere siempre de un sistema de seguridad pública. Este sistema, por lo general, se encuentra compuesto, a lo menos, por tres instancias: policial, judicial y penitenciaria.

En los sistemas tradicionales, que sustentan la aplicación de la pena precisamente en su efecto intimidatorio, a través de la separación y aislamiento de la persona que ha delinuido, el mayor esfuerzo se concentra en las dos primeras instituciones en detrimento de la tercera.

En consecuencia, podemos definir el sistema penal como aquel integrado por los tribunales de justicia y por sus auxiliares (policías, etc.) en virtud del cual se somete a las personas que infringen el ordenamiento jurídico a los efectos del ejercicio de la acción penal por el Estado.

Por su parte, el sistema carcelario puede ser definido como aquel integrado por los establecimientos mantenidos por el Estado para ejercer la restricción del derecho de desplazamiento de las personas impuesto por un tribunal de justicia, sea este de jurisdicción criminal o de menores. Se emplea la expresión “derecho de desplazamiento” para comprender todas las restricciones a la libertad que contiene nuestro ordenamiento jurídico.

2.- Derecho de menores:

El derecho de menores es aquella rama jurídica que tiene como objeto de atención a los menores de 18 años de edad, en virtud de la definición de “niño” y “menor” que hizo la Convención de los Derechos del Niño. Se caracteriza por ser eminentemente “tutelar”, esto es, los Jueces de Menores, al adoptar sus resoluciones, sean estas de cualquier índole, deben tener siempre presente el “interés superior del niño”, según palabras de la Convención citada.

3.- Derecho penal de menores:

El derecho penal de menores es el estatuto jurídico que se aplica a aquellos menores mayores de 16 años y menores de 18 que han sido declarados sin discernimiento, por lo que no podrán ser tratados como adultos, pero que sin embargo, son sometidos a medidas de control y medidas de seguridad, que en los hechos, adquieren la forma de penas privativas de libertad, por cuanto deben ser cumplidas en centros especiales,

⁴ Ob. Cit. Nota 1.

denominados Centros de Orientación y Diagnóstico, e incluso en Centros de Tránsito y Distribución, que son establecimientos, residenciales o “ambulatorios”, cuyo fin fundamental es realizar una Calificación Diagnóstica solicitada por un Tribunal de Menores, con el objetivo de entregar orientaciones de tratamiento, que cuando se trata de vulneraciones de derechos menos graves y no se cuenta con vacantes en la red social o del SENAME, dichos establecimientos pueden llegar a realizar una intervención breve (verdaderamente reclusión).

4.- Menor infractor de ley:

Nuestro ordenamiento jurídico no define el concepto de menor infractor de ley. La única alusión relacionada la encontramos en el artículo 10 N° 2 y 3 del Código Penal.⁵

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad entienden por menor *“toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley”*.

La legislación chilena dispone que, una vez que el menor ha sido declarado con discernimiento por la comisión de un acto tipificado como delito, deberá ser procesado y, posteriormente condenado. En consecuencia, menor infractor de ley es el declarado con discernimiento.

5.- Vergüenza reintegrativa:

Este concepto surge a partir del desarrollo de una teoría en el campo de la criminología, del mismo nombre, obra del profesor australiano John Braithwaite.

La vergüenza reintegrativa, puede ser definida como un sistema en el que un menor infractor asume la responsabilidad de su acto ilícito, frente a la víctima y frente a la comunidad, como camino para lograr el remordimiento, en virtud del cual se espera que no reincida en conductas delictivas (o infraccionales).

6.- Justicia restaurativa:

La justicia restaurativa o reparadora es un proceso donde las partes involucradas en un delito específico resuelven colectivamente el cómo tratar las consecuencias de él y sus implicaciones para el futuro.

III.- Evolución histórica de la Justicia de Menores.

En el ámbito internacional, es a principios del siglo XX cuando se ubica la preocupación por la infancia en los países de nuestra región. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en primeramente con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social, y por el otro lado, es el resultado de la

⁵ “Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 2°. El menor de dieciséis años. (...) 3°. El mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento. El tribunal de menores respectivo hará declaración previa sobre este punto para que pueda procesársele”.

imitación latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos por la infancia, lo cual se vio reflejado en varios congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

La primera legislación específica que se conoce fue la argentina, promulgada en 1919. Pero fue en décadas posteriores en donde se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones, por ejemplo Colombia, Brasil, etc. Durante este período y hasta los años 60, podemos afirmar que el derecho penal de menores se desarrolló intensamente, en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los 60, se presenta un auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú, Costa Rica, y Chile. La década de los 70 (México, Ecuador, etc.) se caracteriza el derecho penal de menores con una ideología proteccionista de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales.

Las concepciones ideológicas del positivismo y de la Escuela de Defensa Social, fueron incorporadas en todas las legislaciones y sin duda influyeron en la codificación penal. Pero en donde estas ideas encontraron su máxima expresión, fue en el derecho penal de menores. Postulado básico fue sacar al menor delincuente del derecho penal común, con ello alteraron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada.

IV.- La Justicia de Menores.

Tres grandes modelos han sido desarrollados desde la creación de la Justicia de Menores: el de protección, el educativo y el de responsabilidad.⁶

a) El modelo de protección:

El origen de las jurisdicciones especializadas para menores nace a fines del siglo XIX, evolucionando ya primitivamente, a comienzos del siglo XX, a la manifestación de un marcado carácter tutelar o protector.

Las principales características del modelo de protección son:

Niños y jóvenes deben estar totalmente separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos;

Los menores deben tener un tribunal especial, el que no necesariamente debe estar

⁶ Ob. Cit. Nota 1.

integrado por un juez, por cuanto lo que interesa no es garantizar el derecho y su correcta aplicación sino conseguir la reeducación del menor;

Un amplio control penal sobre los jóvenes, extendiendo su intervención a conductas no delictivas;

La consideración del carácter anormal o patológico de los menores delincuentes y su equiparación a un enfermo, por lo que no es necesario la sujeción al procedimiento general, ni siquiera cumplir con los requisitos legales mínimos;

Análisis crítico del modelo: Existía el convencimiento de que se restaba al menor del sistema penal, sin embargo es posible afirmar que no es que el menor saliera del derecho penal, puesto que se le seguían aplicando medidas sancionadoras, sino que salía del sistema de garantías y derechos individuales.⁷

b) El modelo educativo:

El modelo educativo tiene como fundamento el surgimiento del Estado de Bienestar Social, que arranca desde fines de la Segunda Guerra Mundial hasta aproximadamente 1975 y se basa en la concepción del Estado como guardián de la seguridad y como responsable de eliminar la pobreza, mejorar las condiciones de trabajo, sanidad, enseñanza, etc. El Estado de Bienestar busca ofrecer seguridad a todos los estratos sociales, especialmente a los menos privilegiados.

El modelo educativo se basaba fundamentalmente en evitar que los jóvenes entraran en el sistema de justicia penal. Policías, fiscales, educadores, etc., tienden a no pasar los casos a la justicia, aun los más graves.

El objetivo consiste, precisamente, en que la justicia no intervenga, en beneficio del menor, buscándose preferentemente soluciones extrajudiciales.

Especialmente Holanda, Bélgica y los países nórdicos, siguiendo este modelo, desarrollan alternativas fuera del sistema, a través de organizaciones privadas, y junto con el descenso de la intervención de la justicia, se produce un importante abandono de los métodos represivos y un claro predominio de la acción educativa. El menor ya no es el único objeto de atención, sino que se tiende a dejarlo en el seno familiar, ofreciéndole a él y su familia la ayuda necesaria. El internamiento aparece como el último recurso, para casos extremos.

c) El modelo de responsabilidad:

Bajo este modelo, el menor no es sólo un objeto de protección, sino también un sujeto de derechos y obligaciones, lo que acarrea importantes consecuencias respecto de la concepción sobre la responsabilidad del menor por los hechos que haya cometido.

Las características fundamentales del modelo de responsabilidad, también denominado modelo de justicia, son:

Un mayor acercamiento a la justicia penal de los adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, pero limitando al mínimo indispensable su acción

⁷ MEZA O., ABELARDO y OBRADOR C., RODRIGO. 1996. Represión diferencial. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 160 p.

coercitiva;

Reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad, a través de la utilización de medidas alternativas, basadas en principios educativos;

Refuerzo de la posición legal de los jóvenes, con aumento de su responsabilidad;

Mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparar a la víctima o a la sociedad.⁸

Análisis crítico del modelo: A diferencia del modelo protector y del modelo educativo, los que no limitaban la intervención de la justicia a determinadas edades, el modelo de responsabilidad introduce la necesidad de establecer una mayoría y una minoría de edad de responsabilidad penal.

En nuestro país, históricamente ha sido hasta los 16 años la irresponsabilidad penal absoluta, existiendo un período que corre entre dicha edad y los 18 años, en el que es un juez de menores el que determina el eventual discernimiento del menor y su posible responsabilidad frente a un hecho que revista caracteres de delito. Sin embargo, a la fecha de este trabajo se encuentra en discusión en el Congreso Nacional un proyecto de ley para rebajar la edad de responsabilidad penal de los menores, patrocinado por el Servicio Nacional de Menores y otros organismos públicos y privados.

En este mismo orden de cosas, y para graficar la existencia que habría de criterios dispares relativos a la fijación de la edad desde que los menores comienzan a ser responsables criminalmente, a continuación se exhibe una tabla que indica las distintas edades “oficiales” de responsabilidad penal vigentes en algunos países adscritos al Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, ellas son las aplicadas normalmente según los informes de los Estados presentados al Comité, o según se deducen de estos informes:⁹

Tabla: Edad oficial de responsabilidad penal

⁸ Ob. Cit. Nota 1.

⁹ UNICEF. 1998. Centro Internacional para el Desarrollo del Niño. Innocenti digest. Justicia Juvenil. 24 p.

7 años	8 años	9 años	10 años	12 años	13 años	14 años	15 años	16 años	18 años
Irlanda	Escocia	Etiopía	Australia	Canadá	Argelia	Alemania	Dinamarca	Argentina	Bélgica
Kuwait	Sri Lanka	Filipinas	Nepal	Honduras	Francia	Bulgaria	Egipto	Bolivia	Colombia
Líbano		Irak	Nicaragua	Jamaica	Polonia	Croacia	Finlandia	Chile	Costa Rica
Myanmar			Nva. Zelandia	Marruecos	Senegal	China	Islandia	Cuba	Ecuador
Nigeria			Reino Unido	Corea	Túnez	Eslovenia	Noruega	El Salvador	Guatemala
Pakistán				Uganda		Rusia	Perú	España	México
Tailandia						Hungría	Rep. Checa	Indonesia	Panamá
						Italia	Suecia	Portugal	
						Japón		Ucrania	
						Paraguay			

V.- El sistema tutelar de menores en nuestro ordenamiento jurídico.

La legislación vigente en Chile, particularmente la Ley de Menores N° 16.618, se inspira en una determinada visión acerca de la posición social y jurídica de los menores y del papel del Estado frente a los problemas que los afectan, que según vimos, se enmarcan dentro del modelo de protección. Sin embargo, este carácter no es producto del sello que habrían impuesto quienes impulsaron la ley de menores en Chile, sino que constituye la expresión local de un movimiento social, al que se denominó de los “salvadores del niño”, promotor de los tribunales de menores, con su propia doctrina político-jurídica, surgida a fines del Siglo XIX en Estados Unidos y algunos países europeos, y extendida desde entonces prácticamente en la totalidad de América Latina.¹⁰

Según esta versión de las relaciones entre infancia y Estado, los menores, en general, son definidos por su incapacidad jurídica y su incompetencia social, y sometidos, en la esfera privada al control de sus padres, mientras que en la esfera pública, reservada para los menores “en situación irregular” o “peligro moral” en los términos de la ley, quedan entregados al control estatal, por medio de la figura del Juez de Menores, quien dispone de poderes arbitrarios para adoptar “medidas de protección” dirigidas a suplir la carencia o deficiencia de cuidado parental, a corregir a los niños que manifiesten conductas desviadas y a mantenerlos bajo control.

Las medidas señaladas por el artículo 29 de la Ley de Menores, dan cuenta de esta

¹⁰ GARRIDO R., RODRIGO. 2003. Análisis del proyecto de ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 200 p.

triple identidad de protección-represión-control. Las medidas aplicables son: devolver al menor a sus padres, previa amonestación; confiarlo a otra familia que se haga cargo de él; someterlo a libertad vigilada o confiarlo a un establecimiento especial de educación, que puede ser en régimen de internado.

Con todo, la facultad policial y judicial de internar a los menores en Casas de Menores, para que en ellas se les observe y diagnostique mientras no se adopta una medida a su respecto pasó a constituir un eje del sistema (como la prisión preventiva en el sistema penal antiguo), y que a menudo se extiende por períodos prolongados, especialmente cuando no se cuenta con medidas suficientes para la derivación o se considera que el menor es refractario a ellas.

Este cuadro, quedaría incompleto si no recordásemos que la Ley de Menores, ha permitido que en los lugares en que no haya Casas de Menores, el período de “observación” se desarrolle en establecimientos penitenciarios, aunque en secciones segregadas de la población adulta, sin perjuicio de las iniciativas que desde 1994 se han desarrollado para evitarlo, producto del mandato legal (la Ley N° 19.343, publicada en el Diario Oficial con fecha 31 de octubre de 1994, estableció la prohibición de ingresar a un menor en un establecimiento penitenciario de adultos). En los hechos evidencian una práctica auténticamente punitiva, sin límites garantistas, sin claridad sobre los casos que la hacen necesaria y los que no, mezcladas paradójicamente con otras intervenciones dirigidas a la ayuda, como una compensación, la mayoría de las veces inoportuna e insuficiente, de la privación de libertad y la represión.

En cuanto a las medidas aplicables a los menores infractores de ley, estas han ido diversificándose en los últimos años, surgiendo algunas no privativas de libertad que intentan hacerse cargo de los conflictos emocionales, familiares y sociales que normalmente presentan estos menores. Sin embargo, ninguna regla de garantía jurídica rige su acceso a este sistema de medidas alternativas o a las más punitivas, que sea fruto de criterios técnicos para su derivación a los programas, sino que quedan sometidos a la disponibilidad infraestructural en la jurisdicción en que su causa se encuentra y a la decisión en conciencia del magistrado.

VI.- Panorama histórico-jurídico relativo a la delincuencia juvenil en Chile.¹¹

Durante la época colonial regía en Chile directamente la legislación española, que en las Siete Partidas contemplaba la irresponsabilidad penal hasta los 10 años y medio. Posteriormente, en 1875, se dictó el Código Penal chileno, que estableció la exención de responsabilidad penal para los menores de 10 años y dejó tal responsabilidad condicionada al discernimiento entre los 10 y los 16 años, mientras que entre los 16 y los 18 años la persona era plenamente responsable, y la edad era considerada para efectos

11

Seguimos en esta parte ob. cit. nota 10.

de aminorar la pena al momento de la dictación de sentencia condenatoria hasta en tres grados desde el mínimo correspondiente. El discernimiento no era definido por el legislador penal, pero se puede suponer que era entendido como capacidad de culpabilidad, constituyendo la falta de discernimiento una causal de inimputabilidad.

En 1906, al dictarse el Código de Procedimiento Penal, el discernimiento fue definido en el artículo 307 como “la aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiere dado motivo a la causa”.

El régimen penal atenuado se aplicó a los menores de edad hasta 1928, fecha en que se dictó la Ley de Menores N° 4.447, la que significó la consagración en Chile del modelo de protección-corrección. Con anterioridad hubo algunos pasos en este sentido, como la creación de escuelas correccionales a fines del siglo XIX; la Ley N° 2.675 de 1912 sobre la Infancia Desvalida, en 1925 el Decreto Ley sobre creación de establecimientos especiales para prevenir la delincuencia juvenil, etc.

La Ley N° 4.447 creó la judicatura y el marco legal relativo a los menores, que con algunas modificaciones, rige hasta el día de hoy, materializada en la Ley N° 16.618 de 1967.

La única innovación de relevancia en el plano jurídico, la constituye la Ley de erradicación de personas menores de 18 años de cárceles de adultos de 1994, Ley N° 19.343, que estableció la prohibición de ingresar a un menor en un establecimiento penitenciario de adultos.

