



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

**Panorama crítico de la ley 20.084
de Responsabilidad Penal Adolescente
y Reflexiones en torno a la Mediación Penal**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Alumna: VERÓNICA DEL CAMPO DÍAZ
Profesor Guía: EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR**

ENERO 2014

*"- Eres sólo un niño.
- ¿Un niño? Yo fumo. Aspiro, he matado y robado. Ya soy un hombre."
Ze Pequeño
(Película Ciudad de Dios - 2002)*

*"No puede haber una revelación más intensa del alma de una sociedad
que la forma en la que trata a sus niños"*

Nelson Mandela

A mis hijos
A mis padres
A mi compañero

INDICE

Introducción	Pág. 6
1. Capítulo Primero: El camino histórico hacia la implementación de la ley n° 20.084 de 2005	Pág. 15
1.1. Breve reseña histórica	Pág. 15
1.2. La convención sobre los derechos del niño como antecedente de la ley 20.084	Pág. 23
1.2.1. Principios que establece la Convención de los Derechos del Niño	Pág. 25
a) El principio de igualdad	Pág. 25
b) El principio del interés superior del niño	Pág. 26
c) El principio de legalidad	Pág. 28
d) El principio de excepcionalidad de la privación de libertad	Pág. 29
e) El principio de especialización	Pág. 29
f) El principio de no regresividad	Pág. 30
1.3. La ley 20.084.	Pág. 32
1.3.1. Fundamentos	Pág. 32
1.3.2. Principios consagrados en la Ley N° 20.084	Pág. 37
a) Especialidad del procedimiento	Pág. 38
b) Especialización de los operadores del sistema de justicia penal adolescente	Pág. 41
c) Intervención penal mínima – desjudicialización	Pág. 45
d) Principios relativos a la privación de libertad	Pág. 47
i) Excepcionalidad de la privación de libertad	Pág. 47
ii) Proporcionalidad	Pág. 50
iii) Aplicación de la medida cautelar o condena privativa de libertad, por el menor plazo posible	Pág. 51
1.3.3. Régimen de sanciones	Pág. 60
1.3.4. Uso de los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad en procesos de la misma persona como mayor de edad	Pág. 65
2. Capítulo segundo: Mediación y responsabilidad penal juvenil.	Pág. 82
2.1. La justicia restaurativa	Pág. 82
2.1.1. Nociones generales	Pág. 82
2.1.2. Orígenes de la justicia restaurativa	Pág. 83
2.1.3. Fundamentos de la justicia restaurativa	Pág. 84
2.1.4. Críticas a la justicia restaurativa	Pág. 88
2.1.5. Manifestaciones de la justicia restaurativa en la legislación chilena: las salidas alternativas	Pág. 90
a) La suspensión condicional del procedimiento	Pág. 91
b) Los Acuerdos Reparatorios	Pág. 92
i) Generalidades	Pág. 92
ii) Naturaleza Jurídica de los Acuerdos Reparatorios	Pág. 95
iii) Los Acuerdos Reparatorios en el marco del Código Procesal Penal	Pág. 97
2.2. La mediación penal en el contexto del nuevo proceso penal juvenil chileno	Pág. 101
2.2.1. Generalidades	Pág. 101
2.2.2. Concepto de mediación	Pág. 104

2.2.3. Características de la mediación y en especial de la mediación penal	Pág. 108
2.2.4. Partes intervinientes en el proceso de mediación	Pág. 115
a) La víctima.	Pág. 115
b) El mediador.	Pág. 116
c) La comunidad.	Pág. 117
d) El adolescente infractor.	Pág. 118
2.2.5. Ventajas de la mediación penal.	Pág. 118
a) Ventajas para la víctima.	Pág. 118
b) Ventajas para el imputado.	Pág. 119
c) Ventajas para la comunidad.	Pág. 120
d) Ventajas para el sistema judicial.	Pág. 121
2.2.6. Limitaciones a la mediación.	Pág. 121
2.3. ¿Es viable la mediación en la nueva justicia penal juvenil en Chile?	Pág. 123
Conclusiones	Pág. 138

INTRODUCCIÓN

“Joven delincuente y marginal”: esta categoría social se ha constituido en el último tiempo como un fenómeno complejo que nos indica que un segmento de la juventud ha adquirido una nueva razón de ser.

La clasificación de adolescente o joven ha sido entendida como una categoría social que da cuenta de un tránsito o etapa del ser humano en la que ya no se es un niño, pero en la que aún no se tiene el estatus de adulto. De esta manera, el mundo juvenil y el adolescente propiamente tal se constituyen como realidades que muchas veces se subentienden como conflictivas y altamente problemáticas, en desmedro de antiguas visiones históricas que consideraban al joven como sinónimo de rebeldía y lucha social.

El alto nivel de competitividad y exitismo que muestra la sociedad moderna, sin duda imprimen en los sectores sociales más vulnerables y dependientes (como por ejemplo el sector juvenil) un elevado nivel de frustración y descontento. La moderna sociedad de control ha subvertido las viejas implicaciones de rebeldía del mundo juvenil cambiando la pasión por lo desconocido y transformador en post de lo conocido y controlable.

Debido al temor que provoca esta imagen (alimentada mediáticamente) de estos jóvenes dispuestos a todo y que, aparentemente, no tienen nada que perder, es que se han perfeccionado las tecnologías de control social y vigilancia con respecto a este segmento de la población, lo que se ha traducido en el reforzamiento extremo de medidas de seguridad, donde la vigilancia se constituye como un factor determinante de sostenimiento del orden social. Entonces, no cabe duda de que la necesidad de vigilar y castigar ha estado asociada al miedo al “otro” desconocido. La construcción social del enigmático mundo juvenil o adolescente ha contribuido muy poco a comprender la

riqueza de este periodo vital. Por el contrario, ha reforzado los mecanismos de represión social de este sector donde la vestimenta o el corte o color del pelo muchas veces constituyen un antecedente para ser detenido y controlado por las policías.

Así, constatamos que se ha producido un asombroso despliegue con respecto a la participación del estrato adolescente o juvenil en la comisión de delitos. Al respecto, la promulgación de una ley especial, que rebajó la edad de responsabilidad penal de los adolescentes, nos da cuenta de cómo la sociedad evidencia a un nuevo sujeto social, a saber, un joven, condenable y castigable.

En la relación individuo-sociedad se establece una tensión entre factores profundamente personales, como roles de identidad y clasificaciones sociales o como del mundo adolescente con sus potencialidades y particularidades con las instituciones sociales que regulan y administran las formas de castigo y control social como garantes del orden social establecido. Desde esta óptica, la delincuencia no se remite necesariamente a la comisión de un delito, sino a la transgresión de una norma de control. El joven delincuente encuentra a la ley como representante máximo del control social que el Estado establece.

Siguiendo con el análisis, es necesario ahondar en lo que nuestra sociedad se entiende como juventud y para hablar de ella es necesario acercarse a los diversos modos de ser joven y referirse a sus diversidades y pluralidades. Así para Duarte “un eje fundamental para el despliegue de nuevas formas de conocer lo juvenil lo encontramos en las identidades juveniles, como expresión de la integralidad y potencialidad de la vida de quienes están en un momento importante de su ciclo vital y que requieren de una nueva comprensión y auto comprensión en la sociedad”¹.

¹ DUARTE, Klaudio. Mundos jóvenes, mundos adultos: lo generacional y la reconstrucción de los puentes rotos en el Liceo. Última décad. [online]. 2002, vol.10, n.16 [citado 2012-09-25], pp. 95-113. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362002000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-2236. doi: 10.4067/S0718-22362002000100004.

Conocer la significación de “joven” implica reconocer un estatus propio de un lugar de identidad en cuanto la dicotomía o tránsito dependencia-independencia en que se les exige constantemente obediencia, la indeterminación de su posición significa que para algunos aspectos se les reconoce como adultos y para otros no, en una sociedad determinada.

Históricamente, entre nosotros se consideraba que los jóvenes o adolescentes constituían una categoría menor en cuanto al carácter de sujeto de un proceso penal. La reforma integral - de relativa reciente data entre nosotros - con referencia a la manera en que los jóvenes reciben justicia en el ámbito penal, sin duda es fielmente demostrativa de la naturaleza abusiva, atropelladora y que vulnera las garantías fundamentales que tenía el antiguo procedimiento juvenil penal. De esta manera, el sistema concebido por la Ley N° 20.084 no sólo responde a una etapa evolutiva de nuestra institucionalidad interna, sino que vino a ser la respuesta al cúmulo de instrumentos de carácter internacional que Chile ha suscrito y que le han obligado a superar una etapa en que se consideraba al joven o adolescente como sujeto carente de derechos procesales.

Consideramos que el estudio de esta materia se debe enfocar desde la óptica de los derechos humanos de carácter procesal que establece y detalla la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña. Si se lee con atención el Mensaje Presidencial del ex Presidente Ricardo Lagos, con el que se envió al Congreso Nacional el proyecto de ley que culminó con la Ley N° 20.084, se puede observar con facilidad que las grandes críticas al anterior sistema se fundaban principalmente en los atropellos a las disposiciones y principios del “debido proceso” en los juicios a los adolescentes. Es por ello que los pilares de esta legislación de responsabilidad penal adolescente

justamente fueron por el camino de aplicar a dichos procedimientos y, por ende a los adolescentes, todas las garantías de un proceso racional y justo².

En efecto, la todavía vigente Ley de Menores³, cuando regía en su mayor extensión, estaba fundada en la doctrina de la situación irregular que tenía una concepción paternalista. Por ello no desarrollaba un tratamiento jurídico diferenciado de las infracciones a la ley penal y las situaciones derivadas de la amenaza o violación de los derechos del niño. Es por ello que los sistemas tutelares de menores, pretendiendo excluir a los menores del derecho penal de adultos, terminan aplicando "remedios" que muchas veces constituyen auténticas penas. Ello se tradujo en la constitución de un verdadero sistema penal reforzado ya que a los menores se les imponían sanciones propias del sistema de reacción punitiva, pero no las garantías que se exigen para su aplicación. El resultado es que se permitió al sistema punitivo extenderse más allá del ámbito de un derecho penal basado en los principios de legalidad y culpabilidad, hacia una responsabilidad de autor fundada en la peligrosidad social.

Sin embargo, la condición de sujetos de derecho de los niños y adolescentes consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña, orienta - y a la vez limita - las políticas públicas, legislativas y de administración de justicia. El límite esta puesto por el objetivo social de favorecer la autonomía, inviolabilidad y dignidad que el niño como ser humano posee. Al mismo tiempo, ser sujeto de derecho significa acercar al niño a la condición de ciudadano y, por lo tanto, a la posibilidad de ejercer una serie de derechos contemplados tradicionalmente para los adultos.

² Mensaje del Presidente de la Republica Ricardo Lagos Escobar al Congreso Nacional, N° 68-347, de fecha 2 de Agosto de 2002, con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

³ Ley N° 16.618 incorporada al DFL N° 1 del año 2000 del Ministerio de Justicia, modificada por la Ley N° 20.084 de 2005.

En consecuencia, el tratamiento diferenciado del menor abandonado-delincuente, lo considera como objeto de asistencia o control y no como sujeto de derechos. Con este tipo de respuestas punitivas a los problemas sociales de la infancia, nuestra legislación suplía simbólicamente las deficiencias de las políticas públicas y reproducía las formas de criminalización primaria y las inequidades de las estructuras sociales.

Por lo señalado, existía un relativo consenso acerca de la insuficiencia del anterior sistema⁴ de justicia de menores (legislación, tribunales, procedimientos, medidas de protección) para regular adecuadamente el juzgamiento y atribución de consecuencias jurídicas a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de 18 años. Los diagnósticos realizados permitieron afirmar que los aspectos más críticos del sistema se traducían en un uso indiscriminado de la privación de libertad de los adolescentes, en la ausencia de las garantías del debido proceso en el juzgamiento de los mismos, en el arbitrario juicio acerca del discernimiento y en la inconsistencia general de la legislación aquella respecto del cumplimiento de postulados de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña.

El modelo de respuesta a la delincuencia juvenil consagrado en la Ley N° 20.084 demanda la construcción de un sistema de justicia juvenil severo pero justo, que sancione los hechos delictivos cometidos por adolescentes con estricto apego a las garantías del debido proceso, a la vez que contemple la garantía de los derechos y la participación de las víctimas. Estas directrices se han plasmado en la ley actualmente vigente, que reconoce que el joven es responsable, en su medida, por las infracciones que comete y, por lo tanto, consagra las garantías de un debido proceso, entre otros el derecho de contar con asistencia jurídica gratuita especializada durante todo el proceso y aun hasta la ejecución completa de las medidas.

⁴ Se debe tener presente que la Ley N° 20.084 de 07.12.05 sobre nuevo “Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracción a la Ley Penal” y que debía entrar en vigencia en junio del año 2006, fue aplazada en su vigencia por la Ley N° 20.110 de 01.06.06, retardándose su entrada en aplicación para junio del año 2007.

El actual sistema de responsabilidad penal adolescente, excluye de la responsabilidad penal ordinaria a los menores de 18 años y establece un sistema especial de responsabilidad para una franja de edad que va de los 14 a los 18 años. Asimismo, introduce - en el papel - el paradigma del Derecho Penal mínimo, como alternativa al sistema supuestamente pedagógico de las llamadas “sanciones blandas” aplicadas de manera informal y a menudo arbitraria, lo que se traduce en las siguientes ventajas:

1. Introduce todas las garantías penales y procesales: taxatividad de los delitos, comprobación de la ofensa y la culpabilidad, proceso acusatorio y oral, carga de la prueba pública y derecho a la defensa.

2. Despenaliza totalmente los delitos cometidos por menores de 14 años.

3. Minimiza el carácter punitivo de las medidas, aplicando en la mayoría de los casos medidas alternativas a la privación de libertad, reservándose aquellas sólo para los casos extremos en que se incurra en delitos tipificados como graves, limitándose rígidamente en su duración.

4. Junto con diversificar la aplicación de medidas cautelares del procedimiento consideradas esencialmente provisionales y revocables, se regula y limita la detención provisoria sólo tratándose de imputación de infracciones graves. Así, la internación provisional debe ser acorde y proporcional a la sentencia probable en caso de condena.

5. El Ministerio Público siempre podrá renunciar a la persecución de la responsabilidad juvenil cuando considere que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto, ejerciéndose así el principio de oportunidad.

6. Por otra parte, acorde con los principios de la Convención, al juez le corresponde controlar la ejecución de las medidas impuestas.

Ahora, si nosotros observamos, aunque sea brevemente, lo que sucede en otros países, nos daremos cuenta que naciones más avanzadas que la nuestra han modificado también su legislación en esta temática. Así, por ejemplo, en Escocia e Irlanda del Norte la responsabilidad penal comienza a los 8 años. En Inglaterra la edad mínima para responder

ante la justicia es de 10 años. En Francia la responsabilidad penal se adquiere a los 13 años. En Estados Unidos no hay una norma clara al respecto, aunque la jurisprudencia ha señalado que "a delito adulto penalidad de adulto". En España a los mayores de 12 años ya se los castiga como adultos en materia de homicidio y violación. Argentina, nuestra nación vecina, se encuentra actualmente en un proceso similar al chileno por cuanto en el Congreso Nacional de aquel país se está discutiendo también la posibilidad de modificar sus normas sobre responsabilidad penal juvenil rebajándola a 16 años a todo evento, y castigando más gravemente el asesinato de un policía.

La regulación legal anteriormente vigente en Chile en esta materia, fue el resultado de una compleja evolución histórica en que se han entremezclado disposiciones que provienen de diferentes tradiciones jurídicas. Así, el sistema de discernimiento y de atenuación de la pena es un resabio de los códigos penales decimonónicos, mientras que el establecimiento de una Justicia de Menores y de medidas de protección proviene de las tendencias tutelares que fueron dominantes desde comienzos del Siglo XX y que no consideraban al niño como un sujeto de derecho.

El sistema chileno era atípico en el derecho comparado, híbrido en relación a su orientación teórica y, como venimos expresando, ineficaz desde el punto de vista de los objetivos de prevención que persigue el sistema de justicia penal.

Por ejemplo, el discernimiento como sistema para determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad penal de las personas, es un criterio abandonado por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo en razón de que es un concepto impreciso y de muy difícil determinación, provocando decisiones jurisdiccionales excesivamente discrecionales. Es de notar que la legislación chilena carecía de una definición de discernimiento y de una indicación acerca de cuáles eran los elementos que el Juez de Menores debe considerar para fundar su pronunciamiento.

Con todo lo anterior queremos señalar que nuestro país tenía en esta materia una legislación que ya no iba de acuerdo con la época en que vivimos. Es más, desde el punto de vista del derecho, todas las instituciones deben ser entendidas y analizadas desde la perspectiva social existente al momento en que se dictaron tales normativas e instituciones. Desde esta óptica insoslayable, no podemos dejar de señalar que nuestro Código Penal data de 1874, es decir, tiene una vigencia - inalterada en esta materia- de alrededor de 135 años. Si consideramos que nuestra República tiene como vida independiente 200 años, nos daremos cuenta que más de la mitad de nuestra existencia como nación nos ha regido un Código que, creemos, no se ha adecuado lo suficiente a los diversos avances.

Es por todo lo anterior que la presente tesis de grado tiene por finalidad analizar los actualmente vigentes postulados de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal de los adolescentes, a la luz de los principios propios de los derechos humanos, los que en su perspectiva procesal están recogidos y correctamente sistematizados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña. Esto último es interesante, ya que en este trabajo confluirán dos conceptos que cronológica y esencialmente son diversos: “niño” no es lo mismo que “adolescente”. No obstante, para los efectos de nuestro estudio sí, pues la Ley 20.084 al rebajar la edad de imputabilidad a los 14 años y considerando a los mayores de dicha edad como adolescentes, invade el campo de la Convención citada que establece como sujeto de la Convención a los menores de 15 años, considerando a los tales como “niños”. Es así como, entonces, las garantías jurídico-procesales de carácter humano o natural, adquieren en este ámbito una especial relevancia en atención al sujeto de derecho que estamos considerando.