Desde 1990, la regulación legal relativa a los menores se encuentra en lo que algunos llaman una “tercera etapa”, caracterizada por la vigencia simultánea de normas internas propias de la etapa tutelar o del modelo de protección y normas de origen internacional, principalmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989.¹²

El panorama actual de la situación de los jóvenes en conflicto con la justicia manifiesta el fracaso de las políticas de “rehabilitación conductual” y del SENAME que se supone están orientadas al accionar de los tribunales de menores, generando un permanente debate público en el que predominan las intenciones de endurecer el trato respecto de la delincuencia en general y de la juvenil en particular, mezcladas a veces, con la confusión propia del modelo tutelar, entre la necesidad de reprimir y la de reeducar.

En concreto, los jóvenes de entre 16 y 18 años, declarados con discernimiento siguen mantenidos en las cárceles de adultos, con precarios medios de segregación¹³. Anualmente ingresan 15.000 niños a las redes del SENAME y de Gendarmería de Chile para menores infractores de ley. Los declarados sin discernimiento son clasificados de

¹² Chile firmó y suscribió la Convención Internacional de los Derechos del Niño el 26 de enero de 1990. El 10 de julio de ese año fue aprobada unánimemente por ambas ramas del Congreso y ratificada ante Naciones Unidas el 13 de agosto. El día 14 de agosto fue promulgada como Ley de la República mediante el Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, fue publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigencia en Chile.

¹³ Véase “Segundo Informe Periódico al Comité de los Derechos del Niño”.

acuerdo a su grado de “compromiso delictual” y de “daño psico-social” y son privados de libertad en centros especiales.

En este mismo orden de cosas, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su Sesión 29°, de 1° de febrero de 2002, estimó necesario hacer las siguientes recomendaciones al Estado de Chile, ante el tenor del Segundo Informe Periódico, entre otras: acelerar la adopción del proyecto de ley sobre niños en conflicto con la ley; revisar leyes y prácticas sobre el sistema de justicia juvenil, para llevarlas lo antes posible a su total cumplimiento de acuerdo con la Convención, especialmente en los artículos 37, 40 y 39, así como con otros estándares internacionales pertinentes al área, tales como las Reglas Estándar Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y las Pautas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Pautas de Riyadh); emplear la detención previa al juicio solo como una medida de última instancia, por el menor tiempo posible y no por más tiempo del período prescrito por la ley y que se asegure en todos los casos que los niños estén separados de los adultos; utilizar medidas alternativas en la detención antes del juicio y otras formas de privación de libertad y adoptar medidas de rehabilitación apropiadas para promover la reintegración social de los niños involucrados en el sistema de justicia juvenil.

14

VII.- Institución a cargo de los Menores: El Servicio Nacional de Menores

El Servicio Nacional de Menores (SENAME) es un organismo público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por misión contribuir a proteger y promover los derechos de niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la inserción social de adolescentes que han infringido la ley penal. Esta labor se desarrolla a través de la oferta de programas especializados en coordinación con actores públicos o privados.

El SENAME se ha establecido, entre otros, los siguientes objetivos: desarrollar y optimizar la oferta de programas hacia niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos y desarrollar y optimizar la oferta de programas hacia los adolescentes que han infringido la ley penal, teniendo como finalidad el que asuman su responsabilidad y la inserción familiar y social.

Las funciones que el SENAME cumple y presta son de diversa índole, entre ellas:

a) Prestaciones de protección y restablecimiento de derechos para niños, niñas y adolescentes vulnerados¹⁵ y

¹⁴ Ver ANEXO N° 4, los diferentes instrumentos internacionales de Naciones Unidas referentes a la justicia penal juvenil.

¹⁵ Prestaciones de diagnóstico y derivación de niños, niñas y adolescentes; residenciales para ellos; intervención con sus familias; intervención reparadora de derechos; prestaciones para la adopción de menores; etc.

b) Prestaciones de apoyo en el cumplimiento de medidas y sanciones y de reinserción socio-familiar para adolescentes en conflicto con la ley penal ¹⁶.

Para concluir, los usuarios de la red del Servicio Nacional de Menores son los Juzgados de Menores; niños, niñas y adolescentes y sus familias; Instituciones colaboradoras (organizaciones privadas, organizaciones no gubernamentales, etc.); matrimonios y personas solteras demandantes de adopción.

VIII.- La Pena Privativa de Libertad. Críticas.

La reclusión ha demostrado no ser eficiente desde ningún punto de vista. En primer lugar ha quedado demostrado que no se cumplen los fines de prevención general o especial esbozados por la teoría penal en el siglo XIX, llegando a la conclusión que el único fundamento real de este tipo de medidas se encuentra en el carácter retributivo de las mismas.

En segundo lugar, por el efecto estigmatizante que produce la privación de libertad sobre el sujeto al que se aplica. Esto se traduce en su rechazo por la sociedad, una vez cumplida la pena. Incluso se produce este efecto aunque la persona haya sido absuelta en definitiva o goce de libertad provisional.

En tercer lugar, las penas de privación de libertad de largo tiempo (tres años o más) producen un efecto estragante en quien las sufre, tales efectos son, entre otros, segregación social, rebeldía frente al sistema que la impone esta sanción, desesperanza, etc.

Sin embargo, las penas privativas de libertad de corto tiempo, que igualmente sacan al sujeto de su medio, provocarían los mismos efectos perniciosos sobre su vida con posterioridad al cumplimiento de ellas, con la consiguiente estigmatización, pérdida del grupo social que conformaba, cesantía por marginación, etc.

Esta situación es de público conocimiento y no exclusivo del ámbito académico. Ya en 1992, un grupo de parlamentarios integrantes de la Comisión Especial Investigadora de los Problemas Carcelarios del País, arribó a la siguiente conclusión:

“(...) Reducción de las privaciones de libertad de corta duración. Es necesario suprimir múltiples normas y prácticas del sistema penal que se traducen en privaciones de libertad absolutamente innecesarias, que provocan daños muchísimo mayores que los beneficios que supuestamente buscan, entre ellas algunas vinculadas a facultades judiciales o policiales como la utilización masiva de la detención por los períodos máximos permitidos por la ley vigente y otras vinculadas a delitos cuya vigencia no se justifica de acuerdo a las concepciones modernas del Derecho Penal”. ¹⁷

La cárcel, hemos dicho, ha fracasado, existiendo una evidente contradicción entre la realidad y el discurso que la legitima como ente rehabilitador, de readaptación y de

¹⁶ Intervención de responsabilización y reinserción a adolescentes; defensa y asesoría jurídica y psico-social a adolescentes; etc.

resocialización de los reclusos.

“La experiencia nos muestra una institución degradante de la personalidad humana, en la que se alimenta la intimidación con la institucionalización de la violencia”. “Esta práctica institucionalizada constituye una clara violación a los derechos humanos y contradice el principio constitucional que garantiza, en el papel, el derecho a la vida; frente al fracaso de la rehabilitación y resocialización, se acude a la degradación física y moral de aquellos calificados como delincuentes, manteniendo de esta forma, el control y dominación de la cárcel con la política del terror”¹⁸.

IX.- Características de la privación de libertad:

La realidad carcelaria nos obliga a admitir la falta de medios adecuados y de personal capacitado para tratar de cumplir con un tratamiento mínimo eficiente.

Chile, en la actualidad, es el país que más presos tiene a nivel sudamericano en términos relativos a la población penal por cada 100.000 habitantes.

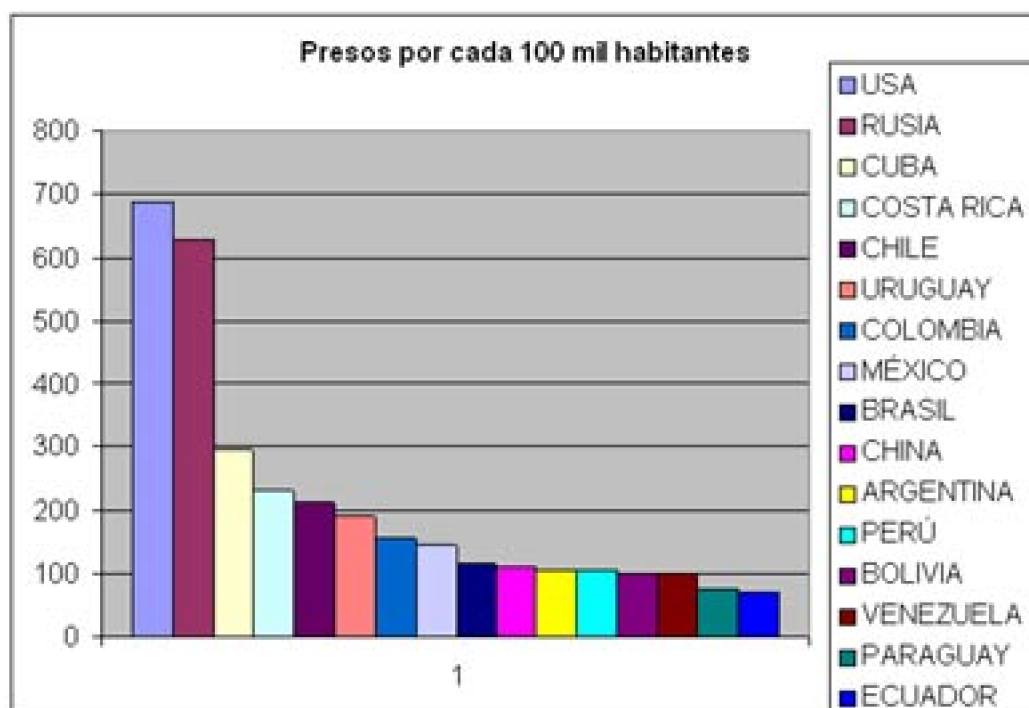
La población reclusa mundial asciende, (según las estadísticas consultadas, que deben, como todas las estadísticas en general y aún más cuando se refieren a datos de todo el mundo, ser tomadas como indicadores y no como datos absolutamente precisos) a aproximadamente 8.600.000 personas, lo que representa aproximadamente que hay 1,4 presos por cada 1.000 habitantes, considerando que hay aproximadamente unos 6.100.000.000 de habitantes en todo el mundo.

El siguiente gráfico refleja algunos datos estadísticos particulares por país¹⁹:

¹⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS. 1992. *Informe de la Comisión Especial Investigadora de los Problemas Carcelarios del País. Comisión integrada por los diputados señores Francisco Bartolucci, Francisco Bayo, Rubén Fajardo, Octavio Jara, Arturo Longton, Juan Masferrer y Sergio Velasco.*

¹⁸ Ob. Cit. Nota 1.

¹⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES, KING'S COLLEGE LONDON. 2003. World Prison Brief. Highest Prison Population Rates. 1 de enero de 2003. [En línea] <[http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/worldbrief/highest_rates\(manual\).html](http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/worldbrief/highest_rates(manual).html)> [consultada: 2 de diciembre 2003].



Ahora bien, en cuanto al porcentaje de menores de 18 años encarcelados, en relación con la población penal total, incluidos los procesados, tenemos las siguientes estadísticas: Estados Unidos 0,5%; Rusia 2,5%; Costa Rica 0,7%; Chile 1,4%; Reino Unido (UK) 2,8%; España 0,3%.²⁰

De acuerdo a datos entregados por Gendarmería de Chile, la infraestructura carcelaria actual, permite albergar a 23 mil reclusos, sin embargo, nos encontramos con la alarmante realidad que el número de personas privadas de libertad supera las 38 mil, con un nivel de hacinamiento que alcanza el 60%, forzando a muchos reclusos a dormir a la intemperie.²¹

X.- El sistema de justicia de menores.

La justicia de menores se basa especialmente en tres enfoques o modelos:

1) El modelo del debido proceso, basado en el concepto de legalidad, con énfasis en la norma de derecho, correspondiendo las principales decisiones a los abogados y operadores del sistema judicial;

2) El modelo del bienestar social, basado en las ideas de justicia económica y social

²⁰ Ibíd. Nota 19.

²¹ PRADO, FRANCISCO. 2003. El sistema institucional y la función de Gendarmería en el ámbito de rehabilitación y reinserción. En: SEMINARIO EXPERIENCIAS de Trabajo Social en Recintos Penitenciarios de Santiago. 21 de octubre de 2003. Santiago, Vicaría de Pastoral Social del Arzobispado de Santiago y Centro de Extensión de la Universidad Católica. s.p.

a través de la planificación gubernamental, donde las principales decisiones son adoptadas por los administradores y profesionales de los servicios “de ayuda”; y

3) El modelo del proceso de participación, en el que existe mayor colaboración e intervención de los ciudadanos en la solución de los conflictos en el plano local, interviniendo al mínimo la estructura del Estado. Dentro de este modelo, se enmarca, como veremos más adelante el programa de Vergüenza Reintegrativa o de Justicia Restaurativa o Reparadora.

Muchos de estos aspectos, comprendidos en cada uno de los modelos, forman parte de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o “Reglas de Beijing” del año 1985.²²

Estas reglas, según el criterio de las Naciones Unidas, logran equilibrar la preocupación por los jóvenes y el interés de la sociedad y proporcionan garantías jurídicas mínimas para el tratamiento justo y humano de los jóvenes infractores de ley.

Ellas, reflejan cuatro principios básicos:

1.- Deberá proporcionarse protecciones jurídicas cuidadosamente elaboradas a los menores que se encuentran en dificultades con la justicia.

2.- Deberá utilizarse la detención previa al juicio únicamente como último recurso; no deberá mantenerse a ningún menor o delincuente juvenil en una cárcel u otra institución donde sea vulnerable a las influencias criminógenas de delincuentes adultos durante ese período, teniéndose siempre en cuenta las necesidades propias de su edad.

3.- No deberá detenerse a ningún menor en una institución penal a menos que haya sido culpado de un acto grave que implique violencia contra las personas o reincidencia en delitos graves. Además no se efectuará tal detención a menos que sea necesario para su propia protección o que no haya otra solución adecuada para proteger la seguridad pública o satisfacer las finalidades de la justicia y proporcionar al joven la oportunidad de controlarse a sí mismo.

4.- La comunidad de naciones deberá hacer todo lo posible, tanto individual como colectivamente, para proporcionar los medios por los cuales cada joven pueda esperar una vida que sea significativa y valiosa, de acuerdo a los niveles existentes en cada Estado miembro.

XI. Marco jurídico nacional relativo a la justicia de menores.

El tratamiento que nuestra legislación vigente da al tema de los menores infractores de ley, y específicamente a la posibilidad de juzgarlos como adultos, presenta una diferenciación basada en términos matemáticos sin una base científica que lo respalde.

²² Ver en ANEXO N° 4 la Resolución 40/33 de Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985, que contiene las Reglas Mínimas de las para la Administración de la Justicia de Menores.

La distinción, vigente a la fecha²³, sobre el juzgamiento, se hace en consideración a los siguientes tramos de edad:

a) Menores de 16 años, inimputables. No obstante, se les pueden aplicar diversas medidas de seguridad, dentro de las que se contempla su privación de libertad;

b) Menores entre 16 y 18 años, que para el caso que cometan hechos que revistan caracteres de crimen o simple delito, deben ser sometidos al trámite de discernimiento;

c) Mayores de 18 años, a quienes se aplican las reglas generales establecidas para la comisión de crímenes o simples delitos por adultos.

El trámite de discernimiento está previsto para los casos de crímenes o simples delitos cometidos por individuos mayores de 16 años y menores de 18 años. Consiste en el examen que debe realizar el Juez de Menores, asesorado por profesionales especializados, con el fin de determinar si el menor en cuestión cometió la infracción investigada con o sin discernimiento, es decir, deliberada y conscientemente y previendo o no las circunstancias del hecho y sus consecuencias.

Si el juez de menores lo declara sin discernimiento, lo entregará a sus padres o guardadores, o le aplicará alguna medida de seguridad, según el caso, previo cumplimiento del trámite de la “consulta” obligatoria a la Corte de Apelaciones respectiva.

En caso contrario, si el Juez de Menores declara que el menor inculpado actuó con discernimiento, lo pondrá a disposición del Juez del Crimen competente, para que sea procesado por el hecho ilícito de que se trate.