Para lograr el objetivo propuesto, la Memoria irá entrando paulatinamente en los diferentes temas que giran en derredor del principalmente escogido, a saber: se recordarán conceptos y nociones sobre imputabilidad y, especialmente, sobre inimputabilidad por inmadurez; luego se efectuará un repaso de la forma cómo históricamente se ha desenvuelto nuestra legislación penal de menores en Chile y los

principios históricos a que se ha sujetado (sistema eminentemente tutelar); más adelante se analizarán con algún detalle las normas penales y de procedimiento que contempla la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que nos dará la base para los análisis postreros que deberemos hacer de la Ley N° 20.084; luego estudiaremos los principios fundamentales de carácter procesal que se contemplan en la Ley N° 20.084; en la segunda parte de esta Memoria se entrará de lleno al estudio pormenorizado de la Ley en comento, con la finalidad de verificar si efectivamente recoge todas las garantías procesales de carácter humano o esencial que detalla la Convención citada, y si constituye un efectivo avance respecto de nuestra legislación por ella derogada; no se culminará esta tesis sin un breve vistazo a lo que sucede en Derecho Comparado, principalmente en la ley penal juvenil española, que ha sido utilizada como base para nuestra novel legislación. No se dejarán de lado las críticas al sistema y los problemas de aplicación de la referida ley.

Por último, como ya está dicho, abordaremos la temática de las salidas alternativas y la mediación penal, como una forma de solución armónica del conflicto penal juvenil, específicamente se verificará si en este proceso penal tan especial podría tener cabida, inserta en los denominados acuerdos reparatorios y como manifestación de la justicia restaurativa, la denominada mediación penal, de forma tal que pase a ocupar un lugar preponderante en este sistema, sobre todo si consideramos que estamos en presencia de sujetos altamente resocializables como son los jóvenes infractores de la ley penal.

1. CAPÍTULO PRIMERO: EL CAMINO HISTÓRICO HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 20.084 DE 2005.

1.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA.

Si tuviésemos que efectuar primeramente un repaso histórico de la regulación jurídica e institucional de la delincuencia juvenil en nuestro país, debería decir que en Chile encontramos dos etapas bastante delimitadas.

Desde la época colonial regía en Chile directamente la legislación española, que en las Siete Partidas contemplaba la irresponsabilidad penal hasta los diez años y medio y la culpabilidad atenuada de quienes no habían cumplido los 17 años. En efecto, la Ley 8 del Título 31 de la partida 7 del texto mencionado señala: *“E si por aventura, el que ouiesse errado fuesse menor de diez años e medio, non le deuen dar ninguna pena. E si fuessen mayor desta edad, e menor de diez e siete años, deuenle menguar la pena que darían a los otros mayores por tal yerro”*⁵.

Posteriormente, en 1875, se dictó el Código Penal chileno que estableció, en su artículo 10 N° 2, 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, y la existencia del mismo daba lugar a la aplicación de un derecho penal atenuado lo que también ocurría tratándose de jóvenes de entre 16 y los 18 años (esto a partir de 1953 en que se rebajó el tope de la edad superior de 20 a 18 años⁶). La edad era considerada para

⁵ CRUZ Y CRUZ, Elba. “El Concepto de Menores Infractores”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, Pág 340.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf>. Última visita: 12/11/2012.

⁶ CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Nota al pie N°3.
http://www.opcion.cl/documentos/biblioteca/JusticiaJuvenil/Responsabilidad_Penal_en_Chile.pdf .
Última visita: 22/11/12012.

efectos de aminorar la pena al momento de la dictación de sentencia condenatoria, hasta en tres grados desde el mínimo correspondiente⁷. El discernimiento no era definido por el legislador penal, pero la jurisprudencia, siguiendo los criterios de la escuela clásica del derecho penal, entendía que aquel se refería al elemento subjetivo del delito como capacidad de culpabilidad, configurando la falta de discernimiento una causal de inimputabilidad⁸.

Este régimen, que se conoce como régimen penal atenuado por ser una aplicación a los adolescentes infractores del derecho penal de adultos pero con penas atenuadas, rigió hasta 1928, fecha en que se dictó la Ley de Menores N° 4.447. Esta ley significó la consagración normativa en Chile del modelo tutelar creado en Illinois y exportado a Europa y al resto de América a principios del siglo XX pero no importó la derogación total del régimen anterior produciéndose una coexistencia entre ambos⁹. Con anterioridad existieron 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 juvenil¹⁰.

La Ley N° 4.447 de 1928, creó la judicatura específica para los menores y con modificaciones varias, fue la misma normativa que rigió hasta hace poco a través de la Ley

⁷ CORTES, Julio. "La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes Dentro de las Transformaciones de Largo Plazo en el Ámbito del Control Social Punitivo". En Revista El Observador, N° 2, Octubre 2008, SENAME Gobierno de Chile, págs. 57-82, pág. 61.

⁸ En este sentido ver CILLERO, Miguel. En Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (Directores) Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero – Parte General, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, págs. 115 y 116.

⁹ En este sentido: GEISSE GRAEPP, Francisco y ECHEVERRIA RAMIREZ, Germán. "BASES Y LIMITES PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES". En Revista de Derecho (Valdivia). [online]. jul. 2003, vol.14 [citado 27 Septiembre 2012], p.99-124. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

¹⁰ En este sentido: FARÍAS BARRERA, Ana María. "El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos.". En Revista de derechos del niño. Universidad Diego Portales, UNICEF. Santiago de Chile. No. 2, año 2003, p. 187-224. Pág. 191.

Nº 16.618 de 1967¹¹. Esta reglamentación, con fundamento en la vertiente correccionalista, además crea las “Casas de Menores” y los “Establecimientos especiales de Educación”, que tenían por fin “proteger” a los menores delincuentes y los que se encontraban en “peligro material o moral” y se señalaba que mientras no se creasen estas instituciones, ellas serían sustituidas por las cárceles de adultos, con lo que se imponía el correccionalismo¹².

En cuanto a la determinación de la responsabilidad penal y como ya adelantamos, de acuerdo a la Ley 4.447 de 23 de Octubre de 1928, si el adolescente (mayor de 16 y menor de 20 años) era declarado con discernimiento, le era plenamente aplicable el derecho penal de adultos y era sometido a la jurisdicción del juez del crimen y también al régimen penitenciario para adultos, pero con la salvedad de que su pena debía ser rebajada en, a lo menos, dos grados inferior al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que hubiese sido responsable. Esta norma fue modificada por la ley 11.183 sobre Estados Antisociales, en el sentido de rebajar la edad de responsabilidad penal a 18 años y aumentando la pena a aplicar a los adolescentes, rebajando ésta sólo en un grado al mínimo indicado por la ley para el delito respectivo¹³, norma que se mantuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley 20.084¹⁴. En cambio, si el adolescente era declarado sin discernimiento, quedaba sometido a la jurisdicción del Juez de Menores y a la aplicación de la Ley de Menores. Esta ley contemplaba un único catálogo de normas de protección (artículo 29 de la ley 4.447 de 1928), que se aplicaba a los menores de edad ante cualquier situación de “peligro material o moral” cuya apreciación quedara entregada al juez. Este sistema de tratamiento jurídico de los adolescentes en conflicto con la justicia, permaneció

¹¹ En este sentido, BAVESTRELLO BONTÁ, Irma. “Derecho de Menores”. Edit. Lexis Nexis. 2ª Edición, Santiago de Chile, 2003, págs. 47 y ss.

¹² COUSO, Jaime. “la Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084”. En Revista Informes en Derecho. Nº 5 Noviembre de 2009. “Estudios de Derecho Penal Juvenil I”, Edit. Defensoría Penal Pública, Santiago, págs.47 a 83.

¹³ LABATUT GLENA, Gustavo. “Modificaciones Introducidas al Código Penal por la Ley 11.183 y Proyecto sobre Estados Antisociales y Medidas de Seguridad”. Revista de Derecho. Edit. Universidad de Concepción, Nº 86, año XXI, Octubre-Diciembre, año 1953, pág. 481.

¹⁴ En este sentido: CERDA, Mónica y CERDA, Rodrigo. “Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes”. Edit. Librotecnia, Santiago, 2006, Pág. 26.

intacto hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084 y se trata de un sistema que, tal como todos sus equivalentes de países cercanos tanto en lo físico como en tradición jurídica, amparaba una respuesta estatal punitiva encubierta y reforzada. Encubierta porque las finalidades declaradas eran de protección, pero una protección que partía de la base de la incapacidad jurídica del sujeto protegido, y que violaba o restringía derechos. Reforzada porque, a raíz de las finalidades declaradas de protección y la consiguiente negación del carácter punitivo de la intervención, se aplicaba sin necesidad de comprobar la comisión de un hecho delictivo y la participación del niño o adolescente en el delito, y sin operar en el procedimiento las garantías mínimas de un juicio, en virtud de lo cual se estaba aplicando algo que no era sino materialmente una pena¹⁵.

Dentro de un marco jurídico casi inalterado, en esta etapa se produjeron varios cambios en lo institucional y administrativo. Así, en el año 1912 se dicta la Ley 2.675 sobre Protección a la Infancia Desvalida. Luego, la Ley 4.447 de 1928 de Protección de Menores crea los primeros Juzgados de Menores para la atención del “menor delincuente”, como también la Dirección General de Protección de Menores. Luego, el D.F.L. 6-4.817 de 1942 crea la Dirección General de Protección de la Infancia y la Adolescencia (PROTINFA), dependiente del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, pasando a ser absorbida, en 1952, por el Departamento de la Madre y el Niño del Servicio Nacional de Salud. En 1966, la Ley 16.520 crea el Consejo Nacional de Menores (CONAME), organismo coordinador de la labor de las instituciones privadas destinadas a la protección del niño. En 1979, mediante el D.L. 2.465, se reemplaza el CONAME por el Servicio Nacional de Menores (SENAME), organismo ejecutivo y con presupuesto estatal para subvencionar a las instituciones colaboradoras y a quién se le asignó la administración de las casas de Menores que eran instituciones en que se mantenían detenidos transitoriamente

¹⁵ En este sentido: CORTES, Julio. “Algunas reflexiones sobre el problema de la respuesta estatal frente a los menores de edad acusados de cometer hechos punibles, su historia y perspectivas”. En *Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas*. Edit. Corporación Opción, LOM – Ediciones. Santiago, 2001, pág. 145.

los jóvenes infractores de ley, en tanto el Juez decidía qué medida de protección aplicaría, además de las instituciones de rehabilitación.¹⁶

Toda la legislación antes mencionada, que durante mucho tiempo estuvo vigente en Chile y particularmente la Ley de Menores (Nº 16.618), se inspiraba en una determinada visión acerca de la posición social y jurídica de los niños y del papel del Estado frente a los problemas de la infancia, que ha sido denominada críticamente como la "ideología o paradigma tutelar". No se trata, con todo, de una creación propia de quienes impulsaron la Ley de Menores en Chile, sino que constituye la expresión local de un movimiento social (el movimiento de los "salvadores del niño"¹⁷, 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, con gran uniformidad en las propuestas, por numerosos países de Europa y prácticamente la totalidad de los de América Latina.

Según esta versión de las relaciones entre infancia y Estado los niños, 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 niños que estuvieran "en situación irregular" (fuera del control de sus padres, abandonados o abusados por ellos, cometiendo conductas delictivas u otras conductas desviadas y, en general, los que estuvieran "en peligro material o moral"), 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. La ley y la práctica del sistema de justicia acuñan incluso un término especial, "menores", que por medio del uso ha terminado por adquirir

¹⁶ En este sentido, BAVESTRELLO BONTÁ, Irma. Ob. Cit. Pág. 47 y 48.

¹⁷ En este sentido ver: PLATT, Anthony. "Los «Salvadores del Niño» o la Invención de la Delincuencia". Siglo Veintiuno Editores. México, 2006.

claras connotaciones clasistas, para referirse a aquellos niños que son objeto de preocupación (protección-represión-control) del sistema de justicia tutelar.

Las medidas expresadas por el hoy derogado artículo 29 de la Ley de Menores, daban cuenta de este híbrido de protección-represión-control, del que la práctica ofrecía testimonios aún más evidentes. Las medidas aplicables eran: devolver al menor a sus padres, previa amonestación; confiarlo a otra familia que se hiciera cargo de él; someterlo a libertad vigilada, y confiarlo a un establecimiento especial de educación (que puede ser en régimen de internado). Con todo, junto a esas medidas, la facultad policial y judicial de internar a los menores en las Casas de Menores, para que en ellas se les observara y diagnosticara mientras no se adoptaba una medida a su respecto, pasó a constituir (como la prisión preventiva en el proceso penal) un eje del sistema, que a menudo se extendía por períodos prolongados, especialmente cuando no se contaban con medidas suficientes para la derivación o se consideraba que el menor era refractario a ellas. Finalmente, una adecuada descripción del cuadro de medidas aplicables quedaría incompleto si no se recordase que la Ley, desde sus inicios (aunque con límites bastante severos desde 1994), permitió que, en los lugares en que no existían Casas de Menores, el período de observación del niño (temporalmente indeterminado hasta hace apenas unos años) se desarrollaba en establecimientos penitenciarios, en secciones relativamente separadas de los presos adultos.

Este dato es significativo, independientemente de la proporción relativa de niños que históricamente, en un proceso tutelar dirigido a su "protección", fueron privados de libertad en una cárcel de adultos, pues permite desmitificar el sentido que las medidas de protección tuvieron en el contexto de la Ley de Menores: muchas veces, aun cuando se contaba con centros especiales para menores, bajo la idea de protección (incluyendo la etapa de "observación y diagnóstico"), el sistema de justicia de menores desarrolló una práctica auténticamente punitiva, pero descontrolada, sin límites garantistas, sin claridad sobre los casos que la hacían necesaria y los que no, y en una mezcla igualmente

descontrolada (azarosa) con otras intervenciones auténticamente dirigidas a la ayuda, que muchas veces llegaron tarde, como una compensación ya inoportuna e insuficiente del encarcelamiento y la represión, o del olvido y el abandono.

A partir de 1989, año del nacimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se produce en el continente un entusiasmo que motivó algunos importantes cambios legislativos en la mayoría de los países¹⁸. A contar de 1990, fecha en que la Convención fue ratificada por el Estado chileno, nos encontramos en nuestro país con la vigencia simultánea de normas internas propias del modelo tutelar que regía entonces, y normas de origen internacional que indicaban el inicio del camino al establecimiento de un modelo de responsabilidad para la justicia penal adolescente.

De esta manera, la política criminal para hacer frente a la delincuencia juvenil fue objeto de una creciente discusión en medios políticos y académicos y si bien lo propuesto desde la Convención de los Derechos del Niño, y que fue recogido en el anteproyecto de ley de responsabilidad penal adolescente del año 1998, decía relación con la implementación de un derecho penal que efectivamente “contemplaba lo más cercano a un derecho penal adolescente de intervención mínima, que sancionada un catálogo cerrado de crímenes y simples delitos, permitiendo la posibilidad de aplicación de sanciones privativas de libertad únicamente frente a ciertas infracciones catalogadas como “graves”, por un período máximo de 3 años, en el marco de un sistema de justicia especializado en el conocimiento de infracciones adolescentes”¹⁹. Más específicamente, “la Convención sobre los Derechos del Niño implica un cambio sustancial respecto de la manera de tratar el tema de la infancia. Esta transformación se conoce como la sustitución de la "doctrina de la situación irregular" por la "doctrina de la protección integral", que en otros términos

¹⁸ En este sentido, CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit. Consultado el 18/12/2012.

¹⁹ CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit. Pág. 10. Consultado el 18/12/2012.

significa pasar de una concepción de los "menores" como objeto de tutela y represión, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho.”²⁰.

El anteproyecto era impulsado por quienes pretendían derogar el sistema tutelar de menores, eliminar el discernimiento y establecer un sistema acorde con las exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, entre 1998 y 2002, el anteproyecto del ejecutivo sufrió una serie de modificaciones regresivas que terminaron por debilitar las garantías, endurecer las penas, pasando el máximo para la pena privativa de libertad de 3 a 5 años, aumentar del catálogo infraccional en general y de las infracciones graves, pérdida de la especialidad del sistema de justicia, entre otras. Finalmente, el proyecto de ley sobre responsabilidad penal adolescente terminó solamente en mostrar una cara de mayor represión para la criminalidad adolescente y rebaja de la edad de responsabilidad penal para contener la delincuencia juvenil²¹ y esto debido a las indicaciones efectuadas por algunos parlamentarios durante la tramitación del proyecto que respondieron a la demanda de la población por mayor seguridad pública y para poner coto la “impunidad” de los delincuentes juveniles, demanda que, a nuestro juicio, correspondía a la falsa apreciación de que “se está perdiendo la batalla contra la delincuencia”, discurso de la autoridad al cual hasta hoy se recurre, que no da cuenta de la realidad que vive el país y que nace luego de la recuperación de la democracia. En este sentido, estimamos que “el conjunto de mecanismos mediante los cuales la “unidad nacional” de la democracia se construyó, tuvo por base una cierta amnesia colectiva respecto al terror que el Estado y la Economía ejercieron entre 1973/1990, y la sustitución de la “doctrina de seguridad nacional” por la “doctrina de la seguridad ciudadana”. Así, se instaló el miedo a “la

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay- OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, capítulo VII, párr. 11. <http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/cap.7.htm#A>. Última visita: 26/12/12.

²¹ CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit. Pág. 12. Consultado el 18/12/2012.

delincuencia” en el centro de la actividad social. Por cierto, no se trata del temor a los actos ilícitos en sí mismos, puesto que el sistema penal suele actuar poco y de manera suave y no estigmatizante respecto a la “delincuencia VIP”, sino del temor a la actividad de las “clases peligrosas”, al proletariado más precario, aquel que ha sufrido procesos de exclusión y estigmatización desde temprano, y que razonablemente no ve muchas ventajas en su integración al sistema escolar/laboral, puesto que objetivamente no las tiene”²².

1.2. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO ANTECEDENTE DE LA LEY 20.084.

En septiembre de 1990, Naciones Unidas convocó a una Cumbre Mundial en Favor de la Infancia en su sede de Nueva York. Allí, 71 Jefes de Estado y de Gobierno y 88 altos funcionarios gubernamentales se comprometieron a alcanzar en sus países una serie de metas específicas en favor del bienestar físico y mental de los niños para el año 2.000²³.