Además, es posible constatar que el hecho de declarar con discernimiento a un joven no responde generalmente a criterios técnicos, como ya dijimos, sino más bien con factores tales como la gravedad del delito, la supuesta peligrosidad del joven, e incluso, a si en concepto del tribunal el menor cuenta con apoyo de su familia o no.^{24 - 25}

XII. Principios que inspiran la legislación nacional relativa a menores.

El principio fundamental sobre el que se basa la legislación de menores es el de “protección al menor”, lo que redundará en que centre su atención tanto en menores en conflicto con la justicia, como en menores que requieren asistencia por su situación

²³ A la fecha de este trabajo, se encuentra en el Congreso Nacional un proyecto de ley denominado “Sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal”, que pretende rebajar la edad desde la que los menores van a ser imputables, y que comentaremos en un acápite más adelante.

²⁴ Entrevista con un funcionario del Segundo Juzgado de Menores de San Miguel, realizada el día 13 de noviembre de 2003.

²⁵ Lo que concuerda con las conclusiones a que llega MEZA O., ABELARDO y OBRADOR C., RODRIGO, ob. cit. nota 7, en el sentido que la gran mayoría de los reclusos en nuestro país pertenecen a la clase obrera.

económica.

Esto provoca aberraciones flagrantes respecto de los menores infractores de ley, por cuanto el sistema jurídico parece olvidarse de principios básicos de Derecho Procesal Penal, incluso de rango constitucional, tales como el derecho a defensa jurídica, el principio de procesamiento en libertad, la bilateralidad de la audiencia, la presunción de inocencia, el principio de tipicidad, etc.

En efecto, el menor declarado sin discernimiento y los menores en “peligro moral”, siguiendo la terminología de la propia Ley de Menores, no gozan de las garantías mínimas de determinación de la pena que se les aplica, ya que al no considerarse como una pena el tiempo que deben quedar sometidos a las instituciones de reeducación, queda al arbitrio del Juez de Menores la determinación de tal período, en que los menores quedan efectivamente privados de libertad en dichos centros. Todo este panorama se torna aún más sombrío si consideramos que según las disposiciones de la ley de menores, pueden ser sometidos al arbitrio del Juez, jóvenes o niños que sin haber cometido delitos, se encuentran en el grupo de jóvenes que “requieren protección” (fundamentalmente de acuerdo a su extracción social), a quienes se pueden aplicar estas mismas medidas.²⁶

Sin perjuicio de lo anterior, la realidad contrasta con la percepción que al parecer tiene la opinión pública, y que es que el sistema permite que los menores actúen con impunidad.

En la base de esta afirmación hay una cifra que fue muy repetida por los medios de comunicación, como parte de una campaña orquestada en especial por la Fundación Paz Ciudadana²⁷, desde 1997, y de la que daremos otros antecedentes más adelante: en 1998, la policía detuvo a 21.018 jóvenes, de los cuales, *sólo* el 14% recibió sanción penal, lo que sería –para dicha fundación–, una clara prueba de la manga ancha de los tribunales.

Sin embargo, dicha cifra refleja otra cosa:

1) Primero, que el 14% de esos jóvenes fue tratado como adulto, luego del trámite de discernimiento, y pasó a cumplir penas en recintos de Gendarmería de Chile.

2) Segundo: esa cifra esconde que el restante 86% no es puesto en libertad, como cree la opinión pública. Un 31% se incorpora a centros de rehabilitación del SENAME, que funcionan como internado y que se denominan, eufemísticamente, Centros de Orientación y Diagnóstico.

Por lo que el real número de menores a quienes se privó, de uno u otro modo, de su libertad, muchas veces sin un proceso ajustado a las reglas mínimas de procedimiento, suma el 45% de los casos.²⁸

²⁶ Ob. cit. nota 1.

²⁷ Para apreciar en su total magnitud las formas y efectos de la campaña de la Fundación Paz Ciudadana, véase: GUZMÁN DE LUIGI, JUAN y RAMOS, MARCELA. 2000. La Guerra y la Paz Ciudadana. Santiago, LOM Ediciones. 217 p.

²⁸ Ob. Cit. Nota 27.

Total de jóvenes detenidos		21.018 (100%)
Jóvenes sancionados como adultos		2.943 (14%)
Jóvenes ingresados a Centros SENAME		6.515 (31%)
Jóvenes que no recibieron sanción		11.560 (55%)

El siguiente gráfico refleja las cifras arriba señaladas:

XIII. Comentarios al Proyecto de Ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal.

El Estado de Chile se encuentra conciente de las deficiencias de que adolece la actual legislación relativa a los menores, y que destacara el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su 777ª reunión realizada el 1º de febrero de 2002, en sus Observaciones finales al Segundo Informe presentado por Chile ante dicho comité el 10 de octubre de 1999²⁹, por lo cual, se hizo a la tarea de elaborar un proyecto de ley que satisficiera los requerimientos del organismo internacional.

Sin embargo, fruto de las continuas campañas mediáticas concebidas por los sectores más reaccionarios de nuestra sociedad, que insisten en mantener a la opinión pública convencida de la existencia de “altos índices de delincuencia”³⁰, y de que en los hechos de violencia de que dan cuenta larga y diariamente los noticieros de la televisión, “la presencia de jóvenes ha ido en aumento”, el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, cediendo a las presiones de dichos sectores³¹, ha enviado un proyecto de ley

²⁹ El Comité consideró el segundo informe periódico de Chile (CRC/C/65/Add.13), presentado el 10 de Octubre de 1999, en sus reuniones 763ª y 764ª (CRC/C/SR, 763-764), realizadas con fecha 23 de Enero de 2002, y adoptó en su 777ª reunión, realizada el 1º de Febrero de 2002, una serie de conclusiones que motivaron al Estado de Chile a revisar su legislación.

que lejos de combatir las causas de la medrada posición de los menores en nuestra sociedad, pretende rebajar la edad desde la que los menores se hacen responsables criminalmente, adornándolo con eufemismos que emanan de la visión proteccionista que el Estado tiene respecto de los menores en “situación irregular” o en “conflicto con la justicia”.

Se ha llegado a decir incluso que no es que se rebaje la edad desde la que los menores adquieren responsabilidad a los catorce años, sino que, por el contrario, “se ELEVA a los dieciocho años”, por cuanto para los menores de dicha edad se contempla un régimen de responsabilidad independiente del de los adultos.

Es así como en el Mensaje con que el Ejecutivo envió dicho proyecto al Congreso Nacional, el Presidente Lagos señala:

“(…) estoy sometiendo a su consideración este Proyecto de Ley relativo a la determinación de las consecuencias jurídicas de las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes.

(…) El presente Proyecto de Ley tiene el propósito de reformar radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revisten carácter de crimen o simple delito cuando ellos son cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes mayores de catorce años y menores de dieciocho años.

(…) Desde un punto de vista jurídico esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos.

(…) la actual legislación equipara el tratamiento jurídico de las infracciones a la ley penal con situaciones de amenaza o vulneración de derechos de los niños. Al no existir un sistema especializado destinado al juzgamiento y atribución de consecuencias de las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, se genera una confusión entre la protección de los niños y las medidas sancionatorias.

³⁰ SENADORES SE fijan plazo para medidas antidelitos. 2003. El Mercurio, Nacional, Santiago, Chile, 23 de octubre 2003. En la noticia recién citada se lee: “(…)Con una reunión informativa con el Vicepresidente, José Miguel Insulza, inició ayer su trabajo la comisión especial del Senado sobre seguridad ciudadana, creada en septiembre pasado por la Cámara Alta para investigar los altos índices de delincuencia que se observan en el país (…)”.

³¹ LAGOS PROMETIÓ acabar con “la puerta rotatoria” de la delincuencia. 2003. La Segunda, Santiago, Chile 9 de octubre de 2003. En esta noticia se lee: “Con la presencia de un gran número de autoridades relacionadas con el tema de la delincuencia, el Presidente Ricardo Lagos hizo entrega simbólica esta mañana de los recursos adjudicados por el programa Comuna Segura para el año 2003, en el Parque Comunal de Cerro Navia. (...) Tanto los discursos de Lagos e Insulza trataron el tema de la delincuencia y recalcaron el esfuerzo del gobierno para enfrentar este tema. Así Insulza realizó un llamado para incrementar la fuerza policial, combatir la reincidencia de los delincuentes y recuperar los espacios públicos (...).”(…) En el tema de la seguridad ciudadana, Lagos señaló que “no basta con aprehender al delincuente, hay que tener recintos carcelarios donde tenerlos y yo quiero decir que en estos seis años de mi gobierno vamos a construir tantas cárceles y tanto metros cuadrados para poner dentro de esas cárceles a los delincuentes, como todas las cárceles que teníamos en Chile el años 2000”.

Los resultados de este modelo son precarios tanto en el ámbito de la protección de los derechos de los imputados, como en el de la política criminal, (...) los estudios nacionales e internacionales sostienen que estos sistemas son ineficaces para controlar la expansión de la delincuencia y a su vez favorecen la Criminalización y estigmatización de los niños (...).

Dentro de los objetivos del proyecto de ley está regular la responsabilidad del adolescente en los delitos que comete, poniéndole fin al paradigma de la incapacidad. Esto tiene que ver con terminar con el sistema de discernimiento. En síntesis, se termina con el discernimiento, que en estos momentos rige para los mayores de dieciséis y los menores de dieciocho años, y se establece una franja de edad de responsabilidad para adolescentes de entre catorce y dieciocho años, donde habría una responsabilidad relativa, con sanciones por los delitos cometidos, pero con atenuantes respecto a los adultos.

Críticas: Respecto de la edad fijada por la autoridad para determinar si existe responsabilidad en la comisión de los delitos a los 14 años, no está en juego un criterio de madurez psicológica que diga inequívocamente que a esa edad un adolescente es o no responsable. Se trata por tanto de un criterio de política criminal.

El proyecto de ley que comentamos, además de cambiar la nomenclatura con que la legislación tradicionalmente se ha referido a las personas con menos de 18 años de edad, transformando a los “menores” en “adolescentes”, introduce algunas medidas innovadoras en el campo de las sanciones, que no son privativas de libertad, sin perjuicio de contener además otras que sí son de esa índole.

Las sanciones privativas de libertad contenidas en el Proyecto de ley, solamente pueden aplicarse al adolescente que ha sido declarado responsable de la comisión de alguna de las infracciones graves que señala el artículo 6º del Proyecto:

“Para los efectos de esta ley, constituyen infracciones a la ley penal de carácter grave por parte de un adolescente, los siguientes delitos, sea que se encuentren consumados o frustrados:

El homicidio;

La violación;

El secuestro y la sustracción de menores;

Las mutilaciones y las lesiones graves tipificadas en el artículo 387 número 1 del Código Penal; y

El robo con violencia en las personas”.

Estas sanciones son:³²

a) Arresto domiciliario de fin de semana con libertad asistida: En total, esta sanción tendrá una duración máxima de 20 fines de semana.

b) Internamiento en régimen semi cerrado: Consiste en la permanencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad determinado por el juez. Esta

³² Ob. Cit. Nota 10.

medida tendrá una duración máxima de cinco años. Con todo, no podrá extenderse a más de los dos tercios del mínimo asignado por la ley para el mismo delito cometido por un adulto.

c) Internamiento en régimen cerrado: consiste en la permanencia obligatoria del adolescente en el centro cerrado de privación de libertad que administre, para estos efectos, el SENAME.

CAPÍTULO II. Medidas alternativas a la privación de libertad

I. Doctrina.

Respecto a los fines de las penas privativas de libertad, ha habido una interesante evolución, que parte del concepto de la Escuela Clásica, que la considera como la reafirmación del derecho violado, a través de la provocación de un mal (teoría de la retribución), pasando por las teorías relativas de la prevención general y la prevención especial, hasta nuestros días en que criminólogos más audaces como el argentino Zaffaroni plantean que las penas privativas de libertad existen simplemente por un deseo irracional del hombre de inferir dolor a la otra persona.

Otros, como Daniel Glasser³³, señalan que la reclusión de los delincuentes, sin considerar la edad de estos, puede tener uno o varios de los siguientes cinco propósitos:

1.- El primero es la incapacitación, esto es, impedir que infrinjan la ley manteniéndolos alejados de la comunidad libre;

³³ GLASER, DANIEL. 1979. Alternativas al encarcelamiento. Buenos Aires, Ed. Sagarín. s.p. (Cfr. ABOLLADO, P., y FUENTEALBA, A., en ob. cit. nota 1.)

2.- El segundo es la rehabilitación, esto es que los delincuentes, principalmente los jóvenes, aprendan a comportarse adecuadamente, constriéndolos a ello o bien estimulándolos para que participen en ciertas actividades que se supone reducirán sus inclinaciones delictuales;

3.- El tercero es la disuasión individual, que opera haciendo que las consecuencias de los delitos sean tan desagradables para los delincuentes, que provoque que estos no deseen reincidir;

4.- El cuarto es la disuasión general, haciendo que sea la comunidad en general la que tema las consecuencias gravosas de los delitos.

5.- Por último, Glaser plantea que el quinto propósito sería simplemente la venganza.

34

II. Marco jurídico actual.

Estas Medidas, se formulan sobre la base del siguiente planteamiento: las personas condenadas pueden cambiar su comportamiento, es decir, no volver a delinquir ni a poner en peligro la paz social, cuando son reinsertos en la sociedad cumpliendo algún tipo de tratamiento. En otras palabras, las Medidas Alternativas en su esencia son condenas que se orientan a la reinserción de la persona infractora en la sociedad y que evitan la privación de libertad.

Los jueces son quienes determinan qué personas pueden cumplir con este tipo de medidas y, el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile es el responsable de supervisar el adecuado cumplimiento como también diseñar políticas, generar programas y garantizar su ejecución, a través de los Centros de Reinserción Social, existentes en el país.

1.- Sistemas nacionales de cumplimiento de condenas alternativos a la privación de libertad.

Éstos se agrupan en tres grandes áreas, reguladas por diferentes cuerpos legales:

Por un lado, el sistema de "libertad condicional" regulado por el Decreto Ley N° 321, de 1925;

Por otro, el sistema de cumplimiento alternativo de condenas de corto tiempo (remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada), contenido en la Ley N° 18.216; y

Finalmente, los introducidos por el nuevo Código Procesal Penal, que son: el Principio de Oportunidad, el Archivo Provisional del caso, la Suspensión Condicional del procedimiento y los Acuerdos Reparatorios. Existen también procedimientos especiales, como el Procedimiento Abreviado, el Procedimiento Simplificado y el Procedimiento Monitorio.

³⁴ Ob. Cit. Nota 1.

2.- La Libertad Condicional regulada por el Decreto Ley N° 321, de 1925:

Consiste en la posibilidad que se otorga a los condenados a penas superiores a 3 ó 6 años de privación o restricción de libertad, para que una vez cumplida la mitad de la pena, en la mayoría de los casos, o los dos tercios de la misma en delitos considerados más graves, de obtener la libertad, quedando bajo la vigilancia de la autoridad hasta el cumplimiento del saldo de condena.³⁵

Esta medida era de frecuente aplicación hasta el año 1992, año en que la Fundación Paz Ciudadana inició una ofensiva mediática para posicionar el tema de la “delincuencia” y la “inseguridad” en la opinión pública, lo que redundó en una merma significativa en el número de casos autorizados, cuestión que se ha ido revirtiendo muy paulatinamente. Las cifras que maneja Gendarmería de Chile son abismantes: en 1997, de 3000 solicitudes de libertad provisional, SÓLO se concedieron tres.³⁶

Durante la década de los '90, fruto de dicha campaña en los medios de comunicación³⁷, la preocupación pública se centró en el delito contra la propiedad y contra las personas, cometidos por las clases sociales bajas, es decir, lo que usualmente se llama delincuencia común. Se trata de un área específica de la criminalidad que, sin embargo, se ha instalado como la única delincuencia que hay.³⁸

Las estadísticas delictuales son claras:

“(...) entre 1980 y 2000 las denuncias por homicidio en la Primera Región han subido un 300 por ciento. Pero si se observa la cantidad real de casos se ve que en 1980 hubo una denuncia y en el 98 hubo tres. Es decir, nos han tomado el pelo en un alto porcentaje. Usualmente no se cometen errores tan burdos y se

³⁵ Dicho beneficio es otorgado por la autoridad administrativa, y para que proceda se requiere, además del tiempo señalado de pena cumplida, que el condenado sepa leer y escribir, haber observado buena conducta durante el período de privación de libertad y haber participado en las “charlas educativas que se dicten”, norma ésta última meramente declarativa, por cuanto no existen dichas charlas.