En ese marco se firmó la Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada por unanimidad por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989 mediante la resolución 44/25 de dicho organismo. La Convención establece derechos sociales, económicos, culturales y civiles para la infancia, y ofrece protección frente a la violencia, la guerra, los desastres y la explotación. Desde entonces, la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe ha venido impulsando una nueva política social basada en el reconocimiento de derechos.

²² CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit. Pág. 10. Consultado el 09/02/2013.

²³ En este sentido, BELOFF, Mary. “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo Para Armar y Otro Para Desarmar”. En Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 1, Santiago, 1999. Edit. Unicef, páginas 9 a 22.

La Convención, que entró en vigor en Septiembre de 1990, refleja un cambio fundamental en la manera en que nuestro mundo percibe a los niños. Así, en el ámbito de la justicia, los niños dejaron de ser entes dependientes y carentes de poder y se transformaron en seres humanos dotados de derechos jurídicos propios; dejaron de ser "objeto" de las leyes para ser "sujeto" de éstas; dejaron de ser parte de las posesiones de las familias para pasar a convertirse en personas²⁴.

Esta Convención es el primer tratado internacional de derechos humanos en que se consagran los derechos del niño en forma integral y, en el que se contemplan específicamente las cláusulas en cuya virtud los Estados se obligan a adecuar sus legislaciones internas incluyendo en su normativa las normas legales de protección al niño que la Convención establece, aparte de las medidas administrativas que adopten tendientes a dar efectividad a los derechos que reconoce la Convención²⁵.

De esta forma, los derechos que se otorgan al niño llevan implícitamente la obligación del Estado de garantizar su cumplimiento por los medios que estime conveniente. Este compromiso del Estado informa todo contexto de la Convención y envuelve obligaciones de resultado para aquellos, que deberán expresarse en acciones efectivas en su normativa interna, de las que debe tomar conocimiento el Comité de los Derechos del Niño que se crea especialmente para este efecto²⁶.

Si bien es claro que el niño o niña, por ser persona, tiene el amparo de todo el derecho internacional y nacional humanitario, “una Convención sobre los derechos del niño era necesaria porque aún cuando muchos países tenían leyes que protegían a la infancia,

²⁴ En este sentido, BELOFF, Mary. Ob. Cit.

²⁵ Convención Sobre los Derechos del Niño, artículo 4. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. Consultado el 22-12-2012.

²⁶ UNICEF Comité español. “La Convención de los Derechos del Niño”. En [http://dds.cepal.org/infancia/guia-para-estimar-la-pobreza-infantil/bibliografia/introduccion/Naciones%20Unidas%20\(1989\)%20Convencion%20sobre%20los%20De%20rechos%20del%20Nino.pdf](http://dds.cepal.org/infancia/guia-para-estimar-la-pobreza-infantil/bibliografia/introduccion/Naciones%20Unidas%20(1989)%20Convencion%20sobre%20los%20De%20rechos%20del%20Nino.pdf). Consultado el 22-12-12, pág. 6.

algunos no las respetaban. Para los niños esto significaba con frecuencia pobreza, acceso desigual a la educación, abandono²⁷.

Chile firmó la Convención sobre los Derechos del Niño junto a otros 57 países 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. Con su publicación en el Diario Oficial, el 27 de Septiembre de 1990, la Convención entró en vigencia en Chile.

1.2.1. Principios que establece la Convención de los Derechos del Niño

La Convención de los Derechos del Niño consagra respecto de los menores de edad, una serie de principios respecto de los cuales, los estados signatarios se obligan a recoger en sus legislaciones internas. Estos principios son:

a) El principio de igualdad

Este principio significa que los derechos consagrados en la Convención deben aplicarse independientemente de la raza, el color, sexo, idioma, religión, opinión o bien 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, agregando que el niño deberá ser protegido contra toda discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, sus tutores o de sus familias²⁸.

²⁷ UNICEF Comité español. Ob cit.

²⁸ Convención de los Derechos del Niño, art. 2.

Tampoco, para la aplicación de estos derechos y garantías, se debe poner atención en las circunstancias de los padres del adolescente, sus condiciones familiares, de tutores o de las personas que lo tengan a su cuidado.

b) El principio del interés superior del niño.

Se encuentra recogido este principio del artículo 3º de la Convención. Tiene carácter de principio general o más bien de principio rector-guía a la luz del cual debe interpretarse toda la Convención, la que “ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas”²⁹. De ahí se deriva que en todas las materias no gobernadas por los derechos positivos de la Convención, como los sociales, el principio del interés superior del niño es la base para evaluar las leyes, prácticas y políticas relacionadas con la niñez de los Estados parte.

Para mejor comprender los alcances del principio del interés superior del niño, creemos necesario recurrir al contenido que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le ha dado.³⁰ Así, en primer término, el interés superior del niño es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención, cuya observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Además, este principio debe ser entendido como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e

²⁹ CILLERO, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño” En Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 1, Santiago, 1999. Edit. Unicef, páginas 45 a 62.

³⁰ El alcance que le ha dado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al principio comentado está contenido en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>, Capítulo II, Sección B, Págs. 7 y ss. Última visita: 28/12/2012.

irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando el caso se refiera a menores de edad.

La Comisión también ha señalado que, a partir de la doctrina de la protección integral, por interés superior del niño debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos y además que este principio debe ser el criterio interpretativo rector que concilie dos realidades al regular el sistema de justicia juvenil: por un lado, el reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía, dejando de ser un mero objeto de tutela, y, por otro, el reconocimiento de su vulnerabilidad dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas.

La Comisión también considera que protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión y el castigo, sean sustituidos por una justicia especial, enfocada a la restauración del daño y a la rehabilitación y reinserción social de la niña, niño o adolescente, a través de la remisión de casos u otras formas de justicia reformativa, recurriendo lo menos posible a procedimientos judiciales así como a medidas cautelares o sanciones privativas de la libertad.

Finalmente, el interés superior del niño implica que el análisis de cada caso se realice de forma individualizada, toda vez que cada niño, niña y adolescente tiene necesidades diferentes, permitiendo escuchar la opinión del niño de conformidad con el nivel de desarrollo de su personalidad, así como la opinión de sus padres, tutores y/o representantes o familiares más cercanos, dentro de los procedimientos y procesos relativos a la justicia juvenil.

c) El principio de legalidad

El artículo 40 de la Convención reconoce este principio, según el cual no puede iniciarse un proceso por infringir las leyes penales a un niño por haber realizado actos que no han sido tipificados por el sistema de justicia juvenil. También se encuentra recogido en la directriz 56 de las Directrices de Riad³¹. Así, “Sujetar legalmente a niñas, niños y adolescentes a la justicia juvenil o privarlos de la libertad por el simple hecho de estar experimentando problemas sociales o económicos claramente no es acorde con un fin legítimo ni objetivo ni razonable, incluso, si el Estado ha promulgado legislación para crear apariencia de legalidad, pero que, dada la discrecionalidad que otorga a las correspondientes autoridades, su aplicación se torna arbitraria o discriminatoria hacia estos niños respecto a otros³²”. De esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado expresamente que existen conductas consideradas como constitutivas de “riesgo” o “peligro” para el niño, que en ningún caso pueden ser sometidas al sistema de justicia juvenil: Así la Corte ha señalado que “es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis [respuesta penal] la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil

³¹ En este sentido: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. Capítulo II, Sección E, acápite 1, párrafos 61 y ss. Consultado el 02/01/2013.

³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. Capítulo II, Sección E, acápite 1, párrafo 68. Consultado el 02/01/2013.

sólo puede aplicarse a quienes [...] incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.”³³.

d) El principio de excepcionalidad de la privación de libertad.

Se encuentra consagrado en el artículo 37 letra b) de la Convención e importa que el Estado debe velar porque la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se lleven a cabo como medidas de último recurso, lo que implica tanto la excepcionalidad de la privación de la libertad, de forma preventiva o como sanción, como la excepcionalidad de la aplicación del sistema de justicia juvenil o judicialización.

A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “el sistema de justicia juvenil, y en particular la detención de niños, son medidas que deben utilizarse como último recurso y únicamente de manera excepcional por el período más breve posible. Los Estados deben adoptar las medidas a su alcance para reducir al mínimo el contacto de los niños con el sistema de justicia juvenil, regulando proporcionalmente los plazos de prescripción de la acción, así como para limitar el uso de la privación de libertad, sea preventiva o como sanción, al infringir las leyes penales”³⁴.

e) El principio de especialización.

El artículo 5.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece claramente que los niños que sean acusados de infringir leyes penales deben ser sometidos a un sistema especializado de justicia y por tal debemos entender el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados, es decir, tribunales, para el conocimiento de conductas

³³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. Capítulo II, Sección E, acápite 1, párrafo 69. Consultado el 02/01/2013.

penalmente típicas en las que se ven involucrados niños, un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal³⁵. Además de una magistratura especializada, se requiere que todos quienes ejerzan facultades en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños, por ejemplo, quienes componen el órgano persecutor penal y la defensa, deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales³⁶. Además “estos requisitos de especialización se aplican a todo el sistema y a las personas que en él laboran, incluyendo al personal no jurídico que asesora a los tribunales o que ejecuta las medidas ordenadas por los tribunales, y al personal de las instituciones en las que se mantiene a los niños privados de su libertad. Los requisitos de especialización también se aplican a las fuerzas policiales cuando entran en contacto con los niños y las niñas”^{37 38}.

f) El principio de no regresividad.

Este principio consisten en que si un estado incorpora a su normativa interna, normas internacionales de derechos humanos, se obligan a proteger y garantizar el ejercicio de estos derechos, lo que incluye la obligación de realizar las modificaciones que sean necesarias en su derecho interno para garantizar el cumplimiento de las normas contenidas en dichos tratados y estos progresos son irreversibles, es decir, no pueden ser derogados o

³⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafo 80. Consultado el 02/01/2013.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Sección IX, párrafo 109.

³⁶ Artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y regla 6.3 de las Reglas de Beijing.

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafo 85. Consultado el 02/01/2013.

³⁸ Regla N° 12, Reglas de Beijing.

expulsados de la legislación por normas posteriores, de modo que siempre será posible expandir el ámbito de protección de los derechos, pero no restringirlo³⁹.

³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafos 139 y 140. Consultado el 04/01/2013.

1.3. LA LEY N° 20.084.

1.3.1. Fundamentos

Nuestra antigua ley de menores, basada en el sistema tutelar, comenzó a sufrir fuertes críticas a partir de la adopción por nuestro país de la Convención de los Derechos del Niño y este impacto comenzó a manifestarse legislativamente en reformas a la ley 16.618 tendientes a morigerar las manifestaciones del sistema tutelar recogidas en dicha ley. Luego, el texto legal en comento tuvo que adaptarse a la reforma procesal penal, lo que se efectuó a través de las denominadas leyes adecuatorias⁴⁰ para finalmente culminar en la dictación de la ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, cuyos antecedentes fueron el anteproyecto de ley del año 1998 y el proyecto de ley del año 2002, enviado al Congreso Nacional por el entonces Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar, ambos textos, el primero más que el segundo, se apegaban bastante a los principios y garantías establecidas por la Convención. Así, como se podrá ver, con el proyecto “se pretendía plasmar un sistema complejo, que limitara las necesidades de prevención del delito con el reconocimiento de las garantías penales sustantivas y procesales, junto con asegurar la protección de los Derechos Humanos de la Infancia y la Adolescencia”⁴¹, o bien como señalaba la profesora HORWITZ, la nueva ley buscaba “terminar con el tradicional paradigma pseudopaternalista del derecho de menores y reemplazarlo por el de la responsabilidad diferenciada (respecto de los adultos), sistema incomparablemente más garantista y más respetuoso del adolescente que el viejo sistema “pedagógico” de “medidas” impuestas informal y arbitrariamente por el juez de

⁴⁰ En este sentido ver el artículo 37 de la Ley 19.806 que establece modificaciones a los siguientes artículos de la ley 16.618: 15 a 18, 26, 28, 30, 32 a 34, 37, 51, 53, 55 a 59 y 62, a 67.

⁴¹ CILLERO, Miguel. “Comentario A La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. En Revista Justicia y Derechos del Niño N° 8. UNICEF, Santiago 2006, págs. 105 y ss.

menores”⁴², sin embargo, estas intenciones fueron cediendo paso a “argumentos relativos a necesidades de prevención del delito y atendiendo al convencimiento de algunos legisladores de que el rigor punitivo, y la mayor simetría entre el Derecho penal de adultos y el de adolescentes, tendrían como resultado la disminución de la delincuencia juvenil”⁴³. Así, por ejemplo, el Senador Alberto Espina señaló entonces que se trataba de un pésimo proyecto de ley, que tenía muchas pifias y defectos y hubo que rehacer la ley prácticamente en su integridad⁴⁴.

Como consecuencia de lo anterior, las reformas al proyecto, introducidas durante su tramitación en el parlamento, “materializaron un importante incremento de la punibilidad, lo que impide realizar una valoración positiva global de la Ley desde la perspectiva de los Derechos Humanos de los niños y adolescentes, pese a que en diversos aspectos se produce un notable avance en relación a la legislación vigente antes de la reforma.”⁴⁵ y de esta forma, al final del día, Chile estableció una normativa de responsabilidad penal adolescente que, a nuestro entender, se aparta de los principios y valores que establece la Convención, de lo que se da cuenta mayormente en la aplicación práctica o doctrina jurisprudencial de la ley 20.084 que de su redacción, es decir, así como sucede en otros países de la región, “existe una importante distancia entre el discurso normativo de los Estados y la realidad que enfrentan los niños, niñas y adolescentes acusados de haber infringido la ley penal”⁴⁶. En efecto, en nuestro país, el argumento del control de la delincuencia juvenil, que también invoca el Mensaje Presidencial, pasó a ser preponderante sobre la adecuación de la legislación interna a la Convención de los

⁴² HORVITZ LENNON, María Inés. “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable” Documento de trabajo N°1 2006, [informes]. Santiago de Chile: Defensoría Penal Pública, 2006, pág. 1.

⁴³ CILLERO, Miguel. “Comentario A La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit.

⁴⁴ CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit. pág. 13. Consultado el 24/12/2012.

⁴⁵ CILLERO, Miguel. “Comentario A La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit.

⁴⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. pág. X. Consultado el 26/12/2012.

Derechos del Niño y de esta forma, la ley 20.084 promulgada como tal y más aún su texto actual, “no tiene mucho que ver con el originalmente elaborado y justificado “desde los derechos”: es formalmente un derecho penal juvenil, pero en continuidad y tremenda semejanza con la vía previa consistente en la aplicación a los adolescentes declarados con discernimiento de derecho penal de adultos atenuado; se basa discursivamente en la CDN, pero a la vez se aparta de ella en varios puntos fundamentales (cuestión que ya había sido señalada por el Comité de Derechos del Niño en febrero del 2007); proclama que la privación de libertad es una medida de último recurso, pero la detención por flagrancia puede durar lo mismo que la detención de adultos (24 horas como tope máximo antes de ser puesto a disposición del juez de garantía), la internación provisoria procede en casos que finalmente no ameritan la aplicación de sanciones privativas de libertad, y éstas últimas pueden llegar a durar 5 años (para personas de 14 y 15) y 10 años (si se trata de adolescentes de 16 y 17 años), con un mínimo de 2 años de régimen cerrado en ciertos casos (innovación de última hora propuesta por el Senador Larraín)”⁴⁷.

Los fundamentos de la ley, que fueron plasmados en el mensaje del entonces Presidente Ricardo Lagos, se pueden resumir en las siguientes ideas:

1. Chile requería adecuar sus leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia a los requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile. De esta forma, “el Presidente Ricardo Lagos, en el Mensaje del Proyecto de Ley (68-347 de 2 de agosto de 2002) plantea, en su primer párrafo, que este Proyecto se inscribe en el marco más amplio de la adecuación de las leyes y políticas de la infancia y adolescencia a los nuevos <<requerimientos jurídicos y

⁴⁷ CORTÉS, Julio. “La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes Dentro de las Transformaciones de Largo Plazo en el Ámbito del Control Social Punitivo” En Revista El Observador N° 5, Edición especial, 2009, pág. 76. http://www.sename.cl/wsename/otros/observador5/el_observador_5__%2057-82.pdf. Última visita: 04/01/13.

sociales y a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile>>”⁴⁸. En este sentido se sostenía que la entonces vigente legislación de menores, en no pocas materias, entraba en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, señalaba el Mensaje Presidencial, directamente vulneraban estos cuerpos jurídicos⁴⁹. "Se da la inconsecuencia, señalaba el Mensaje Presidencial en su párrafo 8, que el sistema penal de menores, nacido para proteger los derechos de los niños, ha terminado por desmedrar su posición jurídica, situación que se ha hecho aún más evidente a partir del perfeccionamiento de la justicia penal de adultos con la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento penal”.

2. A través de la ley 20.084 el Ejecutivo pretendía introducir en Chile, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años, derogando el entonces vigente sistema tutelar.
3. Se pretendió también desterrar la informalidad del sistema tutelar de menores, pues constituía un sistema punitivo de facto, que no se sometía a los controles constitucionales propios del sistema penal formal, y que era fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal, como en el de las garantías sustanciales, ejemplificando aquello en procesos sin forma de juicio; aplicación de medidas sin participación de abogados defensores y dictadas por tiempo indeterminado; sanciones privativas de libertad que vulneran el principio de legalidad a través de la utilización de fórmulas como la irregularidad, los desajustes conductuales

⁴⁸ CILLERO, Miguel. “Comentario A La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit.

⁴⁹ Así lo señala el párrafo 5 del Mensaje N° 68-347 del Presidente de la Republica, de fecha de 2 de Agosto de 2002, con el que Inicia un Proyecto de Ley que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes Por Infracciones a la Ley Penal.

o el peligro material o moral⁵⁰. En otros términos, “el sistema de menores era en el fondo un “sistema penal disfrazado”, que al actuar basado en la idea de tutela, de dar protección, se permitía un funcionamiento discrecional e incluso arbitrario, sin sujetarse a los límites garantistas que tendría en cambio el derecho penal propiamente tal, por lo cual se trataría además de un “sistema penal reforzado”⁵¹.

4. Se sostenía también como crítica, que la legislación entonces vigente, equiparaba el tratamiento jurídico de las infracciones a la ley penal con situaciones de amenaza o vulneración de derechos de los niños, lo que producía una confusión entre la protección de los niños y las medidas sancionatorias y por lo mismo una ineficacia en el control de la delincuencia y por tanto, favorecían la criminalización y estigmatización de los niños que sin haber sido imputados de delito alguno, eran aprehendidos por la policía e incluso ingresados a recintos privativos de libertad para su supuesta protección⁵².
5. Se pensaba entonces en adoptar un sistema que responsabilizase a los adolescentes por los actos delictivos que cometiesen, a través de sanciones adecuadas y proporcionales a los hechos y un amplio marco de políticas sociales que impida toda confusión entre protección de derechos y sanción de actos delictivos. De esta forma se buscaba un combate más efectivo de la delincuencia juvenil ya que se consideraba evidente la preocupación pública por la seguridad ciudadana y además una mayor protección a las víctimas de dicha delincuencia sosteniendo que el sistema procesal penal entonces imperante para menores de edad, no satisfacía tales exigencias de protección⁵³, de lo que es dable concluir entonces que una segunda intencionalidad de la naciente ley 20.084, que pasaría a ser la primera luego de las modificaciones que se le hiciesen

⁵⁰ Mensaje N° 68-347 del Presidente de la República... párrafos 6 y 7.

⁵¹ CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit. Pág. 7. Última consulta: 29/12/12.

⁵² Mensaje N° 68-347 del Presidente de la República... párrafos 9 y 10.

⁵³ Mensaje N° 68-347 del Presidente de la República... párrafos 11, 12 y 13.

durante su tramitación en el parlamento y con reformas legales posteriores, fue ya no sólo ser un instrumento procesal que garantizase los derechos procesales fundamentales de los adolescentes infractores sino que también que la ley fuese una herramienta efectiva y eficaz para combatir la delincuencia juvenil y sus efectos sobre sus víctimas.⁵⁴

1.3.2. Principios consagrados en la Ley N° 20.084.

La Corte IDH ha señalado que respecto de los niños, rigen todas las garantías procesales que resguardan a toda persona pero además, la Corte ha aclarado que los niños deben disfrutar de determinadas garantías específicas en cualquier proceso en el cual esté en juego su libertad o cualquier otro derecho⁵⁵.

Desde la óptica anterior, entonces, la ley 20.084 al hacer aplicable supletoriamente en Código Procesal Penal a su respecto, obviamente incorpora para proteger al adolescente, todo el catálogo de garantías procesales que rigen para los adultos. Así rigen a su respecto, entre otras, las garantías de respeto al principio de legalidad o tipicidad que se traduce en que la ley que tipifica el hecho como delito, debe haber entrado en vigencia con anterioridad a la comisión del mismo. Asimismo reconoce especialmente el principio de la presunción de inocencia; el derecho a la defensa técnica, esto es a tener asistencia jurídica apropiada y a que los cargos le sean formulados oportunamente y sin dilación. También son reconocidos a su respecto, el llamado derecho al juez natural, es decir, a que el niño o niña sea juzgado por un juez imparcial e independiente; el derecho a la doble instancia, esto es, a que la sentencia dictada por el tribunal que conoce del caso el primer término, pueda ser revisada por un tribunal de las mismas características que el primero, en una segunda

⁵⁴ En este sentido ver CORTÉS, Julio. “La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes Dentro de las Transformaciones de Largo Plazo en el Ámbito del Control Social Punitivo” Ob. Cit., pág. 74. Consultado el 02/01/13.

instancia; el derecho a cuestionar la prueba de cargo y a presentar prueba de descargo, el derecho a guardar silencio y en general todas las garantías que el Código Procesal Penal estatuye en sus artículos 93 y 94, según lo dispone el inciso 4 del artículo 31 de la Ley 20.084.

En cuanto a las garantías específicas a las que se refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible mencionar la obligación que tiene el Estado de establecer una edad mínima bajo la cual el niño se considere inimputable criminalmente, fijándola Chile en los 14 años (art. 3 ley 20.084); la prohibición de imponer en contra de un adolescente la pena de muerte o la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, fijando la ley chilena como pena máxima a aplicar a un niño condenado, la de 5 años, si tuviese menos de 16 años y de 10 años, si el adolescente tuviese más de dicha edad;

Como señalamos antes, además de los principios que hemos enumerado en forma general a continuación desarrollaremos in extenso aquellas garantías específicas que recoge o debiese haber recogido nuestra ley de responsabilidad penal adolescente.

a) Especialidad del procedimiento.

Debemos tener en cuenta a este respecto, que un derecho penal adolescente, por su naturaleza, debe estar regido por el interés superior del niño que, como ya vimos, importa su educación, formación socialización y ejercicio de derechos en forma progresiva y esto deriva en la generación o dictación de un derecho penal que, tanto en lo procedimental como en lo sustantivo, cumpla con dichos fines.

En el sentido anterior, la ley N° 20.084 quiso establecer un criterio flexible, a favor del adolescente, en la adjudicación de las sanciones; la posibilidad de dejar sin efecto o

⁵⁵ En este sentido ver COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafos 145 y ss. Consultado el 17/01/2013.

sustituir anticipadamente las sanciones por otras menos severas; facultades de control jurisdiccional de la ejecución que garanticen los derechos del condenado y el cumplimiento efectivo de las sanciones⁵⁶. De esta forma, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente “pretendía ser el inicio de la cuarta fase (*de etapas evolutivas del derecho penal juvenil en Chile*), aplicando este derecho penal juvenil como una forma de control que, a diferencia del derecho tutelar de menores, reconoce la naturaleza “penal” del conflicto planteado por la comisión de infracciones por adolescentes así como de la respuesta estatal al mismo, pero que, a diferencia del derecho penal de adultos atenuado, constituye un sistema penal específico, orientado por la CDN (principalmente sus artículos 37 y 40), con finalidades y formas de intervención muy diferentes a las del sistema penal de adultos.”⁵⁷.

Sin embargo, si bien con la ley se quiso garantizar la existencia de un sistema de justicia especializado que cumpliera con todos los anhelos que señaló en su momento el Mensaje Presidencial, en estricto rigor el sistema que se impuso no creó “una suerte de texto penal de los adolescentes, salvo en asuntos muy acotados; al contrario, rige plenamente el estatuto penal de los adultos y la normativa de los adolescentes no cambia ni muta sus penas, ni sus delitos, ni su forma de participación, ni su desarrollo, lo que hace es construir un marco legal cuyo objeto es morigerar las sanciones generales, no sustituirlas; para luego proceder a efectuar la conversión en relación con la naturaleza de la pena correspondiente a cada caso, pero siempre sujeto a ese contenido mayor que no ha dejado de regir⁵⁸, lo que queda meridianamente claro en las remisiones que hacen los artículos 1 y 27 de la ley 20.084 a la ley penal y procesal penal de adultos. De esta forma, al igual que el profesor BUSTOS creemos que “el derecho penal del adolescente no puede ser un control penal igual al del adulto ni tampoco una subespecie de este, sino que ha de ser autónomo, lo que no significa excluir las garantías propias a todo control penal, esto es, a las relaciones

⁵⁶ Mensaje N° 68-347 del Presidente de la República... párrafo 36.

⁵⁷ CORTÉS, Julio. “La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes Dentro de las Transformaciones de Largo Plazo en el Ámbito del Control Social Punitivo” Ob. Cit. pág. 65. Consultado el 31/12/12.

⁵⁸ SCS, Sala Penal, sentencia de Rol 3498-07 de 21 de agosto de 2007.

entre persona (que lo es tanto el adulto como el niño) y Estado.”⁵⁹, agregando el autor citado que, en razón de las remisiones que legales antes señaladas, nuestra Ley de Responsabilidad Penal Adolescente “no sigue este planteamiento, con lo cual hay en ella una falla conceptual en su origen”. “...es decir, se aplican normas pensadas y dirigidas a los adultos, a los adolescentes⁶⁰”. Estimamos que según lo dispuesto en el artículo 22 de la ley, que hace aplicable a los adolescentes las reglas de determinación de penas del Código Penal, hace más evidente que el legislador no entendió lo que significaba establecer un derecho penal adolescente a la luz de lo establecido en la Convención y del principio del interés superior del niño⁶¹.

En el mismo sentido anterior y más específicamente, en cuanto al procedimiento penal de adolescentes, la Ley N° 20.084 recoge los principios fundamentales del nuevo Código Procesal Penal, estructurándose un procedimiento acusatorio oral, que reconoce el principio de presunción de inocencia, el derecho a la defensa, abre espacios para acuerdos reparatorios entre la víctima y el adolescente imputado y otorga facultades al Ministerio Público para aplicar ampliamente el principio de oportunidad. El principio general de tramitación y procedimiento, entonces, estará dado por el marco regulatorio establecido en el nuevo Código Procesal Penal, con las modificaciones que al respecto establece la Ley, según lo establece el artículo 27 de la misma. En rigor, “el sistema creado por la LRPA es en cierta forma un sistema penal especial, pero a la vez reposa tan fuertemente sobre el sistema penal de adultos que no parece claro que efectivamente se trate de Derecho Penal Juvenil, sino que existe la sospecha de que es más bien una nueva forma de remisión al Derecho Penal de Adultos, con algunas modificaciones que dicen relación con el procedimiento y sobre todo con los tipos de penas o sanciones, su forma de

⁵⁹ BUSTOS, Juan. “Derecho Penal del Niño – Adolescente”. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2007, pág. 24.

⁶⁰ BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 25.

⁶¹ En este sentido, BUSTOS, Juan. Ob. Cit.

determinación, y los derechos y garantías de la fase de ejecución de las mismas”⁶². Dicho de otro modo, “en el ámbito procesal, la ley se mantiene demasiado apegada a las normas generales de enjuiciamiento propias de los adultos, pudiendo haber optado, en cambio, por la creación de un sistema que, otorgando iguales garantías, estuviera dotado de mayor autonomía y especificidad”⁶³.

b) Especialización de los operadores del sistema de justicia penal adolescente

En lo referente al principio de especialización de los operadores del sistema de justicia, consagrado en el artículo 40.3 de la Convención, sostenemos que, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no sólo ha de tener una jurisdicción especializada para el juzgamiento penal de niños, lo que importa que los jueces “deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales⁶⁴” pero también deben estarlo fiscales y defensores públicos, pero además, peritos así como también el personal encargado de la implementación de las medidas ordenadas por los tribunales, incluyendo el personal destinado a supervisar el cumplimiento de las medidas alternativas a la privación de libertad, y personal de las instituciones en las que se mantiene a los niños privados de su libertad y también las policías, y en general, todas las personas que trabajen en relación con el sistema de justicia juvenil. Todos ellos deben tener la misma capacitación y conocimientos con

⁶² CORTÉS, Julio. “La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes Dentro de las Transformaciones de Largo Plazo en el Ámbito del Control Social Punitivo”. Ob. Cit. pág. 66.

http://www.sename.cl/wsename/otros/observador5/el_observador_5__%2057-82.pdf. Consultado el 08/01/2013.

⁶³ CILLERO, Miguel. “Comentario A La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit.

⁶⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafo 84. Consultado el 09/01/2013.

respecto al desarrollo y los derechos humanos de los niños, haciéndose una obligación de los estados diseñar e impulsar procesos y programas de formación y capacitación sistemática e integral para todos los operadores del sistema de justicia juvenil en este sentido, la que debe ser regularmente reforzada⁶⁵.

Estimamos que nuestro país sólo cumple parcialmente con este mandato de la Convención, pues en cuanto a la especialización de los operadores del sistema de justicia, si bien con el correr del tiempo las instituciones que se desempeñan en el ámbito de la justicia penal juvenil, Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública, han ido paulatinamente cumpliendo con la normativa internacional en cuanto a la capacitación y destinación de personal especializado para avocarse a impartir justicia en esta materia, el sistema de enjuiciamiento criminal juvenil sigue construido sobre la base de la aplicación de un derecho penal de adultos atenuado.

En efecto y como decíamos, si bien al inicio de la implementación de la ley 20.044, desde el punto de vista orgánico era posible plantear dudas respecto de la especialización de los operadores del sistema de justicia, las instituciones progresivamente han ido superándolas y si bien es la propia ley 20.084, en su artículo 29, la que autoriza a cualquier juez, fiscal o defensor a intervenir en este tipo de causas, también sostiene dicha norma que ello debe ser en forma excepcional pues la regla general debe ser que los operadores que intervengan en causas relativas a la aplicación de la ley 20.084, deben estar capacitados “en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley”⁶⁶. Es, entonces, en razón de esta excepcionalidad que los operadores de la reforma procesal penal han ido creando

⁶⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, Ob. Cit. párrafos 85 y ss. Consultado el 10/01/2013.

⁶⁶ Inciso primero del artículo 29 de la ley 20.084.

unidades y personal especializado para encargarse de tramitar esta materia y en este sentido, En el Centro de justicia de Santiago opera un sistema de justicia especializado en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, mediante salas especializadas, con jueces capacitados en esta materia, aunque no exclusivos, fiscales y defensores públicos especializados y de dedicación exclusiva, experiencia que se ha replicado en las ciudades más grandes del país, sin embargo, en el resto de Chile, atendido el escaso número de fiscales o jueces, no hay quienes tengan la especialidad; o bien tratándose de lugares donde si los hay, las causas son conocidas por quienes las reciben en el turno, los que generalmente no cuentan con la especialidad⁶⁷.

De esta forma, el Ministerio Público ha ido progresivamente capacitando a algunos fiscales adjuntos y destinándolos exclusivamente a la tramitación de causas relativas a responsabilidad penal de adolescentes pero como se dijo, esta no es una política aplicable en todo el país y ello se refleja incluso en la estructura nacional de la unidad de responsabilidad penal juvenil del Ministerio Público, la que no está destinada únicamente a ver esta materia sino que comparte funciones y personal con la investigación de delitos violentos⁶⁸. De hecho, en un comienzo se contrataron fiscales para que se dedicaran exclusivamente a materias relativas a la ley 20.084, sin embargo, ellos “fueron destinados no solo para esta especialidad, sino también para conocer de los casos de violencia intrafamiliar, los que suponen una mirada completamente distinta desde el punto de vista de persecución penal”⁶⁹.

⁶⁷ En este sentido ver: SANTIBÁÑEZ, María Elena y ALARCÓN, Claudia. “Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de mejoramiento”. En Revista Temas de la Agenda Pública, Año 4, N° 27, junio 2009, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, pág. 3. <http://www.repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/1525/531813.pdf?sequence=1>. Consultado el 11/01/2013.

⁶⁸ http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/fiscaliaNac_unidades_especializadas.jsp. Consultado el 12/01/2013.

⁶⁹ SANTIBÁÑEZ, María Elena y ALARCÓN, Claudia. “Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de mejoramiento”. Ob. Cit. Pág 9.

Respecto del Poder Judicial, la especialización de los jueces ha seguido un camino similar al de los fiscales del Ministerio Público, esto es, la han ido adquiriendo con el tiempo, determinados jueces quienes son los que se abocan a la resolución de las causas relativas a imputados juzgados bajo la ley de responsabilidad penal adolescente, mas no en exclusiva ya que esos mismos jueces conocen causas donde los imputados son adultos.

En cuanto al ámbito de la defensa, entre nosotros, la inmensa mayoría de la defensa de los imputados adolescentes infractores la ejercen abogados y abogadas de la Defensoría Penal Pública, pertenecientes a la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente de dicha institución, cuyos abogados, 50 en todo el país, sólo atienden casos en que los imputados sean menores de edad, dando cumplimiento de esta manera a lo establecido en la Convención en cuanto a la especialización de la defensa, de esta forma existen defensores penales juveniles en todas las regiones de Chile, salvo en la XI y cobertura especializada en casi todas las localidades del país⁷⁰.

Como decíamos, el Estado ha plasmado en la creación del Programa de Defensa Penal juvenil que se implementa a través de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente de la Defensoría Penal Pública, programa que, si bien cumple con esta defensa jurídica obligatoria, gratuita y especializada, tiene graves falencias como por ejemplo, ser un programa transitorio del Ministerio de Justicia⁷¹, el que puede ser terminado o modificado por una sola decisión del Ejecutivo, es anual y hasta ahora se ha ido renovando año a año desde su implementación en el año 2006 por la Defensoría Penal Pública, y la gran rotación de abogados que mantiene dicho programa, debido a las precarias condiciones del vínculo contractual que ellos mantienen con el Estado (a

⁷⁰ http://www.dpp.cl/pag/19/71/oficinas_y_telefonos. Consultada el 14/01/2013.

⁷¹ En este sentido consultar <http://guiaprogramassociales.mideplan.cl/htmls/jus4.html>

honorarios)⁷², lo que hace que todo el esfuerzo que hizo la Defensoría en capacitar defensores juveniles especializados, se diluya con la salida de dichos profesionales capacitados y el ingreso de profesionales nuevos sin capacitación.

El hecho de que no se regularice la situación de la Unidad de Defensa Penal Juvenil, incorporándola a la dotación de la institución y permanezca como programa temporal del Ministerio de Justicia o que, eventualmente en el futuro se termine con él o se licite esta área de la defensa, y de esta forma, se siga contando con defensores precarizados en su vínculo contractual con el Estado⁷³ lo que fomenta la alta rotación de defensores penales juveniles, afectará el ejercicio real del derecho del adolescente infractor a una efectiva defensa jurídica especializada, es decir, truncaría su derecho a defensa en el ámbito que en la doctrina constitucional ha denominado el derecho a la defensa técnica.

c) Intervención penal mínima - desjudicialización

El artículo 40.3 letra b) de la Convención establece como uno de los principios centrales de la misma, el de intervención penal mínima o principio de la desjudicialización, que persigue evitar o reducir al mínimo el contacto del niño con el sistema de justicia penal. De esta forma, “dado que la sanción es un mal (como lo es el proceso), debe emplearse únicamente cuando sea indispensable y en la medida indispensable”⁷⁴.