³⁶ Ob. Cit. Nota 21.

³⁷ A mayor abundamiento, se transcribirá parte de un documento titulado “**El papel de los medios de comunicación en apoyo a Paz Ciudadana**” que dicha fundación mantiene en su sitio web [<http://www.pazciudadana.cl>]: “(...) Desde sus inicios la Fundación Paz Ciudadana ha tenido la posibilidad de contar con el respaldo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y con la colaboración técnica de los más altos niveles académicos del país y de algunas embajadas y fundaciones de países amigos. Sin perjuicio de esta excepcional conjunción de factores favorables, lo verdaderamente determinante para la realización de nuestras actividades y proyectos ha sido el apoyo de los medios de comunicación a todas nuestras iniciativas. La labor realizada por Paz Ciudadana en sus diez años de existencia no habría sido posible sin la continua e intensa colaboración de todos los medios de comunicación social. (...) Existe un contacto permanente entre los periodistas de los diversos medios de comunicación y Paz Ciudadana, lo que permite trabajar en conjunto temas relacionados con seguridad ciudadana que normalmente son enriquecidos con investigaciones, datos y opiniones de la institución. (...) Así mismo, nuestra presencia en los medios se refleja año a año a través de campañas publicitarias que tienen una gran difusión gracias a la excepcional colaboración de todos los medios que nos donan espacios gratuitos para la comunicación de mensajes preventivos”. [Consulta: 22 de noviembre 2003].

³⁸ Ob. Cit. Nota 27.

entiende que transformar en porcentajes una cifra de menos de tres dígitos, es distorsionar la realidad. No siempre se cumple eso. En 1999 un diario publicó que el 38,9 por ciento de los homicidios estaban relacionados con drogas. La cifra servía para demostrar la creciente influencia que tenía la droga en los delitos violentos. La nota, sin embargo, pasó por alto que el homicidio es el delito que más ha descendido en los 90, al punto que en 1999 se denunciaron 169 casos para 15 millones de habitantes. Así, el 38,9 por ciento aludido correspondía en realidad a 60 casos, lo que es muy poco para levantar la tesis de que la droga está en el eje del aumento de la violencia”. (...)³⁹

3.- El sistema de la Ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a la reclusión:⁴⁰

Esta ley estableció tres tipos de medidas sustitutivas a la pena de reclusión; a saber:

1.- La libertad vigilada: que consiste en someter al procesado a un régimen de libertad a prueba, con un tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un profesional denominado delegado de libertad vigilada.

2.- La remisión condicional de la pena: que consiste en la suspensión del cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo.

3.- La reclusión nocturna: consistente en el encierro en establecimientos especiales, desde las 22:00 horas de cada día hasta las 6:00 horas del día siguiente.

Este sistema de medidas alternativas comprende tres etapas: Una resolutive⁴¹; una de fiscalización de las medidas y de funcionamiento del sistema, a cargo del Ministerio de Justicia⁴², a través de la División de Defensa Social; y una etapa de ejecución del sistema⁴³, a cargo de Gendarmería de Chile, que de acuerdo a su Ley Orgánica, contempla dentro de sus funciones la de “asistir en el medio libre a las personas que acceden al mismo por encontrarse cumpliendo condenas o por otra causa legal, en las condiciones que señalen los reglamentos”.⁴⁴

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ BUSTAMANTE, R., ALEJANDRA y PIÑA V., MARCELA. 2001. Medidas alternativas al cumplimiento de penas. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 145 p.

⁴¹ Corresponde a los **tribunales de justicia**, quienes las decretan estableciendo respecto de cada una de las medidas las condiciones generales de su cumplimiento, debiendo mantenerse permanentemente informados de la evolución de los beneficiados, y resolver sobre el término de ellas.

⁴² La fiscalización de las medidas y el funcionamiento del sistema están encargados al Ministerio de Justicia a través de la División de Defensa Social, la que puede en el ejercicio de su cometido efectuar las visitas y controles que estime pertinentes; para lo cual podrá establecer instancias regionales.

⁴³ Esta fase está entregada a Gendarmería de Chile, a través de su instancia técnica, en coordinación con la autoridad regional respectiva. Al interior de Gendarmería se distinguen tres niveles: uno normativo nacional, que radica en el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre, un coordinador regional y un operativo local. Sobre el detalle de estos niveles, consultar ANEXO N° 3.

4.- Condiciones generales para el cumplimiento de las medidas.

Estas condiciones son, según el tipo de medida:

a) Remisión condicional de la pena: Residencia: el Tribunal debe imponer la obligación al beneficiado de residir en un lugar determinado, propuesto por el mismo.⁴⁵ Control de asistencia al Centro de Reinserción Social⁴⁶. Trabajo: el beneficiado deberá ejercer dentro del plazo y modalidades que determine el Centro una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio si carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee la calidad de estudiante. Pago de los daños causados por el delito: el beneficiado debe satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia.

b) Reclusión nocturna: Control⁴⁷; cumplimiento de normas; resarcimiento de los daños causados por el delito: los condenados a la reclusión nocturna deben satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, sin embargo el Tribunal en casos calificados de impedimento puede prescindir de esta exigencia sin perjuicio de perseguirlo, de acuerdo a las reglas generales.

c) Libertad vigilada: residencia: el Tribunal impone al beneficiado la fijación de una residencia que corresponda a un lugar en que cumpla funciones un delegado de libertad vigilada⁴⁸. Sujeción a la orientación y evaluación de un delegado de libertad vigilada: el beneficiado estará sujeto permanentemente a la vigilancia y orientación de un delegado, quién actuará como facilitador del proceso de reinserción del sujeto. Actividad laboral: el beneficiado deberá poseer un medio de subsistencia que sea socialmente aceptado, desarrollando una actividad que le permita una adecuada reinserción social. En el caso que este no posea conocimientos que le permitan acceder a actividades de esta naturaleza, se estima necesario que desarrolle actividades conducentes a su capacitación laboral. Sujeción permanente a la tuición del Tribunal: la que se mantendrá durante la totalidad del período que dure la medida. El delegado de la libertad vigilada deberá ir informando sobre le evolución del beneficiado en su proceso de reinserción.

⁴⁴ CHILE. Ministerio de Justicia. 1979. Ley Orgánica de Gendarmería de Chile. Decreto Ley N° 2.859. 15 de septiembre de 1979.

⁴⁵ Esta residencia sólo puede ser cambiada en casos especiales, según calificación efectuada por el Centro de Reinserción Social correspondiente.

⁴⁶ El beneficiado estará sujeto a control administrativo y de asistencia a dicho Centro para lo cual deberá presentarse allí dentro del plazo estipulado por el Tribunal y el Centro, una vez al mes en la modalidad que se le indique.

⁴⁷ El Tribunal determinará que el beneficiado se presente en el Centro de Reinserción Social correspondiente, a las 22:00 horas del día siguiente a la notificación de la sentencia y continúe presentándose en el establecimiento especial dependiente de dicho Centro todos los días a la misma hora debiendo permanecer allí hasta las 6:00 horas del día siguiente.

⁴⁸ La residencia puede cambiarse. Cuando este cambio es permanente lo resuelve el Tribunal, y en el caso de ser temporal, la decisión compete al delegado de libertad vigilada.

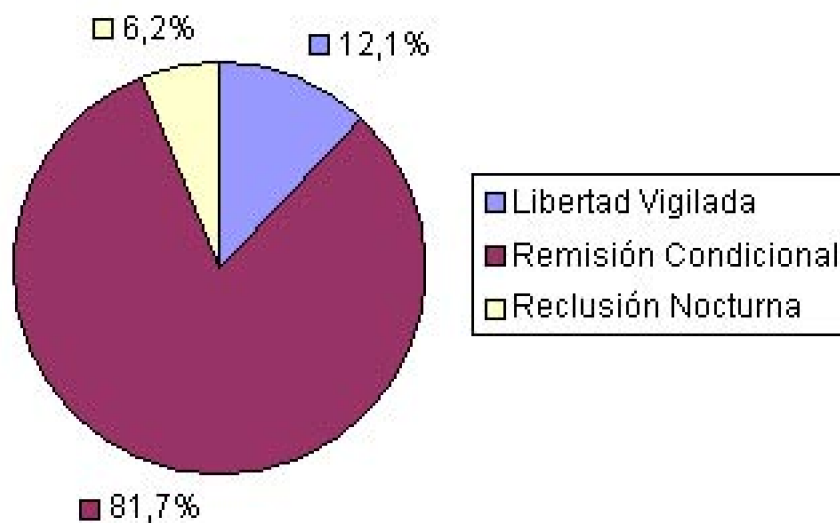


Tabla: Población con Medidas Alternativas de la Ley 18.216 año 2002

Libertad vigilada: 3.547 beneficiados (12,1%)

Remisión condicional: 24.181 beneficiados (81,7%)

Reclusión nocturna: 1.790 beneficiados (6,2%)

Fuente: Gendarmería de Chile

5.- Condiciones para el otorgamiento de las medidas alternativas.

5.1.- Remisión condicional de la pena:

Los requisitos que debe cumplir el condenado para poder acceder a este beneficio son los siguientes: a) Haber sido condenado a una pena de un máximo de 3 años; b) El solicitante debe ser *primerizo*; c) Los antecedentes personales del condenado y las particularidades del delito deben llevar al juez a presumir que aquél no volverá a delinquir; y d) El tratamiento bajo privación de libertad o la ejecución efectiva de la pena deben juzgarse como innecesarios.

El plazo de observación a que queda sometido el beneficiado no puede ser inferior al de duración de la pena, con un mínimo de un año y un máximo de tres.

5.2.- Reclusión Nocturna:

En cuanto a los requisitos, cabe destacar que a diferencia de la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna es aplicable tanto a los delincuentes primerizos como a los reincidentes. Agregándose el siguiente: el beneficiado debe ser, además, susceptible de ser disuadido de cometer nuevos delitos mediante el cumplimiento de esta medida alternativa.

Para el cómputo del tiempo que deberá durar la reclusión nocturna, la Ley N° 18.216 establece una pauta de conversión de las penas inicialmente impuestas, a razón de una noche por cada día de privación o restricción de libertad.

5.3.- Libertad Vigilada:

Los requisitos que debe cumplir el condenado para acceder a este beneficio son los

siguientes: a) Haber sido condenado a una pena privativa o restrictiva de libertad superior a 2 años y que no exceda de 5; b) El solicitante del beneficio debe ser delincuente primerizo, para evitar el riesgo de quebrantamiento; c) De acuerdo a informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad, debe poder concluirse que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del hechor.

El período de tratamiento y observación no puede ser inferior al de duración de la pena, con un mínimo de tres años y un máximo de seis. La prórroga en el plazo, así como el egreso del condenado serán propuestos por el delegado de libertad vigilada.

III. Medidas alternativas contenidas en el nuevo Código Procesal Penal.

1.- Descripción de las reformas introducidas:

Dentro del marco de las medidas alternativas, un aspecto muy destacado lo constituye el sistema comprendido dentro de la Reforma Procesal Penal (cuya sanción legal se encuentra en la Ley N° 19.696 que crea el “nuevo” Código Procesal Penal) la que se ha venido implementando en el país desde 2000, que constituye un cambio sustantivo en la legislación nacional, tanto de carácter normativo como de índole organizacional, cultural e institucional. Reemplaza normas e instituciones jurídicas preexistentes, modifica la lógica de los procedimientos, de sus actores y la organización y rutina de los mismos.

Además, la reforma supone la creación de nuevas instituciones e intervinientes y modifica los parámetros a los que han ceñido su actuar los diversos actores del sistema de justicia durante los últimos 100 años. El sistema actual de justicia penal tiene una estructura bastante lineal y poco compleja, en donde la respuesta que se ofrece a los ilícitos es básicamente una, que no distingue la magnitud del daño social.

Por el contrario, la Reforma Procesal Penal sí se hace cargo de estas diversidades a través de las distintas etapas que se prevén, a saber, el inicio, la formalización y el cierre de la investigación, la acusación (todas ellas a cargo del Ministerio Público), la audiencia de preparación del juicio oral, que se lleva a cabo ante el Juez de Garantía, la audiencia del Juicio Oral, del que conoce el Tribunal Oral en lo Penal, el pronunciamiento de la sentencia definitiva, antecedido de la decisión de absolución o condena, un recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, según el caso, y la ejecución de la sentencia definitiva, por parte del Juez de Garantía.⁴⁹

2.- Detalle de algunas de las medidas alternativas contempladas en el nuevo Código

⁴⁹ Además, el Ministerio Público puede aplicar soluciones alternativas del conflicto penal, como el Principio de Oportunidad y el Archivo Provisional del caso, la Suspensión Condicional del procedimiento en tanto que la víctima y el imputado pueden celebrar directamente los Acuerdos Reparatorios. Existen también procedimientos especiales, como el Procedimiento Abreviado, el Procedimiento Simplificado y el Procedimiento Monitorio, que en sentido estricto son también juicios orales pero celebrados ante el Juez de Garantía como tribunal unipersonal, aplicados a delitos menores.

Procesal Penal.

A continuación señalaremos algunas de las mencionadas medidas alternativas contempladas por la reforma procesal penal:

2.1.- El Principio de Oportunidad:

Es la facultad de los fiscales del Ministerio Público de no iniciar la investigación de un delito o de no continuar la ya iniciada cuando el hecho no comprometa gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima asignada al delito excede la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, o cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. El ejercicio de esta facultad está sujeto tanto al control del Juez de Garantía como de las autoridades del Ministerio Público.

2.2.- Acuerdos reparatorios:

Son acuerdos directos entre el imputado y la víctima que tienen por objeto la reparación del daño producido a esta última.⁵⁰

2.3.- El Procedimiento abreviado:

Es una alternativa al Juicio Oral. Supone un acuerdo entre el imputado y el fiscal del Ministerio Público, en virtud del cual el primero acepta expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundan y consiente en someterse a este procedimiento, y el segundo solicita la imposición de una pena que no exceda de cinco años. El juicio se desarrolla directamente ante el Juez de Garantía, quien no puede imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal del Ministerio Público.

IV. Medidas alternativas contenidas en el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal.

1.- La Víctima.

Parte de la reacción que habrá frente a una infracción en el proyecto de ley, consistirá en darle satisfacción a la víctima, por ejemplo, a través de una reparación o, si la víctima es la comunidad, un trabajo comunitario de interés general. Vamos a ver más adelante la aplicación de sanciones o la introducción de criterios educativos en el trabajo

⁵⁰ No tienen necesariamente carácter pecuniario. Deben ser aprobados por el Juez de Garantía, caso en el cual extinguen la acción penal contra el imputado. Proceden respecto de todos los delitos culposos (es decir, delitos cometidos sólo con imprudencia, sin dolo, tradicionalmente conocidos en Chile como cuasidelitos), y de algunos delitos dolosos: lesiones menos graves y delitos contra bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial (hurtos, estafas, etc.). Con todo, el Juez de Garantía puede negar su aprobación, de oficio o a petición del fiscal del Ministerio Público, cuando los acuerdos versen sobre delitos respecto de los cuales no proceden o cuando exista un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, como por ejemplo, cuando el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los investigados.

del adolescente, cuando él se ve conminado a hacer una reparación, a pedir disculpas a una persona o a hacer un trabajo en beneficio de ésta. En el fondo se hace cargo de las consecuencias que tuvo su delito en las condiciones de vida o en la situación de otra persona.

Con el fin de proteger los derechos de las víctimas, se establece claramente en todo el proceso la posibilidad que éstas se hagan presentes, sobre todo a través de las medidas de reparación que el proyecto establece. A través del principio de oportunidad, el fiscal puede desistir de continuar un proceso si ha habido una conciliación al inicio de éste entre el joven y el afectado, es decir, si ha habido un acuerdo en el cual el joven se ha comprometido a hacer ciertas cosas o a conservar una línea de conducta.