Este principio es resaltado por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas señalando que: “es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en

⁷² MINISTERIO DE HACIENDA, Informe Final “Evaluación Comprehensiva del Gasto Defensoría Penal Publica”. Ob. Cit. Pág 33. http://www.dipres.gob.cl/574/articles-45312_doc_pdf.pdf. Consultado el 14/01/2013.

⁷³ MINISTERIO DE HACIENDA, Informe Final “Evaluación Comprehensiva del Gasto Defensoría Penal Publica”. Ob. Cit. Pág 23. Consultado el 14/01/2013.

⁷⁴ COUSO, Jaime. “La Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084”. En Revista Justicia y Derechos del Niño N° 11. Unicef, Santiago, 2009, Pág. 219.

relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales [...] Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico [...]/ Al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso.⁷⁵”.

En nuestra ley, la primera manifestación de este principio se encuentra establecida en su artículo 35, que otorga amplias facultades a los fiscales del Ministerio Público para renunciar a la persecución de la responsabilidad por la infracción a la ley penal por parte de un adolescente, mediante la aplicación del principio de oportunidad, cuando considere que ello resulta conveniente para la mejor solución o para la vida futura del imputado.

Sin embargo, no obstante lo dispuesto por la Convención y estipulado expresamente en la ley 20.084, en orden a que el Ministerio Público debe tener mayor proactividad para utilizar el principio de oportunidad, considerando especialmente la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del imputado adolescente, en la práctica ello no ocurre, pues el Ministerio Público, titular único de la salida en comento, ha reducido su aplicación sistemáticamente, quizás presionados por metas de gestión o por la exigencia gubernamental de mayor judicialización de causas, lo que ha sido un hecho público y notorio. En efecto, según el INFORME DE DIAGNOSTICO DE LA IMPLEMENTACION DE LA LEY 20.084 Junio 2007- Marzo 2010, efectuado por el SENAME, existe una notoria reducción por parte del Ministerio Público en la aplicación de la salida alternativa en análisis ya que el año 2008 un 25,5% de los términos

⁷⁵ En este sentido: COUSO, Jaime. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, n. 38, jul. 2012. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000100007&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 16/01/2013.

correspondía a este motivo, en cambio el año 2009 desciende a 17,5% del total de términos⁷⁶.

En el mismo sentido anterior, el profesor BUSTOS, sostiene que “en cuanto a la desjudicialización, no se introdujo la mediación ni el sistema reparatorio y el principio de oportunidad del fiscal en forma muy tímida⁷⁷”, y si bien creemos que el sistema reparatorio puede estar recogido de alguna manera en la remisión que hace la ley al Código Procesal Penal y con ello es factible aplicar los acuerdos reparatorios en el ámbito de la justicia penal adolescente, entendemos también que pudiese avanzarse mucho más allá en este tipo de acuerdos tratándose de menores de edad, como asimismo es factible implementar en Chile un sistema de mediación penal para adolescentes, que es justamente el tema que se aborda en la segunda parte de esta investigación.

d) Principios relativos a la privación de libertad

i) Excepcionalidad de la privación de libertad

La excepcionalidad de la privación de libertad de niños o adolescentes dice relación, en primer término, con que la imposición de condenas o medidas cautelares que importen una privación de libertad del adolescente, debe serlo en el mínimo de los casos posibles, después de haber desechado medidas cautelares o formas de cumplimiento de condena alternativas a la prisión por haberse determinado la inconveniencia de su uso y luego de un cuidadoso estudio, según se desprende de lo dispuesto en la regla 17.1 letra b) de las Reglas de Beijing, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 37 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 26 de la Ley 20.084, la regla 19 de las Reglas de Beijing, y la regla 2 de las Reglas de La Habana.

⁷⁶ INFORME DE DIAGNOSTICO DE LA IMPLEMENTACION DE LA LEY 20.084 Junio 2007- Marzo 2010. Coordinador, Jorge Martínez M. EDIT. SENAME. Año 2010, pág 20. http://www.sename.cl/wsename/otros/rpa/INFORME_LRPA_FINAL.pdf

⁷⁷ BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 26.

Pero la decisión sobre someter a prisión a un adolescente no queda jamás al mero arbitrio del adjudicador sino que existen principios que deben respetarse al determinar una medida que prive de libertad a un menor de edad y en tal sentido el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “para ser legítima, toda sanción privativa de la libertad (o medida cautelar) que se aplique a un niño responsable de infringir una ley penal debe cumplir con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la pena, debe ser aplicada durante el plazo más breve posible y debe garantizar a los niños privados de su libertad de todos sus derechos y protecciones acordes a su edad, sexo y características individuales.”⁷⁸.

Lo anteriormente señalado encuentra su fundamento en el hecho de que “el recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad.”⁷⁹ es decir, la cárcel tiene en los niños y adolescentes, consecuencias que van contra su interés superior, pues ella no rehabilita ni permite la reinserción social de un niño o adolescente, además de favorecer su contagio criminógeno⁸⁰ y si bien los efectos mencionados son generalizables a todos los individuos sometidos a penas de privación de libertad, son de especial importancia en la adolescencia, ya que es un período crítico del desarrollo en los ámbitos cognitivo, emocional y social pues durante esa etapa se desarrolla la capacidad de pensamiento complejo y cognitivamente las percepciones sobre el riesgo son distintas a las de los adultos. Asimismo, los adolescentes están en un período de búsqueda y afirmación de la

⁷⁸ En este sentido: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafo 339. Consultado el 22/01/2013.

⁷⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 10, “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores”, 25 de abril de 2007, párr. 11. http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf. Consultado el 24/01/2013.

⁸⁰ En este sentido, COUSO, Jaime. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”. Ob. Cit. Pág. 309. Consultado el 24/01/2013.

propia identidad, siendo las relaciones con el grupo de pares y el entorno, fuente de valoración y pertenencia⁸¹.

En el mismo sentido, el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, ha dicho que “el encierro siempre resulta nocivo para los adolescentes, porque los priva de su vida familiar, social, educacional y, en definitiva, de la posibilidad de un desarrollo integral. Al ingresar a instituciones que los mantienen reclusos, participan de un sistema que no los identifica, que los trata de manera indiferenciada y que los estigmatiza como delincuentes. Así, se puede esperar que la cárcel produzca un daño a nivel biológico, psicológico y social. Estos efectos se generan por la interrupción en el derecho a la libertad personal, la represión de sus emociones y, en definitiva, la anulación de la identidad”.⁸².

También a este respecto, el Tribunal Constitucional Federal alemán se pronuncia en una sentencia, entregando los motivos por los cuales la privación de libertad es más perjudicial tratándose de adolescentes. Así, señala que “El encarcelamiento tiene en los menores una repercusión de especial calado. Su percepción del tiempo es diferente a la de las personas de más edad. Por lo general sufren más con la separación de su entorno social familiar y al verse abocados a estar solos. Sus personalidades están menos formadas que las de los adultos, y por ello están más abiertos al desarrollo. En consecuencia, esto crea necesidades especiales, oportunidades y amenazas singulares para el desarrollo posterior y una sensibilidad especial hacia el encarcelamiento, así como sensibilidad ante los efectos posiblemente negativos de la implementación de la pena de cárcel...La implementación de la pena de prisión, destinada a reconocer la

⁸¹ En este sentido: COUSO, Jaime. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”. Ob. Cit. Pág. 276 y ss. Consultado el 24/01/2013.

⁸² UNICEF, Documento de trabajo N° 3. “Adolescentes y Sistema Penal: Un desafío para el Sistema Democrático”. Noviembre, 2003. http://www.unicef.cl/archivos_documento/79/infancia3.pdf.

dignidad humana y el principio de proporcionalidad, ha de tomar en cuenta dichas circunstancias (...)"⁸³.

ii) Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad en materia de medidas cautelares privativas de libertad, en el proceso penal de adultos y obviamente también en el marco del proceso de responsabilidad penal adolescente, dice relación con que ellas “deben estar en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga.”⁸⁴. En este sentido, tratándose de la medida cautelar de internación provisoria, la proporcionalidad se manifiesta en que ella no debe ser aplicada si la prognosis de pena a aplicar al adolescente infractor será una que no permita la imposición de una forma de cumplimiento en régimen cerrado o semicerrado. Esto dado el carácter de extrema ratio del derecho penal juvenil que resulta de su apego al principio del interés superior del niño⁸⁵ y por cierto, teniendo presente todo lo que ya se dijo respecto de los efectos perjudiciales del encierro en los menores de edad y sobre todo porque existe norma expresa que así lo ordena, a saber, el artículo 33 de la ley 20.084.

Desde el punto de vista de la pena, el respeto al principio de proporcionalidad se manifiesta en que “la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y gravedad del hecho punible, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas

⁸³ Citado en DÜNKEL, Frieder; VAN ZYL SMIT, Dirk, “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”. En BERRÍOS, Gonzalo. “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”. Revista Política Criminal, Vol. 6, Nº 11 (Junio 2011), págs. 163 a 191. http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A6.pdf. Consultado el 04/02/2013.

⁸⁴ HORWITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno”. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo I, págs. 353.

⁸⁵ En este sentido ver BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 26.

necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención⁸⁶ y esto porque para aplicar una pena privativa de libertad a un menor de edad debe tomarse en cuenta el mayor impacto que en ellos tiene este tipo de penas y en consecuencia, aplicar a los adolescentes iguales penas que a los adultos será desproporcionadamente más severo para aquellos⁸⁷.

Finalmente, la aplicación del principio de proporcionalidad también importa que “entre las distintas sanciones privativas de libertad, debe elegirse aquella que respete el principio de mínima intervención”⁸⁸.

iii) **Aplicación de la medida cautelar o condena privativa de libertad, por el menor plazo posible.**

Este principio importa que la decisión de aplicar una pena o medida cautelar privativa de libertad a un niño o adolescente, debe ser tomada asegurándose que esta medida tenga un plazo máximo de duración razonablemente breve y esto porque los largos tiempos de reclusión impiden que se cumpla con los objetivos de la justicia penal juvenil, en razón de los efectos negativos que tiene la privación de libertad, sobre todo en niños y adolescentes. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “las penas excesivamente largas en el caso de personas menores de edad atentan contra el principio de brevedad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y contra las protecciones especiales a las cuales los Estados se encuentran

⁸⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 10. Ob. Cit. párr. 71. Consultado el 28/01/2013.

⁸⁷ En este sentido, COUSO, Jaime. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”. Ob. Cit. Pág. 309. Consultado el 28/01/2013.

⁸⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafo 351. Consultado el 28/01/2013.

comprometidos⁸⁹”. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “los niños, niñas y adolescentes deben ser tratados de forma coherente con la “promoción de su dignidad, los objetivos de la justicia juvenil y las obligaciones especiales del Estado de respetar y garantizar sus derechos, de forma que se elimine toda forma de castigo corporal o sanción que atente contra su integridad personal e impida su reintegración de forma constructiva dentro de la sociedad...”⁹⁰. En el mismo sentido, el profesor BUSTOS, sostiene que “el aspecto prioritario y reforzador del interés superior implica que la restricción de los derechos ha de ser en forma muy limitada y excepcional. Es por eso que la pena privativa de libertad sólo tiene que aplicarse en casos sumamente graves y además muy limitada en el tiempo y no ha de impedir el ejercicio de ninguno de los demás derechos del niño.”⁹¹.

En materia penal sustantiva, la exigencia de la mayor brevedad posible de la privación de libertad se expresa, primeramente, en que las sanciones que se impongan deben quedar fijadas en la menor extensión posible, derivándose esto de la especial protección de los adolescentes frente a los efectos negativos de la privación de libertad y no de la simple aplicación del principio de culpabilidad disminuida, por lo que siempre será posible rebajarla aún más allá de la pena resultante de la rebaja a una cuantía inferior a la que correspondería a un adulto en razón del principio de culpabilidad disminuida del adolescente, de ser necesario para impedir perjuicios en su desarrollo y derechos.

⁸⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafo 370. Consultado el 01/02/2013.

⁹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafo 363. Consultado el 01/02/2013.

⁹¹ BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 22.

En segundo lugar, este principio se expresa en el ámbito de la ejecución de las condenas pues en este aspecto el deber de los estados es promover que el adolescente que cumple una condena en un sistema cerrado, es decir, privado de su libertad, avance progresivamente en la recuperación de su vida en el medio libre, lo antes que sea posible, con miras a dar un término anticipado a la pena privativa de libertad, tal como lo dispone la Regla 28 de las Reglas de Beijing⁹².

En cuanto a la consideración de la privación de la libertad de un adolescente como medida de *extrema ratio* y en consecuencia, la aplicación excepcional de la misma, si bien las cifras de los tres primeros años muestran que en nuestro país el número de jóvenes sometidos a la medida cautelar de internación provisional venía disminuyendo de año en año, pues las cifras de jóvenes en internación provisoria fueron de un 8,6% durante el año 2007, un 8,5% durante 2008 y un 7,5% durante 2009, el primer semestre de 2010 dio cuenta de un crecimiento explosivo de jóvenes internados provisionalmente pues a junio de dicho año la cifra alcanzó al 12,5%.⁹³ Asimismo, en cuanto al principio de proporcionalidad, las mismas cifras muestran que en nuestro país, la institución de la internación provisoria se ha utilizado de manera excesiva⁹⁴ pues, según cifras de la Defensoría Penal Pública, el año 2009, “más del 65% de los imputados que estuvieron en internación provisoria, fueron finalmente sancionados a cumplir una pena en el medio libre (sancionado sin privación de libertad) o se dio término a su causa por salida alternativa, sobreseimiento, algún término facultativo de la Fiscalía u otras

⁹² En este sentido ver COUSO, Jaime. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”. Ob. Cit. Pág. 314. Consultado el 01/02/2013.

⁹³ BERRÍOS, Gonzalo y VIAL, Luis. “3 Años de Vigencia, Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente”. Defensoría Penal Pública – UNICEF., Santiago, 2011, Pág. 15. http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/349/INFORME%203%20anos%20RPA.pdf Consultado el 04/02/2013.

⁹⁴ En este sentido ver: CORPORACIÓN OPCIÓN. “A 5 Años de la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal de los Adolescentes (LRPA)”. Julio 2012, Pág. 4. http://www.opcion.cl/descargas/Opcion_5agnosdeLRPA.pdf. Consultado el 04/02/2013.

formas de ponerle fin a una causa”⁹⁵. Igual cosa ocurre con el principio que sostiene que la medida cautelar privativa de libertad debe prolongarse por el menor tiempo posible pues en el período que va entre los años 2007 a 2010 aumentó en forma importante el tiempo promedio de duración de la internación provisoria, a saber, en 37,8 días, esto es, a una tasa de crecimiento de 46,5%, siendo que la tasa de tiempo promedio en que aumentó el tiempo en que adultos estuvieron en prisión preventiva fue de 30,6%⁹⁶.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto es claro que los jueces, en general, aplican la medida de internación provisoria aún haciendo la prognosis de que el adolescente, en caso de ser condenado, cumplirá su pena bajo un régimen de libertad asistida, simple o especial, con lo que Chile está en posición de incumplimiento de los tratados internacionales pues, en todos aquellos casos en que se ha decretado la internación provisoria de un menor de edad y que posteriormente se le ha condenado a una pena no privativa de libertad, se ha vulnerado lo dispuesto en el art. 37 de la Convención en su letra b). Sin embargo, esta crítica no sólo debe recaer sobre jueces sino que también sobre el Ministerio Público quienes son los que solicitan se aplique la medida cautelar de internación provisoria, a sabiendas de que el adolescente puede ser condenado a una pena no privativa de libertad estando obligados a lo solicitarla al ser dicha medida de extrema ratio y por aplicación de los artículos 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 5 inciso 2º y 6 de la Constitución Política de la República y artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que da cuenta del principio de objetividad que rige a dicho organismo.

De otro lado, en cuanto a las condenas a penas privativas de libertad a adolescentes, nuestro país ha sido criticado por la elevada cuantía de éstas que establece la ley en razón del incumplimiento de la norma de la Convención que exige que la privación de libertad debe ser por el menor tiempo posible. Así, el Comité de los

⁹⁵ BERRÍOS, Gonzalo y VIAL, Luis. Ob. Cit. Pág. 17.

⁹⁶ En este sentido ver BERRÍOS, Gonzalo y VIAL, Luis. Ob. Cit. Pág. 16.

Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en las Observaciones finales a los informes presentados por Chile el año 2007 a dicho comité al tenor de lo dispuesto en el art. 44 de la Convención, ya señalaba lo siguiente: “...Al Comité le preocupa que la nueva legislación de justicia de menores permita privar de libertad hasta un máximo de 5 años a los adolescentes de entre 14 y 16 años...”⁹⁷ recomendando a nuestro país “...que armonice plenamente el sistema de justicia de menores, y en particular la nueva legislación antes de que entre en vigor, con la Convención, especialmente los artículos 37, 40 y 39. También debe ser consonante con otras normas de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal y las recomendaciones de la Observación general N° 10 del Comité (CRC/C/GC/10) sobre los derechos del niño en la justicia de menores. A este respecto, el Comité recomienda en particular al Estado Parte que: “...b) Vele porque la privación de libertad sea una medida impuesta como último recurso. En tal caso los locales y condiciones de detención deberán ajustarse a las normas internacionales.”⁹⁸.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado su preocupación por el caso chileno en razón de las penas privativas de libertad excesivamente largas que establece para niños y adolescentes las que, a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atentan contra el principio de brevedad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y contra las protecciones

⁹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones Finales al Segundo Informe Periódico de Chile (CRC/C/CHL/CO/3), 23 de abril de 2007, párrafo 71. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.CHL.CO.3.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.CHL.CO.3.Sp?OpenDocument). Consultado el 06/02/2013.

⁹⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones Finales al Segundo Informe Periódico de Chile. Ob. Cit. párrafo 72. Consultado el 06/02/2013.

especiales a las cuales los Estados se encuentran comprometidos, además de resultar incompatibles con los objetivos de las penas de la justicia juvenil⁹⁹.