Como adelantáramos en el capítulo anterior, el Proyecto de Ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal contiene medidas sancionatorias que no son privativas de libertad, lo que sin duda viene a contribuir al objetivo perseguido por quienes adscriben a corrientes más modernas dentro de la doctrina, esto es, sustraer a los menores del sistema carcelario.

Estas medidas son: amonestación, multa, servicios en beneficio de la comunidad, prohibición de conducir vehículos motorizados; reparación del daño y libertad asistida⁵¹.

Amonestación: Consiste en la reprensión enérgica del adolescente hecha por el Juez, en forma oral, clara y directa, en un acto único, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismo han tenido o podrían haber tenido, tanto para la víctima como para el propio adolescente; instándole a cambiar de comportamiento, y formulándole recomendaciones para el futuro.

Multa: El juez puede imponer como sanción exclusiva, una multa de hasta 10 Unidades Tributarias Mensuales cuando considere que ello resulta adecuado a los objetivos educativos de la presente ley. Para la aplicación y determinación del monto de la multa, se tomarán en consideración la gravedad del hecho y las condiciones económicas del adolescente.

Servicios en beneficio de la comunidad: Esta sanción, que contempla el artículo 25 del proyecto, consiste en la realización de actividades no retribuidas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad. La prestación de tales servicios 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 podrá tener una extensión mínima de 30 horas y una máxima de 100 horas.

⁵¹ Contempla la asistencia a programas y servicios comunitarios que serán aquellos de carácter educativo, socioeducativo, de terapia, de promoción y protección de sus derechos y de participación que se ofrezcan por instituciones públicas o privadas. La función del delegado de libertad asistida a este respecto se limita a la orientación y motivación del adolescente, aun en las gestiones para procurarle el acceso efectivo a los mismos.

CAPÍTULO III, Nuevas medidas alternativas: La vergüenza reintegrativa, o Justicia restaurativa o reparadora

I.- Introducción.

En la mayoría de los países de América Latina, las legislaciones contemplan una o dos medidas alternativas a la reclusión, que corresponden generalmente, a la suspensión o remisión condicional de la pena y/o a la libertad vigilada, insertas dentro de los cuerpos normativos relativos a las formas de ejecución penal. Lo que se explica por la concepción que se tiene en estas latitudes respecto del delito, de la pena y sus fines.

En cambio en algunos países desarrollados, como por ejemplo Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Noruega y en algunos estados de los Estados Unidos, se han estado adoptando formas de sanción de ofensas y cumplimiento de penas absolutamente ajenas al sistema carcelario, con mecanismos y objetivos que no constituyen meras proyecciones del ámbito carcelario al medio libre, como sucede actualmente en Chile.

Dentro de estas formas, encontramos los programas denominados Vergüenza Reintegrativa, Justicia Reparadora o Restaurativa o Mediación Penal. Ellas han surgido

como alternativas en materia penal a la respuesta punitiva del Estado, que, como se ha reiterado, está centrada en la represión vindicativa, dando lugar a instancias de reconciliación, restauración y restitución, tanto en la víctima, como en la comunidad y en el ofensor, con lo que se persiguen múltiples objetivos, de diversa índole, tanto económicos, como el ahorro para el Estado de los fondos que implican la mantención de un recluso en régimen interno, cuanto sociales, toda vez que se evitaría la criminalización, la reincidencia y la estigmatización.

Son sistemas que reconocen como marco de referencia un proceso de diálogo y negociación entre víctima, ofensor y representantes de la comunidad, enfocados especialmente en el hecho y sus efectos en todos ellos y en la necesidad de reparar el daño.

Toda persona en la sociedad con un papel que suponga autoridad enfrenta opciones al decidir cómo socializar a quienes tiene a su cargo: los padres cuando educan a sus hijos, los profesores en las salas de clases, los empleadores que supervisan a los trabajadores o los profesionales de la justicia que actúan ante los delitos. Hasta hace poco las sociedades occidentales se basaban en el castigo, generalmente percibido como la única manera eficaz de disciplinar a aquellas personas que proceden mal o cometen un delito.

II.- Antecedentes del modelo de Justicia Restaurativa.

1.- El individuo como un sujeto entero.⁵²

Los teóricos de la vergüenza reintegrativa comenzaron a plantearse al sujeto infractor como un todo, como un valor absoluto universal, integrado con sus acciones.

Por ello, señalaron que para la total satisfacción de los ideales restaurativos, la acción del Estado no se podía centrar exclusivamente en “la acción” cometida. En definitiva, se plantea que no es posible disgregar la conducta desviada, del sujeto que la realiza, sino que se debe enfocar el problema *sobre* el sujeto entero, para comprenderlo y para la obtención de una respuesta reparadora satisfactoria para todos los involucrados.

2.- El modelo operativo.

La Justicia Restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología. Reconociendo que el delito causa daños a las personas y a la sociedad, se insiste en que la justicia debe interesar reparar esos daños y que a las partes se les permita participar en ese proceso. Los programas de vergüenza reintegrativa o justicia restaurativa o reparadora, por consiguiente, habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al delito. Ellos llegan a ser el centro del proceso de justicia penal y de un sistema que apunta a la responsabilidad del infractor, la reparación a la víctima, y la total

⁵² Seguimos en esta parte a BRAITHWAITE J. y PETIT P. 1990. *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford, Clarendon Press.

participación de esta, del infractor y de la comunidad.

Dentro de las partes interesadas en el delito, se distinguen los intereses de las partes interesadas primarias (aquellas personas más afectadas por un delito específico) de los de las personas indirectamente afectadas. Las partes interesadas primarias son, principalmente, las víctimas y los delincuentes. Pero aquellos que tienen una conexión afectiva importante con la víctima o el delincuente, como por ejemplo, padres, cónyuges o amigos, también se ven directamente afectados. Ellos constituyen las comunidades de apoyo de las víctimas y los delincuentes. El daño ocasionado, las necesidades creadas y las respuestas restaurativas de las partes interesadas primarias son específicas del delito en particular y exigen una participación activa para lograr el mayor nivel de reparación.

Las partes interesadas secundarias incluyen a aquellas personas que viven cerca o a aquellas que pertenecen a organizaciones educativas, religiosas, sociales o comerciales cuya área de responsabilidad o participación abarca el lugar o las personas afectadas por el incidente. Toda la sociedad, representada por funcionarios del gobierno, constituye también una parte interesada secundaria.

Las partes interesadas primarias necesitan una oportunidad para expresar sus sentimientos y participar en la decisión sobre la manera de reparar el daño. Las víctimas se ven perjudicadas por la sensación de pérdida de control sobre sus vidas que sufren como consecuencia del delito, aunque sea temporalmente. Necesitan recuperar un sentido de dominio personal. Esta obtención de control personal es lo que transforma a las víctimas en sobrevivientes. Los delincuentes dañan sus relaciones con sus propias comunidades de apoyo traicionando la confianza. Para recobrar esa confianza, necesitan dar muestras de arrepentimiento REAL y de toma de control sobre sus actos, para asumir la responsabilidad por el delito cometido. Sus comunidades de apoyo satisfacen sus necesidades asegurando que se haga algo con respecto al incidente, que se reconozca su carácter erróneo, que se tomen medidas constructivas para evitar que ocurran otros delitos y para que las víctimas y los delincuentes se reintegren en sus respectivas comunidades.

Las partes interesadas secundarias, aquellas personas que no se encuentran emocionalmente vinculadas a las víctimas o los delincuentes específicos, no deben despojar del conflicto a aquellos a quienes les pertenece interfiriendo de este modo en la oportunidad de subsanación y reconciliación. La respuesta más restaurativa para las partes interesadas secundarias es apoyar y facilitar los procedimientos en los que las partes interesadas primarias deciden por ellas mismas el resultado del caso. Dichos procedimientos reinsertarán a las víctimas y los delincuentes y al mismo tiempo fortalecerán a la sociedad civil mediante la optimización de la cohesión social y la obtención de control personal y mejoramiento de la capacidad de los ciudadanos para resolver sus propios problemas.⁵³

3.- La vergüenza reintegrativa y la justicia reparadora en el contexto mundial.

En 1999 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó una recomendación

⁵³ Esto no se hace así en la actualidad en nuestro país, pues es el Estado quien se apropia del conflicto penal, a través de sus representantes, para lograr el restablecimiento del sistema legal quebrantado.

sobre el uso de mediación en casos penales.⁵⁴ Por su parte, la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder⁵⁵ de Naciones Unidas recomienda a los países miembros lo siguiente:

“(...) Se restablecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos (...)”. “(...) Se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos de solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas (...)”.

A la que hay que añadir, en una mayor o menor medida otros estatutos internacionales.⁵⁶

III.- Funcionamiento del sistema.

1.- Tipología de las prácticas restaurativas.⁵⁷ Características:

Recientemente, en el XIII Congreso Mundial Sobre Criminología, celebrado en agosto de 2003 en Brasil, se discutió sobre estos paradigmas, planteándose lo siguiente:

“Las tres partes interesadas primarias en la justicia restaurativa son las víctimas, los delincuentes y sus comunidades de apoyo, cuyas necesidades son, respectivamente, lograr la reparación del daño, asumir la responsabilidad y llegar a un acuerdo. El grado en que las tres partes participan en intercambios emocionales significativos y la toma de decisiones es el grado según el cual toda

⁵⁴ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA. 1999. Recomendación Nº R (99)19. En: Actos legislativos y otros instrumentos. Consejo de la Unión Europea. Bruselas. 19 de septiembre de 2002. [en línea] <<http://www.europarl.eu.int>>. [Consultada: 22 de noviembre de 2003].

⁵⁵ NACIONES UNIDAS. 1985. Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

⁵⁶ Las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por Resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Recomendación 87, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Resolución 78, sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las Reglas para la Protección de los menores privados de libertad, aprobadas por Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, de 8 de julio, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño.

⁵⁷ MCCOLD, PAUL y WACHTEL, TED. 2003. En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa. En: XIII CONGRESO MUNDIAL sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003. Río de Janeiro. International Institute for Restorative Practices. s.p.

forma de disciplina social puede ser calificada como completamente “restaurativa”.

A continuación revisaremos diversos métodos propios de la vergüenza reintegrativa o justicia restaurativa o reparadora; fruto del análisis de los distintos programas aplicados en países como Australia, Canadá, Estados Unidos o Nueva Zelanda. Como se ha recalcado, en ellos se requiere que el infractor admita la responsabilidad en el delito, aunque excepcionalmente esto no se verifique.

2.- Mediación de víctima e infractor.

El Programa de Mediación Víctimas-Ofensores se conoce también como el Programa de Reconciliación de Víctimas-Ofensores y carea a los ofensores con las víctimas de delitos o infracciones, con la asistencia de un mediador entrenado, quien es generalmente un voluntario de la comunidad. El delito se personaliza a medida que los ofensores reconocen las consecuencias humanas de sus acciones, y las víctimas tienen la oportunidad de abrir sus mentes y hablar de sus sentimientos a quien debe escucharlos, contribuyendo al proceso de escucha de la víctima.

Éste le provee una oportunidad a la víctima interesada de reunirse con el infractor en un escenario seguro y estructurado, enfrentándose en una discusión del delito con la asistencia de un mediador entrenado.

Los ofensores deben ir asumiendo una responsabilidad importante por sus acciones mientras median por un acuerdo de reparación con la víctima, para restaurar las pérdidas de ella, de todas las maneras posibles. La restitución puede ser monetaria o simbólica, pudiendo consistir en trabajo para el ofendido, servicio comunitario o de alguna otra forma que cree sensación de justicia entre la víctima y el ofensor.

3.- Reuniones de restauración.⁵⁸

3.1.- Historia.

Las *Reuniones de restauración* surgieron en 1989 con la aprobación de la Ley sobre Niños, Jóvenes y Sus Familias en Nueva Zelanda. La ley estableció un nuevo modo de tratar a los menores: en lugar de procesarlos a través de los tribunales, con la ayuda de la policía y servicios para la protección de los niños, se otorgó mayor poder de toma de decisiones a la familia del joven delincuente, a fin de que ésta decidiera, con el aporte de la víctima y otros grupos de apoyo de la comunidad, la sanción apropiada para el menor.

Las raíces de las *Reuniones de restauración* se encuentran en las reuniones *whanau* de los Maoríes, aborígenes de Nueva Zelanda, que las han empleado como un medio para abordar los problemas con sus jóvenes.⁵⁹

3.2.- Implementación.

En NewSouthWales, Australia, los programas de *Reuniones de restauración* han sido adaptados para su uso en planes policiales preventivos de la delincuencia juvenil. Al

⁵⁸ BRIGHT, CHRISTOPHER. 1997. Prison Fellowship International. [en línea] <<http://www.restorativejustice.org/default.htm>>. [Consultada: 26 noviembre 2003].

⁵⁹ VAN NESS, DANIEL y KAREN HEETDERKS STRONG. 2002. Restoring Justice. Cincinnati, Anderson Publishing. 2ª Edición.

implementar la Ley de Niños (*Children Act*) de 1989, Inglaterra y Gales incorporan principios y programas de *Reuniones de restauración* en su plan de bienestar social/infantil. En Canadá, los programas de *Reuniones de restauración* existen para la protección de los niños, casos de violencia familiar y delincuencia juvenil. Estos programas han ido estableciéndose en una serie de localidades en los Estados Unidos desde su introducción en 1995.

3.3.- Descripción.

Los programas de *Reuniones de restauración* son similares a los programas de mediación/reconciliación entre víctima y delincuente, dado que involucran a ambas partes en una conversación prolongada acerca del delito y sus consecuencias. Sin embargo, los programas de *Reuniones de restauración* también incluyen la participación de las familias, grupos comunitarios de apoyo, policía, asistentes sociales y abogados, además de la víctima y el delincuente.

3.4.- El proceso de Reuniones de restauración.

Consta de etapas separadas: preparación, encuentro y monitoreo posterior al mismo. Durante la preparación, un facilitador capacitado recibe un informe de traspaso y se asesora con funcionarios del tribunal de menores a fin de familiarizarse con el caso. Esto brinda al facilitador la oportunidad de conocer a las partes e identificar y debatir las necesidades de quienes se encuentran involucrados y los propósitos del proceso de *Reuniones de restauración*.

En la fase posterior a la entrevista, el facilitador monitorea el cumplimiento del acuerdo y localiza, de ser necesario, recursos para el menor o su familia. En caso de que el acuerdo no pueda ser cumplido satisfactoriamente con la intervención del facilitador, el caso retorna a los tribunales para acciones ulteriores.

4.- Conferencias sobre Justicia Juvenil.⁶⁰

4.1.- Inicio del programa.

Estas conferencias empezaron a operar desde abril de 1998, luego de la dictación del *Young Offenders Act 1997 N° 54*⁶¹ desarrollándose a partir de varios programas de diversas comunidades que venían operando desde fines de la década de los años '80.

El Decreto sobre Jóvenes Infractores, responde a una variedad de complejas y sensibles cuestiones identificadas por el Gobierno australiano, y está dirigido, entre otros fines, a: fortalecer los derechos de las víctimas y reparar parte del mal causado por el delito; hacer al sistema de justicia juvenil más sensible a las circunstancias individuales; reducir el tiempo y los costos involucrados en el sistema judicial; mejorar la confianza pública en el sistema de justicia juvenil, etc.

Como se ha dicho, las conferencias sobre justicia juvenil están basadas en la idea de que el joven infractor es un miembro de la comunidad y seguirá siéndolo a pesar de su

⁶⁰ DEPARTMENT OF JUVENILE JUSTICE. 2001. *Healing the hurt, a guide to youth justice conferencing in NSW*. New South Wales, Australia. 10 p

⁶¹ AUSTRALIA. New South Wales. 1997. *Young Offenders Act 1997 N° 54*. 42 p.

actuar puntual.

Las Conferencias de Justicia Juvenil llevan al infractor, a la víctima y a sus familias a enfrentarse cara a cara, para que juntos, el infractor y la víctima acuerden un resultado adecuado, que puede ir desde una disculpa al reembolso de los daños pecuniarios generados o a trabajo comunitario.

4.2.- Cómo operan las Conferencias para Jóvenes Infractores.