Al respecto, parte de la doctrina, con la que concordamos, ha señalado que nuestro legislador habría optado por desconocer el mandato de la Convención para así favorecer fines disuasivos, retributivos y de control de las penas establecidas. Ello por cuanto, como señaló el Senador Espina en su momento refiriéndose a la ley de responsabilidad penal adolescente, “era una iniciativa legal que facilitaba mucho más la libertad de los delincuentes juveniles, en vez de poner normas más claras, rígidas y dándole siempre la oportunidad a un joven de rehabilitarse”¹⁰⁰. Estos comentarios al proyecto de ley de responsabilidad penal adolescente presentado por el gobierno, fueron hechos en el marco de una indicación efectuada por el Senador Carlos Larraín y que propuso elevar la pena máxima de reclusión a imponer a un adolescente a 5 años si el joven tiene 14 ó 15 años y a 10 años si tiene entre 16 ó 17 años y en tal sentido se dijo que, al establecer estos nuevos guarismos, “predominaron criterios tales como el supuesto aumento de la criminalidad adolescente, la necesidad de dar señales duras, y la gran mentira relativa a la “impunidad” que prevalecería según algunos en la realidad nacional. Además, persiste de manera muy insistente la creencia de que el encarcelamiento de menores de edad no es propiamente carcelario, sino que se echa mano de los mitos relativos a la necesidad de “rehabilitación”, para justificar 10 años de encierro....Una vez más se comprueba que resulta más cómodo justificar el peso de la represión sobre un individuo alegando nobles intenciones antes que reconocer la brutalidad intrínseca a tal determinación.”¹⁰¹.

⁹⁹ En este sentido ver COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafos 369 y 370. Consultado el 06/02/2013.

¹⁰⁰ CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit. pág. 13 Consultado el 06/02/2013.

¹⁰¹ CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. Ob. Cit. pág. 18 Consultado el 06/02/2013.

En el mismo sentido, el profesor CILLERO ha sostenido que “La virtud de una ley penal juvenil es resolver armónicamente las contradicciones entre libertad, seguridad y protección al desarrollo e integración social de los adolescentes. Para ello es necesario consistencia entre los fines de la intervención que se proclaman y los medios -las sanciones- que se disponen para el cumplimiento de dichos fines. En este sentido, resulta impropio que una sanción privativa de libertad -que puede llegar hasta los 10 años- se pretenda fundamentar en los supuestos efectos resocializadores.

Si el legislador contrariando disposiciones expresas de los tratados internacionales, fija penas de esa magnitud, debería haber expresado directamente la prioridad de los fines disuasivos, retributivos y de control de las sanciones establecidas, sin pretender revestir su decisión de finalidades educativas o “responsabilizadoras” que, en la práctica, no son compatibles con la extensión y forma de determinación de sanciones que establece la Ley.”.

En cuanto a las cifras de adolescentes condenados a penas privativas de libertad, ellas también dan cuenta de un incumplimiento en el principio de excepcionalidad y de duración al menor tiempo posible de la medida. En efecto y si bien entre los años 2008 y 2010 la cantidad de adolescentes imputados por los delitos de robo con intimidación y robo con violencia cayó año a año, el número de condenados a internación en régimen cerrado por estos delitos tuvo un aumento sostenido¹⁰².

Además de lo anterior, existe todavía otra área dentro de las sanciones, respecto de la que es posible sostener que Chile ha incumplido con su obligación internacional relativa a que las penas privativas de libertad para los adolescentes, deben extenderse por el menor tiempo posible y este es el ámbito del cumplimiento de las condenas y su

¹⁰² En este sentido ver COUSO SALAS, Jaime. “Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile: Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva”. *Rev. derecho (Valdivia)*, Valdivia, v. 25, n. 1, jul. 2012. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100007&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 07/002/ 2013.

término anticipado, lo que autoriza expresamente la Ley 20.084. Así, los artículos 53 y 54 de la ley, permiten sustituir una condena actualmente en ejecución por una pena menos gravosa, en la medida que sea más favorable para la integración social del adolescente condenado y esto siguiendo lo que dispone la regla 28 de las reglas de Beijing que señala: “[l]a autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible”, añadiendo el comentario oficial de dicha regla, que: “[...]cuando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el menor cumpla toda la pena [...]”¹⁰³.

Según cifras de la Defensoría Penal Pública, del total de imputados sancionados en 3 años de la LRPA (2007 a 2009) sólo se sustituyó la condena a 439 adolescente, que corresponden al 1,2% del total de adolescentes condenados en dicho período¹⁰⁴.

Asimismo, el artículo 55 de la Ley permite, en casos calificados, remitir el cumplimiento del saldo de la pena siempre que el tribunal estime que la condena cumplió su objetivo respecto del adolescente condenado.

De acuerdo a las cifras de la Defensoría Penal Pública, el período de 3 años ya señalado, sólo 191 adolescentes condenados fueron beneficiados con la remisión de su condena¹⁰⁵.

Finalmente, otro tema preocupante respecto del punto en análisis y que preocupa también a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es que “existe una gran proporción de niños que son detenidos por las autoridades policiales sin que ello implique

¹⁰³ COUSO, Jaime. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”. Ob. Cit. Pág. 314. Consultado el 01/02/2013.

¹⁰⁴ BERRÍOS, Gonzalo y VIAL, Luis. Ob. Cit. Pág. 32.

¹⁰⁵ BERRÍOS, Gonzalo y VIAL, Luis. Ob. Cit. Pág. 33.

un procedimiento posterior, Más aún, la detención no es sólo utilizada para casos de delitos flagrantes sino también para enfrentar situaciones como el ausentismo escolar, la fuga del hogar, niños de la calle, entre otros.¹⁰⁶. En el caso específico de nuestro país se ha usado por la autoridad como medio de reprimir manifestaciones ciudadanas. Así, por ejemplo, en la marcha estudiantil de 4 de agosto de 2011 en Santiago, fueron detenidos 874 jóvenes¹⁰⁷ de los cuales sólo 31 fueron llevados ante un juez de garantía para que su detención fuese controlada e imputándoseles por el Ministerio Público algún delito. El resto fue liberado sin cargos desde los respectivos cuarteles policiales¹⁰⁸.

¹⁰⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, párrafo 78. Consultado el 21/01/2013.

¹⁰⁷ Fuente: <http://www.biobiochile.cl/2011/08/05/874-detenidos-y-90-carabineros-heridos-dejan-protestas-estudiantiles-segun-balance-de-gobierno.shtml>

¹⁰⁸ OBSERVADORES DE DERECHOS HUMANOS. Informe “Violencia Policial en Chile. Período Agosto a Octubre de 2011”. Pág. 18. http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/odh_-_informe_periodo_agosto_-_octubre_2011.pdf. Consultado el 21/01/2013.

1.3.3. Régimen de Sanciones.

Siguiendo con el análisis de los puntos, a nuestro juicio, más relevantes de la ley 20.084, corresponde a continuación ver el régimen de sanciones de la mencionada normativa, lo que haremos desde un punto de vista general y sin entrar al detalle de cada una de las sanciones descritas en los artículos 6 a 18 y 23 de la ley.

La ley de Responsabilidad Penal Adolescente sostiene que las sanciones contenidas en ella tienen por finalidad hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de manera tal que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social¹⁰⁹ y según esta idea, en principio podría concluirse que la ley 20.084 se ajusta a los principios y exigencias de la Convención de Derechos del Niño en cuanto al régimen sancionatorio y de responsabilidad juvenil plasmado en dicho instrumento. Sin embargo, un análisis sistemático de la ley lleva necesariamente a sostener que, en cambio, se dista mucho de aquello.

En efecto, en primer término la Convención impone a los Estados parte la obligación de privilegiar las sanciones no privativas de libertad y si bien es cierto que nuestra ley contempla este tipo de penas, no es menos cierto que las penas privativas de libertad, totales o parciales, contemplan una aplicación extensiva, incluso para infracciones menores. Así, “conforme al artículo 23 N° 1 LRPA el tribunal, si el marco penal es de crimen, **deberá** imponer la pena de internamiento en régimen cerrado, o bien, semicerrado, según el N° 2; si la sanción es de 3 años y 1 día a 5 años, **podrá** imponer la pena de internamiento en régimen cerrado o semicerrado; y de acuerdo con los N°s 3 y 4, **podrá** imponer la pena de régimen semicerrado si la sanción es de quinientos cuarenta y un días a tres años, o de sesenta y un días a quinientos cuarenta días respectivamente”¹¹⁰. Si bien

¹⁰⁹ Artículo 20 de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

¹¹⁰ Bustos, Juan. Ob. Cit. Pág. 47.

podría alegarse que, en rigor, en nuestro país no se abusa de las penas privativas de libertad tratándose de menores de edad pues la ley otorga al juez la facultad de elegir entre las medidas privativas de libertad y otras que no lo son, lo cierto es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a los Estados parte que adopten leyes para limitar la discrecionalidad de los juzgadores en la imposición de sanciones penales y especialmente penas privativas de la libertad conforme al principio de excepcionalidad¹¹¹ y en Chile, como vimos, ocurre justamente lo contrario e incluso hay situaciones en que el juez está obligado a aplicar la pena privativa de libertad e incluso, tratándose de penas inferiores también debe aplicarse tratándose de adolescentes reincidentes. En efecto, tratándose de penas de crimen, la Ley 20.084 fue modificada en su oportunidad por el Congreso Nacional, mediante la ley 20.191 y en especial a través de una indicación presentada por el Senador Hernán Larraín en el sentido de que en caso de penas de 5 años y 1 día hacia arriba el adolescente debía siempre permanecer en régimen cerrado al menos dos años antes de aplicar el régimen semicerrado, moción que quedó plasmada en el artículo 19 de la ley y teniendo por objetivo el que “los crímenes más atroces cometidos por jóvenes sean siempre sancionados con una pena privativa de libertad”, según declara su autor¹¹².

De otro lado, también para determinar el verdadero sentido de las sanciones de la ley 20.084 hay que tener en cuenta los límites de penas establecidos por el artículo 18 de la ley 20.084 y que fueron modificados en la discusión seguida ante el Congreso¹¹³.

Todo lo anterior da a la ley 20.084 un sentido contrario a aquel que la Convención espera respecto de la responsabilidad penal de los adolescentes. Así,

¹¹¹ En este sentido: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Ob. Cit. párrafos 349. Consultado el 07/02/2013.

¹¹² En este sentido: Historia de la Ley 20.191. Biblioteca del Congreso Nacional. En <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20191/HL20191.pdf>> Consultado el 21/02/2013, págs. 19 y ss.

¹¹³ En este sentido: Historia de la Ley 20.084. Biblioteca del Congreso Nacional. En <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>> pág. 641. Consultado el 21/02/2013.

estimamos que “lo que la ley (20.084) persigue, fuera de un afán populista de dar respuesta a los requerimientos de la ciudadanía frente al supuesto aumento de la delincuencia juvenil, es desincentivar por la vía del miedo o coacción psicológica la comisión de delitos por parte del adolescente¹¹⁴”, es decir, se observan en la normativa analizada, “finalidades de prevención general e inocuización, pues sólo ello podría explicar la ampliación de las penas privativas de libertad hasta 10 años¹¹⁵” y de ninguna forma los fines que la ley declara buscar, lo que implica utilizar el Derecho Penal como *prima ratio*, contrariando el principio de intervención mínima¹¹⁶.

De otra parte, como ya vimos, la cárcel produce un efecto desocializador y considerando que la ley 20.084 hace abuso de las penas privativas de libertad, no se cumple con el objetivo de fomentar una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. Es más, esta finalidad suele utilizarse para restringir la libertad de los adolescentes infractores o para imponer más de una pena en su contra, tal como lo autoriza el artículo 25 de la Ley 20.084, norma que violenta el principio *ne bis in idem*¹¹⁷.

En efecto, el Ministerio Público el año 2007 establecía, en el instructivo N° 8 de la ley 20.084, que los informes sobre la situación familiar del adolescente, pueden ser una pauta para hacer una prognosis del éxito de una intervención resocializadora en libertad y si dicho informe da cuenta de que el adolescente carece de red de apoyo familiar o ésta es disfuncional puede anticiparse que, de acuerdo a la Fiscalía Nacional, será más difícil lograr los fines socioeducativos con una sanción no privativa de libertad. Así, señala el documento citado, “frente a la penalización de un simple delito de menor gravedad en que la disyuntiva se plantee entre dos penas no privativas de libertad, como la libertad asistida y los servicios en beneficio de la comunidad, una familia disfuncional podrá desaconsejar la

¹¹⁴ VILLEGAS, Myrna y FRIEDMAN, Loreley. “Responsabilidad Penal Adolescente. Delinquentes Juveniles”. Editorial El Jurista, Santiago de Chile, 2010, pág. 47.

¹¹⁵ CERDA, Mónica y CERDA, Rodrigo. Ob. Cit. Pág. 83.

¹¹⁶ En este sentido, VILLEGAS, Myrna y FRIEDMAN, Loreley. Ob. Cit. Pág. 66.

primera y recomendar una intervención más directa sobre el adolescente, sin vinculación con su grupo familiar, como ocurriría con la segunda”¹¹⁸. Asimismo, la Fiscalía Nacional, mediante instructivo N° 10 de la ley 20.084, ordena a los fiscales, ante la solicitud de la defensa de suspender los efectos de la codena de acuerdo al artículo 41 de la ley, “oponerse a que se suspenda el cumplimiento de la pena cuando se aplique pena privativa o restrictiva de libertad, basándose los fiscales en los mismos fundamentos que los han llevado a pedir esa sanción y por los cuales se ha impuesto. Por ello, deberán solicitar su cumplimiento efectivo, atendido que la suspensión desvirtuaría la finalidad socioeducativa de la pena perseguida por la ley, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la misma.”¹¹⁹. La misma instrucción se repite en un oficio de la fiscalía nacional del año 2009¹²⁰.

En el mismo sentido anterior, una sentencia del Tribunal Oral de Puente Alto sostuvo que “[...] se vislumbra que la sanción más idónea para fortalecer el respeto del acusado por los derechos y libertades de la personas y su necesidad de desarrollo en integración social, es que se mantenga en un régimen privativo de libertad, dando cuenta dichos documentos que ha tenido un gran logro en cuanto a estudios se refiere y un muy buen comportamiento, por lo que se hace necesario que continúe en dicha senda y así pueda avanzar en su escolaridad, cuya duración del régimen cerrado se regulará en la parte resolutive”¹²¹.

Como señala el profesor COUSO, “una lectura de la LRPA fiel a sus objetivos y a los principios constitucionales y de derecho internacional que la gobiernan debe conducir a aplicar sus instituciones y normas con una orientación de política criminal minimalista, de

¹¹⁷ En este sentido VILLEGAS, Myrna y FRIEDMAN, Loreley. Ob. Cit. Pág. 71.

¹¹⁸ Oficio Fiscalía Nacional N° 594 de 2 de Mayo de 2007, acápite 3.1 letra b).

¹¹⁹ Oficio Fiscalía Nacional N° 648 de 9 de Mayo de 2007, acápite I, parte final.

¹²⁰ Oficio Fiscalía Nacional N° 483 de 18 de agosto de 2009, apartado 1.13.3.

¹²¹ Sentencia del TOP Puente Alto, causa RIT 241 (considerando decimoquinto). Citado por COUSO SALAS, Jaime. “Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile: Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva”. Ob. Cit. Consultado el 22/02/2013.

acuerdo con el modelo del Derecho penal mínimo de adolescentes. Sin embargo, no siempre el tenor literal de la LRPA garantiza que sus instituciones y normas sean aplicadas precisamente con esa orientación: es perfectamente posible (si bien abandonando algunos principios explícitos de la misma) emplear la LRPA desde la perspectiva de un maximalismo punitivo¹²² y en consecuencia, para ceñirse a la Convención y a los tratados de derechos humanos, recomendaciones y principios impartidos en esta materia, debemos sostener que las sanciones no pueden ser un medio para alcanzar la resocialización de un adolescente pues el ideal educativo o resocializador debe usarse sólo como argumento limitador de la pena, lo que se expresa en las siguientes posibles formas de aplicación: la primera como argumento para evitar la intervención penal, no permitiendo el contacto del adolescente con la justicia y sus instituciones, opción que debe ser la primera prioridad al menos en lo que respecta a la criminalidad más leve a través de lo que en nuestra legislación corresponde a la aplicación del principio de oportunidad o la decisión de no perseverar en la investigación aplicada por el ministerio público; la segunda es como instrumento orientado a la despenalización con la finalidad de derivar el caso a servicios sociales o de protección a la infancia y la familia con la correspondiente terapia en caso de ser necesaria, lo que en nuestra legislación corresponde a la suspensión condicional del procedimiento; la tercera es procurar un entendimiento entre el adolescente autor y la víctima, lo que conocemos como acuerdo reparatorio; la cuarta es optar prioritariamente, en la medida de lo posible, por imponer una medida o sanción cuyo cumplimiento sea en el medio libre por sobre aquellas que importen privación de libertad; y la quinta para el caso de haber sido aplicada una medida o sanción privativa de libertad, instar que ella sea impuesta como último recurso y por el menor tiempo posible, y buscando desde luego, la posibilidad de revertirla y sustituirla por alguna que pueda cumplirse en forma ambulatoria¹²³. En el mismo sentido anterior el profesor CILLERO sostiene que, siguiendo la evolución del derecho pena general dada por la mayor aceptación de las teorías relativas

¹²² COUSO, Jaime. "La Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084. Ob. Cit. pág. 243.

¹²³ En este sentido: COUSO, Jaime. "Principio Educativo y (Re)socialización en el Derecho Penal Juvenil". En Revista Justicia y Derechos del Niño N° 8. Unicef, Santiago, 2006, págs. 60 y ss.

de la pena, el derecho penal de adolescentes ha pasado progresivamente “desde concepciones basadas casi exclusivamente en criterios preventivos y peligrosistas, hacia consideración de respuestas proporcionales que tienden, por una parte, a dar respuestas más duras ante las infracciones penales cometidas por adolescentes, pero también a limitar la extensión o intensidad de la respuesta preventiva por razones de proporcionalidad, impidiendo reacciones excesivas fundadas en la necesidad de educación o prevención”¹²⁴.

1.3.4. Uso de los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad en procesos de la misma persona como mayor de edad.