El *Decreto sobre Jóvenes Infractores*⁶² lo que hace es entregar un marco de trabajo más que una prescripción sobre cómo debe desarrollarse una Conferencia de Justicia Juvenil.

El proceso debe ser controlado por un “moderador de conferencias”⁶³ entrenado; el que deberá utilizar habilidades de facilitador, sensibilidad y sentido común para decidir dónde y cuándo tomar control de la conferencia.

A continuación describiremos como es el procedimiento mediante el cual un moderador puede dirigir una conferencia:⁶⁴

El moderador les pide a los concurrentes que se presenten y expliquen su relación con la víctima y el infractor. El joven infractor debe contar la historia sobre qué sucedió. Si hay alguna omisión importante, el moderador continúa hablando con el infractor hasta que la historia se complete.

Luego, el moderador le pide a la víctima que indique cómo el incidente la afectó. Una vez que ella ha concluido su relato, el moderador invita a la familia y/o personas a cargo del infractor a que señalen sus consideraciones sobre lo sucedido. Cuando todos han concluido sus relatos, el moderador le pregunta a la víctima qué espera como resultado de la conferencia. El infractor y su familia deben dejarla sola para que decida una propuesta adecuada para un “Programa de Resultados”.

Luego, la víctima y sus partidarios deben señalar todos juntos respecto a qué decidieron debía ocurrir. El infractor y la víctima deben concordar y discutir el programa de resultados. El moderador solicita al grupo la designación de una o más personas responsables de informarle sobre el progreso y/o culminación del programa de resultados y, a lo menos, una de las personas designadas para que monitoree el progreso del joven infractor en la culminación del plan de resultados, a quien se le pedirá que actúe como su tutor. Si el programa de resultados no es completado por razones prácticas, la conferencia puede ser llamada una vez más a discutir el asunto.

El moderador puede suspender la conferencia en cualquier momento. Sin embargo, esta debe concluir dentro de 7 días.

4.3.- Los Moderadores de Conferencias.

Los moderadores son empleados por los Administradores de Conferencias (son 16

⁶² Ob. Cit. Nota 61.

⁶³ En inglés *conference convenor*.

⁶⁴ Ob. Cit. Nota 60.

en Australia). Los Administradores deben procurar emplear gente que sea respetada en la comunidad, que puedan comunicarse con los jóvenes y que tengan aptitudes para la mediación/facilitación.

Por último, quienes eligen convertirse en moderadores deben someterse a entrenamiento especial a cargo del Departamento de Justicia Juvenil.

5.- Círculos de sentencia.⁶⁵

5.1.- Inicios del programa.

Los Círculos se observan en las culturas originarias de Estados Unidos y Canadá y son empleados con diversas finalidades. Su adaptación para su uso en el sistema de justicia penal se desarrolló durante los '80, dado que los pueblos de las Primeras Naciones de Yukón y funcionarios judiciales locales intentaron desarrollar mayores vínculos entre la comunidad y el sistema de justicia formal.

Una de las aplicaciones más conocidas del círculo de sentencia es el Círculo Holístico de Sanación de la Comunidad de las Primeras Naciones de Hollow Water. Los miembros de la comunidad emplean los círculos a fin de abordar el elevado nivel de alcoholismo en Hollow Water. En la seguridad de dichos círculos, muchos comenzaron a revelar experiencias de abuso sexual.

Esto condujo al desarrollo de círculos de sanación como un modo de abordar el daño causado por el delincuente, de sanar a la víctima y de restaurar la comunidad.

5.2.- Implementación.

Los círculos han tenido un mayor desarrollo en los territorios del Yukón, Saskatchewan y Manitoba. También son empleados ocasionalmente en otras comunidades canadienses y en Estados Unidos, donde los tribunales Navajos de conciliación los han utilizado. En Estados Unidos, el uso inicial de los círculos en la justicia penal tradicional ocurrió en 1996, en Minnesota. El proceso se emplea ahora en toda Norteamérica y en otros lugares del mundo para delincuentes juveniles y adultos, para gran cantidad de delitos y situaciones.

5.3.- Descripción.

Al igual que con los procesos restaurativos de mediación y *Reuniones de restauración*, los círculos ofrecen un espacio de encuentro entre víctima y delincuente, pero van más allá de eso involucrando a la comunidad en el proceso de toma de decisiones. Dependiendo del modelo que esté siendo empleado, los miembros de la comunidad que participan pueden ser desde personal del sistema judicial, hasta cualquier miembro de la comunidad interesado en el delito. Todos los allí presentes, la víctima y su familia, el delincuente y su familia, y los representantes de la comunidad tienen derecho a expresarse durante el proceso. En general, los participantes lo hacen a medida que se

⁶⁵ BAZEMORE, GORDON y UMBREIT, MARK. 1999. "Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Restorative Justice and Citizen Involvement in the Response to Youth Crime." Ft. Lauderdale, Florida, and St. Paul, Minnesota: The Balanced and Restorative Justice Project. A partnership between the Community Justice Institute (Florida Atlantic University) and the Center for Restorative Justice & Peacemaking (University of Minnesota). En: [en línea] <http://www.restorativejustice.org/rj3/Spanish/Introduction/New_Folder/Circles.htm> [Consultada: 20 noviembre 2003]. s.p.

pasa alrededor del círculo un objeto que concede la palabra a quien lo tiene en sus manos.

El proceso es impulsado para estimular valores. Primordialmente, se encuentra diseñado para lograr sanación y entendimiento tanto en la víctima, como en el delincuente. El hecho de facultar a la comunidad, que se involucra en la decisión de qué debe hacerse en ese caso en particular, abordando también los problemas subyacentes que pueden haber conducido al delito, refuerza la sanación como meta. A fin de lograr esto, el proceso del círculo se desarrolla a partir de los siguientes valores: el respeto, la honestidad, el escuchar, la verdad y el compartir, entre otros.

La participación en el círculo es voluntaria. La víctima debe decidir participar sin ningún tipo de coerción. El delincuente asume su culpa en la cuestión y accede a ser enviado al círculo. Especialmente en las comunidades nativas, es importante que el delincuente posea raíces arraigadas en la suya. Cada círculo cuenta con un líder, que dirige el movimiento del objeto que se usa para determinar quién tendrá la palabra. Sólo la persona que tiene el objeto está autorizada a hablar, asegurando así que cada persona tenga la oportunidad de ser escuchada.

A medida que el objeto pasa por el círculo, el grupo debate diferentes temas. Al hablar acerca del delito, los participantes expresan cómo se sienten al respecto. El delincuente intenta describir, además, por qué cometió el delito. El círculo ofrece a la víctima y los miembros de la comunidad que participan la posibilidad de explicar el impacto que el delito tuvo en ellos tanto emocional, física como económicamente.

5.4.- Elementos.

Si bien los círculos varían de un lugar a otro y de acuerdo a la adaptación que se haga a la cultura del mismo, involucran un complejo proceso que consta de múltiples etapas. En general, en la primera etapa, el delincuente debe solicitar ir al círculo. Varios factores se consideran importantes en ese momento, tales como el deseo de cambio, la contribución a la comunidad y el sistema de contención.

Cuando se transfiere un caso al círculo de sentencia, delincuente y víctima son preparados. Esto se hace informando a ambos acerca de lo que ocurrirá en el círculo, escuchando las experiencias que tanto víctima como delincuente han tenido e informándoles quienes participarán en el círculo.

Después de que el delincuente solicita ser enviado al círculo, se realizan círculos de sanación separados para víctima y delincuente. Después de ellos, hay un círculo de sentencia que determina el tipo de respuesta que se espera del delincuente, si bien también puede incluir compromisos por parte de la justicia, comunidad y miembros de la familia involucrados. La etapa final consiste en círculos de apoyo que monitorean el progreso del plan de acción.⁶⁶

⁶⁶ PARKER, LYNETTE. 2001. Prison Fellowship International. [en línea] <<http://www.restorativejustice.org/default.htm>>. [consultada 26 noviembre 2003].

IV.- Reparación del daño causado por el delito.

Cada uno de los procesos de justicia restaurativa o reparadora que hemos visto hasta ahora finalizan con un acuerdo sobre cómo el infractor enmendará el daño causado por el delito. Dos sanciones de la justicia tradicional son utilizadas en la respuesta restaurativa del delito: la restitución y el servicio a la comunidad.

Restitución: es el pago por parte del infractor de una suma de dinero para compensar a la víctima por las pérdidas financieras causadas por el delito. La restitución puede ser determinada en el curso de la mediación, conferencia o los ciclos; puede también ser ordenado por un juez.

Servicio Comunitario: Lo que distingue su uso como respuesta restaurativa es la atención dada para identificar el daño particular sufrido por la comunidad como resultado del delito por parte del infractor, y el esfuerzo para asegurar que los servicios a la comunidad por parte de ellos reparen ese daño particular. Así, por ejemplo, a los que ponen *graffiti* en los edificios de un barrio les puede ser asignado el servicio comunitario de removerlos.

V.- Otras formas de aplicar justicia restaurativa o reparadora.

Dijimos que la tendencia de aplicar el modelo de vergüenza reintegrativa o justicia restaurativa ha prendido a lo ancho del orbe. Es por ello, que hemos querido graficar esta afirmación presentando sistemas inspirados en los mismos criterios de respuesta al delito que pongan el énfasis en la responsabilidad y en la reparación y no en los tradicionales.

1.- El sistema de Mediación Penal. (Argentina)⁶⁷

Se trata de un sistema adoptado en el país vecino desde el 28 de setiembre de 1998, fecha en la que comienza a regir el nuevo Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires, cambiándose así los paradigmas procesales, vigentes hasta el momento.

En su esencia, se trata de un proceso que estructura la intervención de las partes involucradas de un modo que favorece, simultáneamente, su participación y su legitimidad, permitiéndoles asumir su responsabilidad en términos de contribuir a diseñar la resolución de su disputa. Es por lo tanto, un proceso que otorga una voz a las partes en disputa, que les permite hablar y ser reconocidas por el otro.

La Mediación Penal, puede entenderse como una solución frente al delito acordada

⁶⁷ En esta parte se ha elaborado en base a NEUMAN, ELÍAS. Ob. Cit. Nota 2.

entre las partes asistidas por un mediador que se presenta como una opción al proceso tradicional en función del principio de oportunidad, que presupone la necesidad de seleccionar racionalmente las causas que deben ingresar al sistema penal, y del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Características de la Mediación Penal:

La Mediación es un proceso no adversarial. Esto implica que las partes no están enfrentadas sino que actúan juntas en la tarea de alcanzar un punto de acuerdo.

Se trata de un proceso informal. Solamente se exige que cada uno pueda hablar sin ser interrumpido por el resto y se acuerda en que el mediador, de considerarlo necesario, puede mantener reuniones privadas con cada una de las partes.

La Mediación es voluntaria. Las partes son libres de asistir a la Mediación y también de abandonarla en cualquier momento.⁶⁸ Aun cuando se establece la obligatoriedad de la mediación antes de un proceso judicial, no es ineludible que se alcance el acuerdo sino simplemente que se pase por esa negociación asistida.⁶⁹

Otra de las características de la Mediación es la confidencialidad. No existen soportes escritos ni grabados. Además, el mediador no puede ser citado como testigo en un eventual proceso judicial.

Rol del mediador. Es un tercero neutral que no tiene poder para decidir cómo resolver el conflicto ni para obligar a cumplir sus apreciaciones sobre la situación. Si es abogado no puede asesorar legalmente a ninguna de las partes.

Rol de las partes. Son ellas las únicas facultadas para resolver el asunto que les compete.

2.- El Proceso Penal Juvenil en Alemania.⁷⁰

A principios de la década de los 80 aparecieron los planes de mediación en forma sistemática, como una manera de desjudicialización al comienzo de la etapa instructora. Entre los años 1985 y 1990 se implementaron numerosos programas de mediación-reparación entre víctima-victimario, la mayoría de ellos en el derecho penal juvenil.

Los mismos trabajaron con distintos tipos de reparación: disculpa personal, compensación del daño, pago para resarcimiento de perjuicios morales, prestaciones de trabajo cuyo rendimiento económico beneficiara a la víctima, acciones conjuntas de autores y damnificados por el delito, devolución de objetos y regalos como un gesto

⁶⁸ Esta voluntariedad alcanza al mediador quien está facultado para levantarla si observara falta de predisposición de uno o de todos los intervinientes o si el proceso quedara estancado sin que exista forma de seguir avanzando en él.

⁶⁹ Así, por ejemplo en la ley 24.573 de Mediación y Conciliación la obligación recae simplemente en asistir a la primera audiencia (se establece un sistema de multa para la parte que no cumpla con ella), pero no en continuarla.

⁷⁰ FELLINI, ZULITA y VERDE, CLAUDIA. 2003. La Mediación-Reparación en Alemania. En: Revista La Trama: revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos. Febrero 2003. [en línea] <<http://www.revistalatrama.com.ar>> [consultada: 26 noviembre 2003].

simbólico de reconciliación.

La regulación del derecho penal de menores ha permanecido inalterada en Alemania entre 1953 y 1990, a pesar de lo cual la realidad sancionadora ha sufrido cambios decisivos. En tal sentido, los fiscales y los jueces juveniles han ampliado los criterios de tolerancia y reacción informal mediante diversificación de sanciones, y la aplicación de medidas de orientación y educación en vez de puramente represivas de internamiento. Estos procedimientos han aumentado a lo largo de los años hasta llegar en la actualidad a ocupar un nivel de alrededor del 67% de la causas penales. De ahí que para los jóvenes y adolescentes que delinquen por primera vez el procedimiento finalice en la gran mayoría de los casos sin condena formal.

La Ley de los Tribunales de Menores de 1953 fue profundamente modificada en el año 1990 por una amplia reforma legal. En particular se tomó en cuenta la jurisprudencia americana, que da posibilidad de someter al menor a un programa educativo en diligencias previas, tratando de evitar que el joven ingrese al sistema judicial (doctrina denominada “diversión” o derivación, desjudicialización, etc.). En Alemania el personal policial no tiene ninguna competencia procesal propia, sólo el derecho y deber del denominado “primer acto de intervención”, siendo el Ministerio Fiscal el que ejerce la facultad descrita.

El derecho penal de jóvenes, a diferencia del derecho penal general, contempla la reparación y la conciliación como reacciones penales autónomas que el juez puede imponer en la sentencia. Las instrucciones incorporadas por esta ley constituyen una modalidad de medidas orientadas a la educación junto con la asistencia educativa. También se prevé medios de corrección (amonestaciones, obligaciones y arresto) y la pena juvenil, consistente en privación de libertad en un establecimiento especial para menores.

Para los jóvenes entre los 14 y 17 años (extensible hasta los 21 años) existe una referencia expresa a la conciliación dentro del catálogo de medidas educativas que conlleva el archivo de la causa (artículo 45 y 47 Ley Penal Juvenil).⁷¹ En todos los casos puede ser aplicada a cualquier tipo de delito.

⁷¹ Artículo 45 J.G.G. (Ley Penal Juvenil). “Renuncia de la persecución. (1) El fiscal podrá prescindir de la persecución, sin necesidad de consentimiento del juez, cuando concurran los presupuestos del párrafo 153 de la ley procesal. (2) El fiscal prescindirá de la persecución cuando se haya llevado a efecto o se haya iniciado una medida educativa, y no considere necesaria ni la participación del juez conforme el párrafo 3°, ni la formulación de la acusación. Serán equiparables a una medida educativa los esfuerzos del joven por llegar a la conciliación con el ofendido. (3) el fiscal propondrá que se imparta por parte del juez de jóvenes una amonestación, instrucciones conforme el párrafo 10 párrafo 1° inciso 3° números 4, 7 y 9 (prestaciones de trabajo, esforzarse en la consecución de una conciliación con el ofendido, participar en un curso de circulación), o mandatos (reparar el daño causado conforme a sus posibilidades, disculparse personalmente con el ofendido, realizar prestaciones de trabajo o pagar una suma de dinero a favor de una institución de utilidad común, párrafo 15), cuando el inculcado haya confesado y el fiscal considere necesaria la imposición de una medida judicial de tal índole pero no considere imprescindible la formulación de la acusación. Si el juez de jóvenes accede a la propuesta, entonces el fiscal prescindirá de la persecución; aunque, en caso de imposición de instrucciones o mandatos sólo lo hará después de que el joven las haya cumplido. No serán de aplicación el párrafo 11, párrafo 3°, ni el párrafo 15, párrafo 3° inciso 2°. El párrafo 47 párrafo 3°, tendrá una correlativa aplicación”.