Finalmente, hemos creído necesario abordar en esta primera parte otro punto de la ley que ha resultado controversial y en el cual ha habido un extenso debate en tribunales, el que recientemente la Corte Suprema ha zanjado en forma correcta a nuestro juicio, uniformando la hasta ahora variopinta jurisprudencia existente que abarcaba incluso fallos de dicho Excmo. Tribunal que, aplicando literalmente lo dispuesto en el artículo 59 de la ley 20.084 que señala que los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para fines de “comprobar la reincidencia de los imputados¹²⁵”, hacía procedente que se invocasen estas anotaciones en el registro especial de condenas de adolescentes, en juicios del mismo imputado como mayor de edad a efectos de configurar las agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal.

¹²⁴ CILLERO, Miguel. “Proporcionalidad y Fines de la Sanción Penal de Adolescentes: Consideraciones para la Aplicación del Criterio de Idoneidad de la Sanción”. En Revista Informes en Derecho: Estudios de Derecho Penal Juvenil I. Edit. Defensoría Penal Pública, N° 5, Santiago, Noviembre 2009, págs. 137 a 171.

¹²⁵ Artículo 2 inciso primero del Decreto Ley N° 645 del año 1925.

Sin embargo, como decíamos, la jurisprudencia a este respecto ha estado dividida a tal punto que se recurrió de nulidad ante la Corte Suprema para que dirimir el asunto invocando la causal de existir fallos contradictorios. Así, se han dictado múltiples fallos sosteniendo la postura ya relatada, es decir, que las anotaciones de los adolescentes en los registros especiales de condenas de la ley 20.084 deben ser consideradas en los procesos que tenga la misma persona en tanto adulto para efectos de acreditar reincidencia, no obstante la recomendación de las Reglas de Beijing en orden a que “los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”¹²⁶. Este razonamiento se ha fundado en que las llamadas Reglas de Beijing no contendrían un derecho directamente reclamable en el orden interno, ya que se trataría de una norma internacional de carácter programático que sólo es una recomendación para los Estados miembros de la O.N.U., y al ser adoptadas por un acuerdo de la Asamblea General de la ONU, en su Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, no pueden ser consideradas como un instrumento internacional ratificado por Chile y que se encuentre vigente, toda vez que no ha cumplido con los procedimientos para incorporarse a nuestra legislación interna¹²⁷.

Otra buena parte de la jurisprudencia ha sostenido que los Tribunales de Justicia en su calidad de órganos del Estado, están llamados, por mandato constitucional a respetar y promover los derechos esenciales, que entre otras fuentes, se encuentren consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En este sentido, la sentencia invoca el artículo 5° de la Constitución como fuente de derecho humanitario interno de rango constitucional, el que nos remite a las “Reglas de Beijing”, toda vez que en el propio Mensaje del Código Procesal Penal, cuerpo legal que marca el inicio de la adecuación de nuestras normas de enjuiciamiento

¹²⁶ Regla 21.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores.

¹²⁷ Sentencia Corte Apelaciones de Santiago, Rol 2520-2010 de 10 de Enero de 2011, considerando 5°.

a los tratados internacionales que Chile ha suscrito, se refiere en diferentes párrafos que se ha tenido como fuentes de dicho cuerpo normativo, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de derechos Humanos que obligan al país. Es por lo anterior que estableciendo el Pacto de San José de Costa Rica, en su “Artículo 8.1 de Garantías Judiciales, el que todas las personas tienen derecho a ser oída con las debidas garantías...” y estimándose que conforme al artículo 29 letra d) de dicho Pacto, la exclusión de los registros prontuarios anteriores son una garantía mínima de un proceso judicial, por estar consagrado en las Normas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que en cuanto referidas al enjuiciamiento de un grupo especial de civiles, como lo son los menores, es una norma análoga o de la misma naturaleza que el Pacto de San José de Costa Rica, puesto que tiende a entregar criterios esenciales y mínimos para asegurar una justicia de menores que “contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad” (1.4 Reglas mínimas de Beijing), estos registros, no se pueden considerar. De esa forma, no podría sostenerse que en nuestro país los registros penales de los adolescentes pudieran utilizarse en procesos de ese mismo sujeto como adulto, sin violentar, la regla 21.2 Mínima para la Administración de Justicia de Menores¹²⁸.

Por su parte, la Corte Suprema, resolviendo un recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia RIT N° 393-2012, RUC N° 1100881502-1 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, por la causal del artículo 373 letra b), en relación al inciso tercero del artículo 376, ambos del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, relacionado con una materia en que existen diversas interpretaciones manifestadas por tribunales superiores de justicia¹²⁹ sostuvo en voto dividido y en cuanto a la aplicación de las “Reglas de Beijing”, que el artículo 2° de la Ley N° 20.084 señala en su inciso

¹²⁸ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle de fecha 12 de febrero de 2011, rol 3-2011, considerando décimo tercero.

¹²⁹ SCS rol 7364-2012 de fecha 4 de Diciembre de 2012.

segundo que en su aplicación, las autoridades nacionales deben tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidas en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, no estando las citadas directrices o recomendaciones, aún incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico porque no han sido aprobadas como convención ni tratado internacional por Chile, de manera tal que no son vinculantes. Agregó el fallo que las directrices invocadas, que datan de 1985, fueron conocidas por el legislador nacional al momento de promulgarse la Ley N° 20.084 de 2005, de forma tal que al consignarse expresamente la procedencia de las agravantes en la determinación de la penas y en particular de la de la reincidencia, son una clara manifestación del parecer legislativo a reconocer su plena vigencia¹³⁰.

Contrariamente a lo sostenido por la Corte Suprema en diciembre de 2012, estimamos que las Reglas de Beijing son plenamente aplicables entre nosotros y constituyen normas que deben ser consideradas por el Estado de Chile al resolver asuntos relativos a la responsabilidad penal adolescente, al igual que las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil o “Directrices de Riad” y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad o “Reglas de La Habana”, por lo que la norma en análisis, esto es, la del artículo 59 de la Ley 20.084 que permite utilizar antecedentes del registro especial de condenas de menores de edad para los efectos de determinar la reincidencia del adolescente imputado, no pueden utilizarse en procesos de la misma persona en tanto adulto en razón de lo dispuesto en la regla 21.2 de las Reglas de Beijing. Los argumentos para sostener lo anterior son los siguientes:

¹³⁰ SCS rol 7364-2012 de fecha 4 de Diciembre de 2012, considerandos decimotercero y decimocuarto.

- i. Las denominadas Reglas de Beijing, constituyen lo que en doctrina de derecho internacional humanitario se denomina “soft law”, y que cada día van adquiriendo más fuerza vinculante, pues desarrollan con amplitud derechos garantizados en los tratados y convenciones y son utilizados por los órganos internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, e incluso por la jurisprudencia comparada, como instrumentos de interpretación de dichos tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que recurre a obligaciones desarrolladas en varios instrumentos no vinculantes, a fin de interpretar el contenido y alcance de disposiciones convencionales, entre ellos tuvo en cuenta las obligaciones impuestas por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹³¹. Este mismo criterio fue reiterado por el Comité de Derechos del Niño señalando que: “el derecho a la vida privada también significa que los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros, excepto por las personas que participen directamente en la investigación y resolución del caso. Con miras a evitar la estigmatización y/o los prejuicios, los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente (véanse las Reglas de Beijing Nos. 21.1 y 21.2), o como base para dictar sentencia en esos procesos futuros¹³²”. El Comité más adelante recomienda a los Estados para que “adopten

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos humanos, Sentencia del caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” de fecha 2 de septiembre de 2004, notas a pie 166, 169, 185, 186, 191, 194 y pág. 97. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf . Consultado el 26/02/2013.

¹³² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 10. Ob. Cit. párr. 66. Consultado el 26/02/2013.

normas que permitan la supresión automática en los registros de antecedentes penales del nombre de los niños delincuentes cuando éstos cumplan 18 años, o, en un número limitado de ciertos delitos graves, que permitan la supresión del nombre del niño, a petición de éste, si es necesario en determinadas condiciones (por ejemplo, que no haya cometido un delito en los dos años posteriores a la última condena)”¹³³.

- ii. Tanto en razón de lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño es posible aplicar, entre nosotros, las Reglas de Beijing pues este instrumento apunta hacia el fin último de los tratados señalados, a saber, dar la debida protección a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes en todas sus manifestaciones.
- iii. El inciso tercero del artículo 1° y el inciso final del Artículo 5° de la Constitución, establece que el Estado debe asegurar a los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, y asimismo considera como principio el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y sin duda entre ellos se encuentra el velar por el pleno y completo desarrollo de los menores de edad.
- iv. La Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 29 de noviembre de 1985, por la que se adoptaron las Reglas de Beijing, estableció que cada Estado procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los “menores delincuentes” con el fin de aplicar cabalmente y con justicia las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores¹³⁴. Por lo tanto, si Chile concurrió a este acuerdo con su voluntad, aunque no se hayan cumplido las solemnidades que exige un tratado internacional de Derechos Humanos para regir en Chile, porque no lo es,

¹³³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 10. Ob. Cit. párr. 67. Consultado el 26/02/2013.

¹³⁴ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, regla 2.3.

nos parece que de acuerdo al principio *Pacta Sunt Servanda*, Chile debiese, tanto en la generación de su legislación relativa a adolescentes infractores de ley penal como en la jurisprudencia de sus tribunales, operar hacia el cumplimiento de las Reglas de Beijing. Y tan cierto es esto que el comentario a la regla citada, a saber, la regla 2.3, aclara que ella “responde a la necesidad de leyes nacionales que tengan expresamente por objeto la aplicación óptima de las Reglas mínimas, tanto desde un punto de vista jurídico como práctico”. En el mismo sentido, cabe considerar que la Convención Sobre los Derechos del Niño, tratado de derecho internacional humanitario que fue ratificado por Chile el 13 de agosto de 1990 por lo que ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional¹³⁵, fue dictada en base a los principios contenidos en las Reglas de Beijing¹³⁶, por lo que, a su través, se insta a los Estados a aplicarlos.

- v. “Las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores son un instrumento que forma parte del “corpus iuris” de los derechos humanos en materia de infancia. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)” (Opinión Consultiva OC-16/1999, N° 115). Por consiguiente, no sólo aquellos cuerpos normativos que revisten el carácter de tratados deben ser considerados para resolver una contienda judicial, sino que también otros instrumentos, que forman parte de este cuerpo jurídico, y que permiten determinar el correcto sentido y alcance de los derechos consagrados en los tratados internacionales que forman parte del derecho interno.”¹³⁷.

¹³⁵ Esto según lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

¹³⁶ Convención de los Derechos del Niño, preámbulo, párrafo 11.

¹³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1842-2012-ref, de fecha 22 de Enero de 2013, considerando decimo segundo.

- vi. La actual redacción del numeral 2 del artículo 10 del Código Penal señala que está exento de responsabilidad criminal el menor de dieciocho años. Y agrega: “la responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil”. Es decir, para nuestra legislación penal los menores de edad son inimputables y se establece respecto de ellos un tipo de responsabilidad sui generis consagrada en una ley especial, no equiparable, en ningún caso, a la responsabilidad penal de adultos. Esto también podemos deducirlo de una interpretación sistemática de la ley 20.084. En efecto, el artículo 1° de la citada ley sostiene, en su inciso primero, que ella regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan; a su vez en el inciso tercero señala que tratándose de faltas, sólo serán responsables en conformidad con la presente ley los adolescentes mayores de dieciséis años y sólo respecto de las faltas que allí se señalan. Finalmente, la letra c) del artículo 24 de la ley señala que “Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios: C) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal”, por lo que el sistema de agravantes y atenuantes sólo debe considerarse al interior del sistema de responsabilidad respectivo y en ningún caso es transmisible del sistema de responsabilidad penal de adolescentes al de adultos, entre otras cosas, porque la reprochabilidad de las conductas delictuales de los adultos es distinta a la de los menores de edad¹³⁸. Así “el legislador, al excluir de responsabilidad criminal a los adolescentes y someterlos al régimen especial penal juvenil, explicita que la valoración que hace de la conducta infractora de la ley penal es diferente según si el autor es un adolescente o un adulto. En atención a que su madurez intelectual y moral aun está en formación, el reproche del adolescente es de menor intensidad y se manifiesta en consecuencias de distinta naturaleza que,

¹³⁸ En este sentido ver Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel rol 1629-2012 REF, considerando cuarto y 1842-2012-ref, de fecha 22 de Enero de 2013, considerando decimo cuarto.

además, persiguen fines declaradamente resocializadores”¹³⁹. En este mismo sentido podemos citar la opinión de numerosos juristas tales como el profesor Miguel CILLERO quien señala que existen dos teorías para justificar la falta de responsabilidad de las personas menores de edad. Así, por un lado tenemos la doctrina de incapacidad de culpabilidad, que señala que el menor no tiene capacidad de culpabilidad por carecer de plenas facultades para comprender lo ilícito y actuar según esa comprensión; y por el otro, las doctrinas político-criminales o de barrera político-criminal, para las cuales la edad penal es sólo una frontera político-criminal entre dos sistemas de respuesta ante el delito, el de adultos y el de menores de edad. Los sistemas de barrera político-criminal se dividen, a su vez, en dos modelos: el de protección y el de responsabilidad, siendo este último el que corresponde a nuestro sistema. El modelo de responsabilidad consiste básicamente en aplicar al menor de edad un derecho penal especial de adolescentes ya que les reconoce **una especial capacidad de culpabilidad**¹⁴⁰. Por su parte, el profesor Juan Bustos sostiene que “la consideración de minoría de edad como causa de inimputabilidad reside precisamente en la consideración de que las vivencias culturales del menor y su mundo, se rigen por una racionalidad que no tiene necesariamente que coincidir con la hegemónica y que, por lo tanto, sancionar el hecho por él realizado conforme a esa racionalidad, significaría el enjuiciamiento de todo un conjunto de personas con estas mismas características, de ahí entonces que el sujeto responsable tenga que ser considerado conforme a instituciones y reglas que se avengan con su racionalidad”¹⁴¹. Del mismo modo, el profesor Muñoz Conde señala, respecto a la irresponsabilidad criminal del menor de 18 años declarada en el artículo 19 del Código Penal Español, equivalente al artículo 10 N° 2 de nuestro Código Penal, que “...es una irresponsabilidad relativa,

¹³⁹ Unidad de Defensa Penal Juvenil. Nota Técnica 07: Condenas como adolescente en futuros procesos como mayor de edad: Estado de la jurisprudencia. Defensoría Penal Pública, Diciembre 2012.

¹⁴⁰ En este sentido ver CILLERO, Miguel. En Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (Directores). Ob. Cit. págs. 112 y 113.

¹⁴¹ BUSTOS, Juan. “Obras Completas. Tomo I, Derecho Penal Parte General”. Ediciones Jurídicas Santiago, Segunda Edición, Santiago de Chile, 2007 pág. 738.

por cuanto también el menor de 18 años puede ser responsable del hecho cometido, pero la exigencia de dicha responsabilidad se llevará a cabo de manera distinta a la que se exige conforme al Código penal para los mayores de esa edad.”¹⁴².

- vii. Resultaría ilógico, en consecuencia, que nuestra legislación reconozca las especiales características de un sujeto en desarrollo como es el adolescente y le aplique un estatuto punitivo diferenciado y más benigno en cumplimiento de los principios que inspiran las últimas reformas relativas a menores de edad, cuya fuente proviene precisamente del derecho comparado y de los instrumentos internacionales, para permitir que esa conducta juzgada y sancionada bajo ese estatuto especial, perdure en el tiempo y sirva para agravar penas futuras, puesto que, de algún modo, ello implica olvidar los particulares fines asignados a la pena ya referidos en el numeral 4 de esta disidencia, una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social, con los que jurídicamente no es posible justificar la agravación de las conductas.¹⁴³.
- viii. De acuerdo a lo anteriormente señalado, queda claro que la reprochabilidad de los actos ilícitos cometidos por menores de edad es distinta de aquella que proviene de actos ilícitos cometidos por mayores de edad, por lo que no es procedente utilizar una anotación existente en el registro especial de menores de edad, en un proceso seguido contra esa misma persona en tanto mayor de edad, pues el grado de reprochabilidad de ambos actos es distinto y por lo tanto, no es procedente aumentar la penalidad del hecho aplicando las agravantes establecidas en los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Punitivo, ya que el fundamento del aumento de la penalidad existiendo una agravante de reincidencia es, precisamente, que el imputado pese a haber sido condenado por una conducta ilícita objeto de un igual o mayor reproche penal, no

¹⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal, Parte General”. Tercera Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 406.

¹⁴³ SCS rol 7364-2012 de fecha 04 de diciembre de 2012. Voto disidente Ministros Haroldo Brito y Juan Escobar, considerando 9.

enmendó su actuar. “En opinión de Fuensalida I, 114... La reincidencia supone que el delincuente va adquiriendo el hábito de caer en un delito de la misma especie, i por lo tanto, que las penas determinadas por la lei no han sido eficaces...”¹⁴⁴.

ix. La Corte Suprema, en un reciente fallo dictado a efectos de uniformar jurisprudencia contradictoria existente en la materia, rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013 ha señalado que no es posible invocar antecedentes relativos a responsabilidad penal adolescente de una persona en un juicio que esa misma persona tenga como adulto, a efectos de establecer algún tipo de reincidencia, fundada en que no es posible establecer respecto de menores de edad, reincidencia alguna debido a los fines de las sanciones de la Ley 20.084 y a la naturaleza jurídica de la reincidencia en cuanto agravante de responsabilidad, hoy altamente cuestionada por la doctrina y también en razón de que la aplicación supletoria que establece la ley de Responsabilidad Penal Adolescente respecto del Código Penal y leyes penales especiales, tiene un límite en los fines de la ley y de sus sanciones respecto de adolescentes. Además, la Corte funda su fallo en la validez que las llamadas Reglas de Beijing tienen al interior del ordenamiento jurídico chileno. A continuación se señalará lo que la Corte expresa en los párrafos más relevantes de la sentencia:

a) Sostiene la Corte que aun cuando lo discutido radica en la aplicación de la agravante de reincidencia respecto de la responsabilidad de un imputado adulto, fundamentando principalmente el Tribunal recurrido su decisión en normas de la Ley N° 20.084, es necesario partir revisando en general, “la posibilidad de fundar alguna modalidad de reincidencia prevista en nuestro Código Punitivo sobre la base de condenas dictadas siendo el reincidente menor de edad, sea que el segundo o posterior ilícito se perpetre en la adolescencia o en la adultez”¹⁴⁵. Según el fallo en comento, esto “evitará arribar a conclusiones contradictorias,

¹⁴⁴ KUNSEMULLER, Carlos. En Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (Directores) Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero – Parte General, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág. 213.