Para los menores de 14 años, están previstas medidas de carácter civil o administrativo, impuestas por el Juez Tutelar.

Los jóvenes entre 14 y 18 años sólo son declarados penalmente responsables cuando en el momento del hecho posean madurez suficiente, atendiendo a su desarrollo mental y psíquico, para comprender lo injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión. De lo expuesto se deduce que en la ley penal juvenil alemana se introduce el criterio del discernimiento. Si de acuerdo a él, el juzgador decidiera que no es penalmente responsable, puede imponerle las mismas medidas que el Juez Tutelar previstas para los menores de catorce años (artículo 3 inciso 2 de la Ley Penal Juvenil).

En la ley alemana, en el marco de las sanciones formales, es decir las impuestas por el juez en sus sentencias al término del proceso, las medidas ambulatorias se han ampliado con la aprobación de la “Primera Ley de Reforma de la Ley Penal Juvenil” del año 1990, mediante la incorporación a dicho catálogo de las reglas de conducta de sometimiento a la asistencia y vigilancia de una determinada persona, la participación en un curso de entrenamiento social y el esfuerzo en alcanzar una compensación con el damnificado.

Mediante la conciliación entre autor y víctima el menor se confronta directamente con la situación de aquella y con el carácter lesivo de su conducta de modo que conoce la vigencia de la norma y su significado para la vida en sociedad.

En cuanto a las modalidades de reparación, aunque su núcleo lo constituye el pago de una suma de dinero, pueden entrar en consideración otras como realizar determinadas prestaciones de trabajo a favor de la víctima u otras prestaciones indemnizatorias.

No se exige la reparación absoluta del daño, sino que el joven lo haga conforme sus posibilidades pues lo que cuenta es su esfuerzo interno para lograrlo, y de acuerdo a ello se valorará el éxito de la medida adoptada.⁷²

⁷² En este mismo sentido, y como otra medida destinada a evitar la estigmatización de los jóvenes infractores de ley penal, podemos señalar la situación existente en Suiza, país en el que los jóvenes que cometen delitos no figuran en las estadísticas nacionales sobre delincuencia, lo que es criticado por algunos criminólogos como el danés BALUNG, que en su libro titulado *De Hreid sam Sne*, considera que es una forma de esconder el problema de la criminalidad juvenil.

CONCLUSIONES

En la actual concepción de la sociedad frente al problema de la delincuencia, particularmente frente a las personas que cometen delitos, se pueden observar diversas reacciones, que van desde las actitudes excluyentes y segregadoras, hasta las que intentan ser integradoras y solidarias.

La reacción más frecuente ha sido ver la delincuencia como un problema externo a la sociedad y a la persona que comete delito como un *delincuente*, es decir, como un enemigo de ella. Esta actitud dificulta e inhibe formas colectivas y solidarias de solución, generando un divorcio altamente destructivo entre el mundo de los “delincuentes” y la población no delictual, que se siente invadida y paralizada por el miedo de haber sido víctima de un crimen o considerar que se encuentra en riesgo de serlo.

No resulta aventurado señalar que el propósito que persigue la justicia a través de la pena de privación de libertad no es otro que el de separar al delincuente de la sociedad, sin preocuparse por su reinserción.

Debemos, entonces, volcar nuestra mirada hacia el individuo, comprender a cada uno de los involucrados en un hecho delictivo, para así dar una respuesta satisfactoria a la problemática del delito y sus consecuencias desde un punto de vista humano, puesto que centrarse exclusivamente en el “hecho”, aislado quirúrgicamente, sólo ofrece una visión sesgada del conflicto y está lejos de cumplir con uno de los fines del Derecho Penal, cual es evitar la comisión de nuevos delitos, ya sea actuando sobre el sujeto para evitar que éste vuelva a cometer delitos, prevención especial, o actuando en forma intimidatoria frente a la sociedad, prevención general.

Pensamos que la prevención especial es el fin que debe perseguir el Derecho Penal, actuando positivamente sobre los sujetos infractores para inhibir nuevas conductas delictivas. Es aquí donde la Vergüenza Reintegrativa, tema de nuestro trabajo, la Justicia Restaurativa o Reparadora y la Mediación Penal se presentan como una alternativa eficiente a las tradicionales respuestas retributivas del Derecho Penal, asociadas generalmente sólo a la privación de libertad.

La justicia restaurativa complementa las prácticas establecidas de justicia penal, en particular en los ámbitos en que estas no han resultado satisfactorias, fundamentalmente en el tema de la reincidencia, por cuanto, según vimos en el análisis pormenorizado de la institución, los menores sometidos a las prácticas de Vergüenza Reintegrativa o de justicia restaurativa manifestarían una menor tendencia a cometer nuevos ilícitos, en comparación a las tasas de reincidencia de los menores que son ingresados al sistema penal tradicional.

Muchos Estados ya han incorporado algunas medidas de justicia restaurativa en sus sistemas de justicia penal, pero se sigue considerando que la aplicación de esa clase de medidas está en una etapa experimental y de desarrollo, toda vez que se trata de un enfoque reciente y moderno al problema de la criminalidad.

Sin embargo, creemos que la Vergüenza Reintegrativa y la Justicia Restaurativa o Reparadora ofrecen, en especial hacia los jóvenes, nociones y posibilidades satisfactorias y complementan las prácticas de justicia penal establecidas, al inscribirse en el marco de las establecidas en el país y de las circunstancias sociales, culturales, económicas y de otra índole en las que se desarrollan; no debiendo entenderse o interpretarse necesariamente como un mecanismo encaminado a reemplazar los sistemas existentes. Estimamos, de todos modos que determinados procesos o resultados de la justicia restaurativa, en algunos casos, sustituirían eficazmente a diversos elementos de los procedimientos penales vigentes, toda vez que tienden a alcanzar objetivos encomiables, como por ejemplo, la no estigmatización de los jóvenes que han infringido la ley.

Por otro lado, existe consenso en relación a que las sanciones que no implican privación de libertad poseen ventajas, pues permiten a los sancionados no desarraigarse de su medio familiar, laboral y social. Involucra a las personas en la reparación del daño causado y permite a la comunidad hacerse cargo del problema de la delincuencia a través de un enfoque de oportunidades reales de integración social y valores solidarios. A la par representa para el Estado menores costos en su ejecución.

Por su parte, la Mediación Penal juvenil aporta un modelo sistemático de resolución de conflictos que puede ser aplicado en contextos distintos, para la resolución de situaciones problemáticas, de tensión o de confrontación en la comunidad, la familia y otras instancias.

Supone un mecanismo idóneo para dar contenido al principio de oportunidad y con ello contribuir a materializar las recomendaciones de las Naciones Unidas en el sentido de promover al máximo la desjudicialización de las causas penales en las que se vean implicados los menores de edad.

Así como los modelos de Vergüenza Reintegrativa y Justicia Restaurativa o

Reparadora, los programas de mediación han contribuido de manera decisiva a dar un paso cualitativo muy importante para la Justicia Juvenil hacia un nuevo modelo de justicia de responsabilidad, que nos aleja del viejo paradigma protector, centrado en la idea del *tratamiento* como única solución ante la delincuencia.

En este sentido, en la “Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: plan de acción sobre justicia de menores”⁷³, se pide a los Estados que apoyen el desarrollo de prácticas de prevención de la delincuencia específicas para los jóvenes, que tengan en cuenta la vulnerabilidad de ellos al reclutamiento por delincuentes, incluida la prestación de asistencia oportuna a los jóvenes en circunstancias difíciles. Se pide también el fortalecimiento de los sistemas de justicia de menores, la promoción de la reeducación y rehabilitación de los jóvenes delincuentes y una mayor participación de la sociedad civil en las actividades para prevenir esta delincuencia. Por todo esto creemos que Chile no se puede quedar atrás en el desarrollo de nuevas ideas y en la implementación de nuevas estrategias en el ámbito penal, pues seguir creyendo que la cárcel es la única “solución” para el fenómeno de la delincuencia no sólo resulta anacrónico e ineficiente, sino que evidencia una rotunda falta de capacidad para comprender las complejidades y dinámicas de la vida del hombre en sociedad.

Es por ello que estimamos que el Ministerio de Justicia y las demás autoridades, deben tomar nota de estas nuevas miradas al sistema penal, involucrándose en el análisis de formas de adaptación de estas prácticas para nuestro país, e instando a su aplicación, pues de seguro redundará en una disminución no sólo de la reincidencia de los jóvenes infractores de ley penal, sino que, aún más importante, evitará su estigmatización, cortando el círculo vicioso que implica que menores que delinquen se queden sin una nueva oportunidad, viéndose prácticamente forzados a iniciar una carrera criminal, como profecía autocumplida.

Finalmente, creemos que la argumentación comúnmente utilizada en torno a la imposibilidad de explorar con éxito estas nuevas tendencias en países como el nuestro, dada la distancia cultural existente con las sociedades en que estos programas se aplican, no son sólidas. En efecto, no hay explicación más que discursiva para no poder acometer la tarea en Chile. Si así fuera, ninguna innovación sería posible nunca, ya que la cultura jurídica siempre avanza más lentamente que los esfuerzos por superarla. Requiere, eso sí, un decidido compromiso de los actores sociales relevantes, vale decir, el Estado, los privados y sobre todo el entorno social más próximo del menor infractor. Si la única respuesta posible que nuestra sociedad hoy en día ve para el problema de la criminalidad es la privación de libertad, se debe a que no se le han ofrecido nuevas alternativas exitosas, y eso es lo que se propone esta memoria: virar el foco desde una perspectiva escéptica en el ser humano, hacia una que crea en sus posibilidades de redención.

⁷³ Emanada del Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Viena, 10 al 17 de abril de 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOLLADO V., PATRICIA y FUENTEALBA H., ALVARO. 1996. Privación de libertad como factor criminógeno fundamentalmente aplicado a menores infractores de ley. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 134 p.
- AGUILAR A., ARTURO y MATAMALA L., BÁRBARA. 2001. Neutralización de la Conducta Delictiva. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 137 p.
- AUSTRALIA. New South Wales. 1997. Young Offenders Act, N° 54. 42 p.
- BAZEMORE G., BRAITHWAITE J., et al. Declaración de Leuven, sobre la Conveniencia de Promocionar la Reparación en la Delincuencia Juvenil. En: PRIMERA CONFERENCIA Internacional sobre Justicia Reparativa para los Jóvenes. Potencialidades, Riesgos y Problemas para la Investigación. 12 al 14 de mayo de 1997. 1997. Leuven, Bélgica. s.p.
- BAZEMORE, GORDON y UMBREIT, MARK. 1999. "Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Restorative Justice and Citizen Involvement in the Response to Youth Crime." Ft. Lauderdale, Florida, and St. Paul, Minnesota: The Balanced and Restorative Justice Project. A partnership between the Community Justice Institute (Florida Atlantic University) and the Center for Restorative Justice & Peacemaking (University of Minnesota). En: [en línea] <http://www.restorativejustice.org/rj3/Spanish/Introduction/New_Folder/Circles.htm>

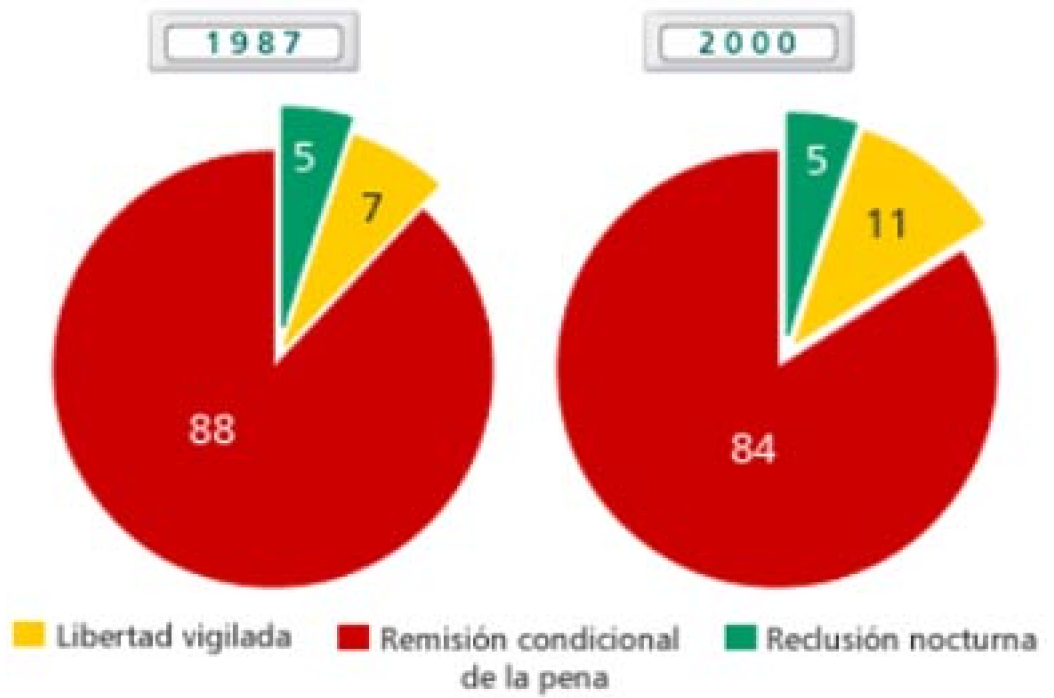
- [consultada: 20 noviembre 2003]. s.p.
- BRAITHWAITE J. y PETIT P. 1990. Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice. Oxford, Clarendon Press.
- BRIGHT, CHRISTOPHER. 1997. Prison Fellowship International. [en línea] <<http://www.restorativejustice.org/default.htm>>. [consultada 26 noviembre 2003].
- BUSTAMANTE, R., ALEJANDRA y PIÑA V., MARCELA. 2001. Medidas alternativas al cumplimiento de penas. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 145 p.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. 1992. Informe de la Comisión Especial Investigadora de los Problemas Carcelarios del País. Comisión integrada por los diputados señores Francisco Bartolucci, Francisco Bayo, Rubén Fajardo, Octavio Jara, Arturo Longton, Juan Masferrer y Sergio Velasco.
- CONFRATERNIDAD CARCELARIA INTERNACIONAL. ¿Qué es la Justicia Restaurativa? Washington, <<http://www.restorativejustice.org>>. 2001.
- DEPARTMENT OF JUVENILE JUSTICE. 2001. Healing the hurt, a guide to youth justice conferencing in NSW. New South Wales, Australia. 10 p.
- DEPARTMENT OF JUVENILE JUSTICE. 1998. Youth Justice Conferencing Directorate, Information Package for Youth Justice Conference Convenors. New South Wales, Australia. 16 p.
- FELLINI, ZULITA y VERDE, CLAUDIA. 2003. La Mediación-Reparación en Alemania. En: Revista La Trama: revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos. Febrero 2003. [en línea] <http://www.revistalatrama.com.ar/html/0003/002_.php> [consultada: 26 noviembre 2003].
- GARRIDO R., RODRIGO. 2003. Análisis del proyecto de ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 200 p.
- GUZMÁN DE LUIGI, JUAN y RAMOS, MARCELA. 2000. La Guerra y la Paz Ciudadana. Santiago, LOM Ediciones. 217 p.
- INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES, KING'S COLLEGE LONDON. 2003. World Prison Brief. Highest Prison Population Rates. 1 de enero de 2003. [en línea] <[http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/worldbrief/highestrates\(manual\).html](http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/worldbrief/highestrates(manual).html)> [consultada: 2 de diciembre 2003].
- MCCOLD, PAUL Y WACHTEL, TED. 2003. En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa. En: XIII CONGRESO MUNDIAL sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003. Río de Janeiro. International Institute for Restorative Practices. s.p
- MEZA O., ABELARDO y OBRADOR C., RODRIGO. 1996. Represión diferencial. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 160 p.
- NACIONES UNIDAS. 1985. 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 29 de noviembre de 1985. s.p.

-
- NACIONES UNIDAS. 1985. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. s.p.
- NACIONES UNIDAS. 1990. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. s.p.
- NACIONES UNIDAS. 1990. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riyadh). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990. s.p.
- NACIONES UNIDAS. 1990. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. s.p.
- NACIONES UNIDAS. 2002. Comité de los Derechos del Niño. Consideración de los informes presentados por los países miembros bajo el artículo 44 de la Convención: Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile. 1 de febrero de 2002. s.p.
- NEUMAN, ELÍAS. 1997. Mediación y conciliación penal. Buenos Aires, Ed. Depalma. 142 p.
- PARKER, LYNETTE. 2001. Prison Fellowship International. [en línea] <<http://www.restorativejustice.org/default.htm>>. [consultada 26 noviembre 2003].
- PRADO, FRANCISCO. 2003. El sistema institucional y la función de Gendarmería en el ámbito de rehabilitación y reinserción. En: SEMINARIO EXPERIENCIAS de Trabajo Social en Recintos Penitenciarios de Santiago. 21 de octubre de 2003. Santiago, Vicaría de Pastoral Social del Arzobispado de Santiago y Centro de Extensión de la Universidad Católica. s.p
- UNICEF. 1998. Centro Internacional para el Desarrollo del Niño. Innocenti digest. Justicia Juvenil. 24 p.
- WHITE, ROB & HAINES, FIONA. 1997. Crime and Criminology, an Introduction. Chapter 10: Republican Theory. Oxford University Press, Melbourne, Australia. 230 p.

ANEXO N° 1

GRÁFICO DE APLICACIÓN PORCENTUAL SEGÚN MEDIDA ALTERNATIVA

La Reclusión Nocturna, la Libertad Vigilada y la Remisión Condicional de la Pena son las Medidas Alternativas que existen en Chile, que fueron creadas por la Ley 18.216; el siguiente es un gráfico que señala la aplicación comparativa de cada una de ellas:



Cifras expresadas en porcentajes

Fuente: Gendarmería de Chile

ANEXO N° 2

CONSIDERACIÓN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS PAÍSES MIEMBROS BAJO EL ARTÍCULO 44 DE LA CONVENCION:

OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

CHILE

“El Comité consideró el segundo informe periódico de Chile (CRC/C/65/Add.13), presentado el 10 de Octubre de 1999, en sus reuniones 763ª y 764ª (ver CRC/C/SR, 763-764), realizadas con fecha 23 de Enero de 2002, y adoptó en su 777ª reunión, realizada el 1º de Febrero de 2002, las siguientes conclusiones finales:

“Justicia Juvenil

“53. El Comité reitera su preocupación por que aún está vigente la Ley de Menores de 1967, basada en la doctrina de "situación irregular", que no hace una distinción clara, en términos de procedimiento y trato judicial, entre niños necesitados de cuidados y protección y aquellos que están en conflicto con la ley. También ve con preocupación que la detención no es utilizada como último recurso, especialmente en el caso de niños pobres y en desventaja social: y que a menudo se detiene a niños en centros de reclusión para adultos. El Comité también expresa su preocupación por el hecho de que la ley criminal y el procedimiento para adultos puede también aplicarse a niños entre 16 y 18 años que actuaban con discernimiento y que no se implementó la recomendación previa del Comité de plantear el problema de la edad mínima de responsabilidad criminal (...).

54. De acuerdo con su previa recomendación, el Comité recomienda que el País

miembro:

a) Apresure la adopción del proyecto de ley sobre niños en conflicto con la ley y aumente las asignaciones de presupuesto para la administración de Justicia Juvenil;

b) Cumpla con el requisito de edad mínima para responsabilidad criminal, de acuerdo al artículo 40;

c) Continúe revisando leyes y prácticas sobre el sistema de justicia juvenil, para llevarlas lo antes posible a su total cumplimiento de acuerdo con la Convención, especialmente en los artículos 37, 40 y 39, así como con otros estándares internacionales pertinentes al área, tales como las Reglas Estándar Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y las Pautas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Pautas de Riyadh);

d) Asegure que todas las personas bajo 18 años gocen de medidas de protección especiales en el campo de la administración de la justicia juvenil;

e) Use la detención previa al juicio solo como una medida de última instancia, por el menor tiempo posible y no por más tiempo del período prescrito por la ley y que se asegure en todos los casos que los niños estén separados de los adultos;

f) Utilice medidas alternativas en la detención antes del juicio y otras formas de privación de libertad, siempre que sea posible;

g) Refuerce las medidas preventivas, tales como apoyar el rol de las familias y comunidades para ayudar a eliminar las condiciones sociales que conducen a problemas tales como la delincuencia, el crimen y la drogadicción;

h) Incorpore dentro de su legislación y sus prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Su Libertad, especialmente para garantizarles acceso a procedimientos de denuncias efectivas que cubran todos los aspectos de su trato;

i) Adopte medidas de rehabilitación apropiadas para promover la reintegración social de los niños involucrados en el sistema de justicia juvenil;

j) Solicite ayuda de –entre otros– el Centro para la Prevención Internacional del Crimen de las Naciones Unidas, la Red Internacional de Justicia Juvenil y UNICEF, a través del Panel de Coordinación sobre Asesoría y Asistencia Técnica de las Naciones Unidas”.⁷⁴

⁷⁴ NACIONES UNIDAS. 2002. Comité de los Derechos del Niño. Consideración de los informes presentados por los países miembros bajo el artículo 44 de la Convención: Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile. 1 de febrero de 2002. s.p.

ANEXO N° 3

FASE DE EJECUCIÓN DEL SISTEMA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS REALIZADO POR GENDARMERÍA DE CHILE

Al interior de Gendarmería se distinguen tres niveles: uno normativo nacional, que radica en el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre, un coordinador regional y un operativo local:

Nivel normativo nacional: Las funciones que cumple el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre, en relación con las medidas de remisión condicional y de reclusión nocturna son las siguientes: a) Supervisar y evaluar el funcionamiento y aplicación de las medidas en coordinación con la autoridad regional. Promover la capacitación y perfeccionamiento del personal encargado de las medidas e impartir las instrucciones, b) Programar y diseñar un sistema de detección de necesidades de asistencia a los usuarios, para lo cual se estudia la celebración de convenios con instituciones de la comunidad, tendientes a brindar asistencia a los beneficiados y c) Informar periódicamente al Ministerio de Justicia sobre los volúmenes de población participantes en las medidas de remisión condicional de la pena y reclusión nocturna.

En cuanto a la libertad vigilada, el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre tiene las siguientes funciones: a) Elaboración de políticas de reinserción social para beneficiarios de libertad vigilada, proponiendo planes generales de tratamiento y asistencia para los efectos de la medida, b) Efectuar estudios tendientes a perfeccionar los informes técnicos requeridos por el Poder Judicial, promoviendo la capacitación del personal encargado de la medida y c) Determinar el territorio jurisdiccional de los

delegados de libertad vigilada, en coordinación con las direcciones regionales y el nivel coordinador general.

Nivel coordinador regional: esta tarea es efectuada por los Centros de Reinserción Social que están ubicados en las ciudades capitales de región. Los Centros dependen técnicamente del Departamento de Tratamiento en el Medio Libre y administrativamente de la Dirección Regional de Gendarmería. Ellos deben estar en permanente coordinación con los niveles normativo nacional y operativo. A este nivel le corresponden las siguientes funciones:

En relación con la remisión condicional de la pena y la reclusión nocturna: La organización y coordinación de los sistemas en la región, supervisando el funcionamiento técnico. Resguardar que en la región se efectúe el control del cumplimiento de las condiciones impuestas por el Tribunal. Supervisar los planes elaborados por el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre y efectuar informes periódicos sobre la evaluación de las medidas alternativas, debiendo mantener información estadística actualizada en relación a ambas medidas. Estudiar, evaluar y jerarquizar convenios específicos propuestos por el nivel local para el desarrollo de las acciones de asistencia y apoyar su desarrollo una vez aprobados por los niveles correspondientes.

En relación a la libertad vigilada, tiene las siguientes funciones: Coordinar la implementación del sistema en la región, orientando y dirigiendo el equipo profesional de acuerdo a las directrices emanadas del Departamento de Tratamiento en el Medio Libre, programando periódicamente reuniones técnicas con los delegados de libertad vigilada y otros profesionales que se desempeñan en el sistema. Supervisar y evaluar el desarrollo técnico y administrativo del sistema en la región respectiva y calificar el desempeño del personal que cumple funciones en él, elaborando informes periódicos. Gestionar los recursos comunitarios regionales que colaboren en el proceso de reinserción social de los beneficiarios y proponer convenios a nivel regional.

Nivel operativo local: este nivel lo constituyen los Centros de Reinserción Social, establecimientos de Gendarmería de Chile independientes de las unidades penitenciarias y los Consejos Técnicos.

Centros de Reinserción Social. Están a cargo de las siguientes funciones:

En relación con la remisión condicional de la pena y la reclusión nocturna: Realizar un control administrativo de las condiciones impuestas por el Tribunal a los beneficiados con estas medidas, brindando asistencia y orientación a éstos. Mantener coordinación permanente y estrecha con el establecimiento donde se lleve a efecto la reclusión nocturna y asesorar al jefe del establecimiento en las materias pertinentes. Informar a los tribunales de todo quebrantamiento en las medidas, que sea grave o reiterado y sin causa que lo justifique. Informar al nivel regional o nacional, según corresponda, de la evolución y evaluación de las medidas y proponer las modificaciones correspondientes. Informar a los beneficiados, cuando comiencen a gozar de alguna de estas medidas, acerca de sus deberes y obligaciones durante el período de observación. Certificar el cumplimiento satisfactorio o insatisfactorio de las medidas.

Respecto de la libertad vigilada, le corresponde: Conducir y facilitar el proceso de reinserción social de los beneficiarios de esta medida, desarrollando las acciones

tendientes a eliminar o disminuir el deterioro psico-social que presenten. Realizar acciones tendientes a obtener apoyo de organismos e instituciones de la comunidad. Evaluar periódicamente la evolución del beneficiario y las acciones ejecutadas con el fin de lograr su reinserción social. Informar los requerimientos que formulen los tribunales, reuniendo los antecedentes pertinentes. Designar el delegado de libertad vigilada responsable de cada caso. Programar las reuniones de ingreso de los beneficiarios a la medida de libertad vigilada. En aquellos lugares donde no funcione un Centro de Reinserción Social, el nivel operativo local se ejercerá en cuanto a la remisión condicional de la pena y la reclusión nocturna por los Patronatos de Reos locales o los Jefes de Unidad o establecimientos especiales de Gendarmería de Chile, según corresponda.

Consejo Técnico. El Consejo es una instancia de discusión, con facultades resolutorias, cuyo fin es orientar y asesorar al delegado de libertad vigilada en el diagnóstico y evolución de los beneficiarios y en las estrategias para atenuar o disminuir su deterioro psico-social.

El Consejo Técnico lo integran los delegados y profesionales que se desempeñan en el Centro de Reinserción Social respectivo y está presidido por el Jefe del Centro.

Tiene las siguientes funciones: Elaborar los informes presentenciales. Asesorar al delegado de libertad vigilada en la elaboración del diagnóstico de los beneficiarios, y en la evolución y evaluación de éstos en la medida, principalmente en relación con el proceso de reinserción social que desarrollan. Solicitar y resolver la revocación de la medida en el caso de aquellos usuarios resistentes al proceso de reinserción social. Asesorar al Jefe del Centro de Reinserción Social en los casos y materias que requieran.

ANEXO N° 4

LOS DIFERENTES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE NACIONES UNIDAS REFERENTES A LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Convención sobre los Derechos del Niño.⁷⁵

Concepto de niño.

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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.”

La obligación de acatamiento obligatorio de la Convención para los Estados parte.

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”

Ámbito del concepto de interés superior del niño.

“1. 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

⁷⁵ Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

Prohibición de la detención ilegal o arbitraria.

Artículo 37 letra b):

“b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; (...).”

La obligación de respetar los derechos humanos a las personas menores de edad.

En el la letra c) del mismo artículo, se señala:

“c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, 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; (...).”

El derecho a la justicia pronta, a la inviolabilidad de la defensa y a la impugnación.

Artículo 37 letra 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.”

Derecho al debido proceso o a un proceso amplio y transparente. Artículo 40.

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) 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;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) 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;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. 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) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como 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 asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

Intervención mínima y principio de subsidiariedad

El artículo 40 letra b) inciso 3 de la Convención se requiere que siempre que sea conveniente, se tomen medidas fuera del ámbito judicial, bajo el respeto de sus derechos y garantías.

“Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías penales.”

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores o Reglas de Beijing.⁷⁶

El objeto de estas reglas es buscar el bienestar de la persona menor de edad, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo a la persona menor de edad que tenga problemas con la ley, se debe conceder la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad (regla 1.3).

Alcance y limitaciones de las facultades discrecionales.

“Regla 6.1. Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de los menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

Regla 6.2. Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales.”

Remisión de los casos.

“Regla 11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionados en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.”

Principio de especialización, en especial policial.

“Regla 12.1. Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esta finalidad”.

La excepcionalidad de la prisión preventiva.

“13.1 Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

⁷⁶ Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985.

13.2 Siempre que sea posible, se adoptarán medidas supletorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

13.3 Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.”

Principio de celeridad procesal.

“20. Prevención de demoras innecesarias.

20.1 Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias.”

Principio de confidencialidad.

“21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.

21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.”

Necesidad de personal especializado y capacitado.

“22.1 Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.

22.2 El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o Directrices del Riyadh.⁷⁷

Alcance de las directrices.

“N°. 7. Las presentes Directrices deberán interpretarse y aplicarse en el marco general de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles

⁷⁷ Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.

y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño, y la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el contexto de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), así como de otros instrumentos y normas relativos a los derechos, los intereses y el bienestar de todos los menores y jóvenes.”

“8. Las presentes Directrices deberán igualmente aplicarse en el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada uno de los Estados Miembros.”

“9. Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que, entre otras cosas, comprendan:

a) Análisis a fondo del problema y reseñas de programas y servicios, facilidades y recursos disponibles;

b) Funciones bien definidas de los organismos, instituciones y personal competentes que se ocupan de actividades preventivas;

c) Mecanismos para la coordinación adecuada de las actividades de prevención entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales;

d) Políticas, estrategias y programas basados en estudios de pronósticos que sean objeto de vigilancia permanente y evaluación cuidadosa en el curso de su aplicación;

e) Métodos para disminuir eficazmente las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil;

f) Participación de la comunidad mediante una amplia gama de servicios y programas;

g) Estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de aplicación de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes;

h) Participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluida la utilización de los recursos comunitarios, y la aplicación de programas de auto ayuda juvenil y de indemnización y asistencia a las víctimas;

i) Personal especializado en todos los niveles.”

“53. Deberán promulgarse y aplicarse leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de los niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas (...).”

“54. Ningún niño o joven deberá ser objeto de medidas de corrección o castigo severos o degradantes en el hogar, en la escuela ni en ninguna otra institución (...).”

“56. A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni

sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven (...).”

“58. Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.”

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores de privados de libertad.⁷⁸

“1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental.

El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. 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.”

El respeto a la persona menor de edad de sus derechos humanos y control de la detención.

“12. La privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.”

“13. No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad.”

“14. La protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención será garantizada por la autoridad competente, mientras que los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo, de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención.”

“15. Las presentes Reglas se aplican a todos los centros y establecimientos de detención de cualquier clase o tipo en donde haya menores privados de libertad. Las partes I, II, IV y V de las Reglas se aplican a todos los centros y establecimientos de

⁷⁸ Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, mediante resolución 45/113.

internamiento en donde haya menores detenidos, en tanto que la parte III se aplica a menores bajo arresto o en espera de juicio.”

“16. Las Reglas serán aplicadas en el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada Estado Miembro”.

El carácter excepcional de la prisión preventiva y su relación con la presunción de inocencia.

“17. 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 supletorias. 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.”

“18. Las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las reglas siguientes, y a otras disposiciones concretas que resulten necesarias y apropiadas, dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores. Entre esas disposiciones figurarán las siguientes, sin que esta enumeración tenga carácter taxativo:

a) Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones;

b) Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación;

c) Los menores estarán autorizados a recibir y conservar material de entretenimiento y recreo que sea compatible con los intereses de la administración de justicia”