¹⁴⁵ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 4°.

como lo sería propugnar que la agravante de reincidencia fundada en una condena dictada siendo el autor menor de edad, sólo puede configurarse ante un segundo delito regido por la Ley N° 20.084, y no frente a uno posterior ejecutado siendo adulto el imputado. Es decir, estableciendo un régimen más gravoso para el adolescente que para el adulto.¹⁴⁶”

- b) Más adelante, la Corte argumenta que la Ley N° 20.084 no es “un mero cúmulo de preceptos reunidos en un mismo texto y que aborda una materia común, sino que se eleva como un nuevo conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos”¹⁴⁷, planteándose la Corte el desafío de conciliar este sistema o régimen especial, con la supletoriedad que recae en el Código Penal y leyes penales especiales establecida por el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 20.084, en todo lo no previsto por ella¹⁴⁸.

Continúa el fallo argumentando en el sentido de que en efecto “el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter “supletorio” respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.084, es decir, cumplen o integran lo que falta en esta ley, o remedian sus carencias (si se sigue como es usual, la definición que respecto del término “suplir” nos entrega la Academia especializada)”¹⁴⁹, por lo que debe acudirse a las disposiciones de las leyes señaladas “sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto extraño en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contraríe no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del

¹⁴⁶ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 4°.

¹⁴⁷ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 7°

¹⁴⁸ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 7°

¹⁴⁹ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 7°

artículo 2° de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”¹⁵⁰.

Insiste la Corte en este punto en forma bastante drástica calificando de **“desacierto”** recurrir **“mecánica e irreflexivamente** a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales” en que la Ley N° 20.084 pase en silencio o bien “cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere integración **a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad penal adolescente**, ya sea que se hallen en la propia Ley N° 20.084, o en la Constitución o en algún Tratado internacional”¹⁵¹, lo que puede llevar a decidir no aplicar ciertas instituciones, aunque no se encuentren establecidas en la Ley N° 20.084 pues “no pueden integrar el sistema que ella consagra, sencillamente porque éste no tiene las carencias o vacíos en el aspecto que gobierna ese instituto, en pocas palabras, la norma dubitada le es asistemática.”¹⁵².

- c) Continúa más adelante el fallo, siguiendo al profesor Héctor Hernández, señalando que “el fundamento que se halla detrás de las agravantes de reincidencia contempladas en los ordinales 14 a 16 del artículo 12 del Código Penal -si logra descubrirse alguno-, no puede suplir o complementar el sistema de responsabilidad penal adolescente consagrado en la Ley N° 20.084, por cuanto colisiona abierta y frontalmente con los principios, fines y propósitos de dicho sistema” puesto que “el efecto agravatorio de la reincidencia, que radica en una concepción peligrosista del reconvicto, conflictúa en un sistema que confía en las posibilidades de inserción y rehabilitación del joven convicto –como da cuenta el

¹⁵⁰ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 7°

¹⁵¹ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 7°

¹⁵² SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 7°

artículo 20 de la Ley N° 20.084, al disponer que la sanción debe orientarse a la plena integración social del adolescente-, y que es más, fue pensado precisamente para alcanzar dicho objeto (...)”¹⁵³.

- d) A partir de lo anteriormente planteado, la Corte entra en el núcleo del problema, razonando respecto de “si aquella condena pretérita del adolescente puede servir de apoyo para configurar alguna de las agravantes de reincidencia, e incrementar la sanción final, conforme a los artículos 67 ó 68 del mismo Código, por la comisión de hechos perpetrados durante la adultez”, concluyendo que la respuesta a esta interrogante debe ser negativa pues las sanciones de la Ley N° 20.084 tienen por fin “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de modo que no puede atribuírseles otros fines diversos, ni dentro de su propio sistema de responsabilidad penal, ni mucho menos fuera de éste, como lo sería utilizar esa sanción no ya para hacer efectiva la responsabilidad penal del menor, sino para agravar la responsabilidad por los ilícitos cometidos siendo adulto”¹⁵⁴. Además de la contravención ya relatada, que la Corte, califica de “formal” al usar las sanciones de la Ley N° 20.084 para un objetivo distinto al de hacer efectiva la responsabilidad penal del adolescente, el fallo advierte sobre una “colisión material” que se expresa en que la pena adjudicada siendo adolescente debe orientarse a la plena integración social del joven (artículo 20 ley RPA y artículo 40 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) “y nada más contrario y alejado a dicha directriz que luego valerse de esa sanción precisamente para incrementar las penas privativas de libertad -cuyo efecto desocializador y despersonalizante no requiere prueba-”¹⁵⁵. Agrega el fallo que el propio Código Penal, en su artículo 10 N° 2 señala que está exento de responsabilidad criminal el menor de dieciocho años y mayor de 14 años, lo que acredita en forma manifiesta que en un proceso seguido contra un

¹⁵³ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 8°.

¹⁵⁴ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 11°.

¹⁵⁵ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 11°.

adulto, la reincidencia del artículo 12 del Código Penal no puede apoyarse en los ilícitos cometidos por éste siendo adolescente y “más allá de la imprecisión en los términos usados por el legislador, este precepto permite ilustrar que no pudo el codificador, sin caer en una patente antinomia, aludir en la reincidencia contemplada en el artículo 12 -que en todas sus modalidades exige una condena anterior-, a ilícitos respecto de los cuales explícitamente declara la irresponsabilidad de su autor -al menos conforme al sistema de responsabilidad penal de adultos”¹⁵⁶.

- e) Continúa el fallo dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 21.2 de las Reglas de Beijing señalado que lo dicho anteriormente se aviene con dicha disposición explicando que se trata de “directrices y normas programáticas que no es posible ignorar aunque éstas no hayan sido incorporadas formalmente al ordenamiento jurídico chileno, no al menos sin dejar de lado el elemento histórico de interpretación contenido en el inciso 2° del artículo 19 del Código Civil, desde que constituyó uno de los instrumentos internacionales informadores del proyecto de la Ley N° 20.084, según se lee en su Mensaje, así como de la Convención sobre los Derechos del Niño, tal como consta en su Preámbulo, texto que a su vez, debe ser revisado por las autoridades cuando aplican la Ley N° 20.084, por expreso mandato del inciso segundo de su artículo segundo”¹⁵⁷.
- f) La Corte continúa su razonamiento haciendo presente que lo dicho no importa que “la comisión previa de un delito por un adolescente, no tenga ninguna incidencia o repercusión en la determinación de una eventual sanción posterior, sea que ésta se sufra siendo el autor aún adolescente o ya adulto”¹⁵⁸, pues el autor sí es reincidente ya que carga con una condena pretérita por un delito, sin embargo, no lo es en los términos del artículo 12 del Código Penal. Así, sostiene

¹⁵⁶ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 11°.

¹⁵⁷ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 12°.

¹⁵⁸ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 13°.

el fallo, en el supuesto de una segunda o posterior condena siendo todavía adolescente, la sanción pretérita debe tomarse en cuenta como uno de los factores para determinar “la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social” (letra f) del artículo 24 de la Ley N° 20.084) y “decidir la naturaleza de la pena que se impondrá dentro de las diversas alternativas que para cada grado de penalidad ofrece el legislador, así como al fijar su concreta cuantía dentro del marco legalmente determinado, según el tipo de sanción”¹⁵⁹.

Tratándose de una última condena siendo ya adulto, el antecedente pretérito como adolescente dice el fallo que “debe ésta ser ponderada por el Tribunal al momento de fijar la naturaleza de la sanción a imponer, en particular para decidir la concesión o denegación de alguna de las penas sustitutivas que contempla la actual Ley N° 18.216, luego de sus modificaciones por la Ley N° 20.603”¹⁶⁰.

- g) La Corte finaliza su razonamiento explicando que el planteamiento efectuado en el fallo no es contrario al artículo 2° del DL N° 645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas (modificado por el artículo 59 de la Ley N° 20.084) que prescribe que los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados, entre otros fines, para su comunicación al Ministerio Público y a los tribunales con competencia en lo criminal, para comprobar la reincidencia de los imputados y ello porque “Como es bien sabido, la ley penal no se sirve de la expresión “reincidencia” o “reincidente” sólo para aludir a la agravante del artículo 12 N° 14, 15 ó 16 del Código Penal, cuestión que una somera revisión de la preceptiva del Código punitivo como de otras leyes especiales demostrará. Por lo que, respecto de adolescentes o adultos reincidentes por delitos pretéritos cometidos siendo menores de edad, este registro no servirá para fundar la agravante de reincidencia, sino para los efectos explicados en el

¹⁵⁹ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 13°.

basamento anterior”¹⁶¹, esto es, para determinar la naturaleza de la sanción de la ley 20.084 o la procedencia de beneficios alternativos para el cumplimiento de condenas.

- x. En consecuencia, todo el análisis anterior nos lleva a sostener, siguiendo a la Excma. Corte Suprema, que lo que quiso señalar el legislador de la ley 20.084 al modificar el D.L. 645 de 1925 es que jamás se comunicarán los antecedentes penales de adolescentes para efectos de indagar la procedencia de las agravantes del artículo 12 N°s 14, 15 y 16 del Código Penal en tanto sean adolescentes y no podrán invocarse en causas que tenga dicha persona ya siendo adulta, pero estos antecedentes sí deben tomarse en cuenta a fin de determinar la procedencia de beneficios alternativos para el cumplimiento de condenas en la sentencia que el imputado tenga como adulto.

¹⁶⁰ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 13°.

¹⁶¹ SCS rol 4419-2013 de fecha 17 de Septiembre de 2013, considerando 14°.

2. CAPÍTULO SGUNDO: MEDIACIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

2.1. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

2.1.1. Nociones generales

La definición más aceptada respecto de lo que debe entenderse por justicia restaurativa, corresponde al criminólogo británico Tony MARSHALL, quien sostuvo que la justicia restaurativa es “un proceso en el cual todas las partes implicadas en un delito particular se juntan para resolver en forma colectiva cómo actuar con posterioridad al delito y cómo enfrentar las repercusiones que éste tendrá en el futuro”.¹⁶² Sin embargo, el término “justicia restaurativa” es acuñado por primera vez por Albert Eglash a partir del concepto, también de su autoría, de “Restitución Creativa” respecto del que explicaba que *“an offender, under appropriate supervision, is helped to find some way to make amends to those he has hurt by his offense, and to ‘walk a second mile’ by helping other offenders”*¹⁶³ lo que puede traducirse en el sentido de que la Restitución Creativa es una “técnica de rehabilitación en la cual se ayuda a un delincuente, bajo supervisión adecuada, a encontrar la manera de efectuar una compensación a las personas que él ha lastimado por su ofensa”¹⁶⁴.

¹⁶² MARSHALL, Tony, “La evolución de la justicia restaurativa en Gran Bretaña”, Ediciones Home Office, 1999, New York, pág. 37

¹⁶³ EGLASH, Albert. “Creative Restitution: Some Suggestions for Prison Rehabilitation Programs. American Journal of Correction”. Citado por CABALLERO, Eric y ROJAS, Pablo. “Principios Básicos Sobre La Utilización De Programas De Justicia Restaurativa En Materia Penal Adoptados Por Las Naciones Unidas”. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008, pág. 15.

¹⁶⁴ CHINCHILLA, Max. “Justicia Restaurativa En Costa Rica. Instauración De La Justicia Restaurativa En El Ministerio Público De Costa Rica, Principales Retos”. Tesis (Maestría en Derecho Penal). Universidad Internacional De Las Américas, Costa Rica, 2009, pág. 8. Disponible en http://www.justiciarestaurativa.org/news/chinchilla/at_download/file. Visitado el 13/03/2013.

Por su lado, Paul McCold, en una definición más amplia, ha dicho que justicia restaurativa es “toda acción orientada básicamente a hacer justicia mediante la reparación del daño que ha causado el delito”.¹⁶⁵

2.1.2. Orígenes de la justicia restaurativa.

Un tema común en la literatura acerca de la justicia restaurativa, es que esta forma de justicia considerada nueva, “en realidad no es nueva”¹⁶⁶.

En efecto, si bien fue en el Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest en 1993 cuando comienza a utilizarse oficialmente por la comunidad científica el concepto de justicia restaurativa¹⁶⁷, se sostiene que la justicia restaurativa tiene sus orígenes remotos en antiguas prácticas de pueblos aborígenes de Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá¹⁶⁸. Así, CONSEDINE plantea que: “La justicia bíblica era restaurativa. También lo era (y en algunos casos lo sigue siendo) la justicia de la mayoría de las culturas indígenas. En la Nueva Zelanda precolonial, el pueblo maorí contaba con un sistema totalmente integrado de justicia restaurativa... era la filosofía tradicional de naciones del Pacífico como Tonga, Fiji y Samoa. En Irlanda, previa a la conquista de los normandos, la justicia restaurativa estaba entrelazada con los hilos de la vida cotidiana...”.¹⁶⁹ En el archipiélago de las islas San Blas, Panamá, los indios cunas continúan practicando su ritual

¹⁶⁵ McCOLD, Paul, “Visión De La Justicia Juvenil Restaurativa”, Revista Forum, Agosto, 2003, pág. 358.

¹⁶⁶ CONSEDINE, Jim. “Justicia Restaurativa”, Editorial Reus, Madrid, 2006, pág. 12.

¹⁶⁷ CAMARA ARROLLO, Sergio. “Justicia Juvenil Restaurativa: Marco Internacional Y Su Desarrollo En América Latina”. En Revista de Justicia Restaurativa N° 1, octubre 2011. Edita Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, España. Nota al pie N° 1. <https://docs.google.com/a/pfi.org/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnczY2pyc3BhaW58Z3g6MTdjM2E0YTgyNmJhMTE2OQ>. Consultado el 04/03/2013.

¹⁶⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Justicia Restaurativa y Mediación Penal: De la Teoría a la Práctica”. En Revista Lex Nova. Ed. Lex Nova Madrid. 2008. Número 23. p. 33-68.

¹⁶⁹ CONSEDINE, Jim. Ob. cit. pág. 12.

punitivo que consiste en que “el infractor es llamado y deberá comparecer ante el sacerdote y dos chamanes, uno de los cuales apelará a ritos matizados por la ingestión de hongos alucinógenos, en presencia de buena parte de la tribu... En su momento es llamado y, según ocurre casi siempre, confesará de viva voz la transgresión que lo involucra sin brindar detalles. Es el momento en que puede reconocer los hechos – por lo general, así ocurre – y pedir perdón a la víctima, a su familia y al grupo tribal”. La sentencia consistirá, generalmente, en el exilio a una isla lejana por un tiempo indeterminado, que queda en manos del infractor¹⁷⁰.

En el mismo sentido anterior, BRAITHWAITE sostiene que la justicia restaurativa “se basa en tradiciones de la justicia de las antiguas civilizaciones árabe, griega y romana, las que acogieron una postura restaurativa incluso ante un caso de homicidio” y agrega que “la justicia restaurativa ha sido el modelo dominante de justicia penal a lo largo de la mayor parte de la historia humana en todos los pueblos del mundo”¹⁷¹.

2.1.3. Fundamentos de la justicia restaurativa.

La justicia restaurativa se ha establecido en el mundo como reacción o por oposición a la tradicional justicia retributiva y sus fundamentos los encontramos precisamente en esta antinomia, traducidos en el fracaso de esta última en la solución del conflicto penal, o más específicamente, la crisis de la prisión como elemento eficaz para prevenir el delito y reinsertar a los delincuentes en la sociedad y de otro lado, la justicia restaurativa se fundamenta esencialmente en la aparición de la víctima como elemento a considerar dentro del proceso penal¹⁷².

¹⁷⁰ NEWMAN, Elías. “Mediación Penal”. Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires, 2005, pág. 19.

¹⁷¹ BRAITHWAITE, John, “Justicia restaurativa: recuento optimista y pesimista”, Bogotá Editorial Temis S.A., 2002, pág. 1.

¹⁷² En este sentido ver: DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. Ob. Cit.

Como lo adelantábamos, el fundamento de la justicia restaurativa radica en que se aboca a reparar el daño causado por un delito, en cambio la justicia retributiva se ocupa de castigar un delito. Esto tiene importancia respecto a la crisis en que ha caído el sistema penal, siendo el elemento más controvertido en este tema, la privación de libertad. En efecto, se ha cuestionado la efectividad que tiene la pena privativa de libertad tanto en la prevención general del delito como en la especial. Mucho se ha dicho respecto de que las cárceles no rehabilitan sino que más bien, son escuelas del delito; de hecho la tendencia hoy es que la prisión no debe servir para rehabilitar sino que para inocuizar al delincuente (sacarlo de circulación) y que no logran generar en el condenado el sentimiento de responsabilidad por el hecho cometido sino que más bien, de injusticia a la que él se ve sometido por parte del sistema.

Ya en 1975 Foucault señalaba que las prisiones no disminuyen la tasa de la criminalidad, que la reincidencia aumenta más que decrece, que la detención provoca la reincidencia. Sostenía también que la prisión fabrica delincuentes al imponer a los detenidos coacciones violentas; que está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas pero todo su funcionamiento se desarrolla sobre el modo de abuso de poder.

Agregaba, citando a F. B. Prémeneu, que “El sentimiento de la injusticia que un preso experimenta es una de las causas que más pueden hacer indomable su carácter. Cuando se ve así expuesto a sufrimientos que la ley no ha ordenado ni aun previsto, cae en un estado habitual de cólera contra todo lo que lo rodea; no ve sino verdugos en todos los agentes de la autoridad; no cree ya haber sido culpable: acusa a la propia justicia”, agregando el autor citado que “la prisión fabrica indirectamente delincuentes al hacer caer en la miseria a la familia del detenido: La misma sentencia que envía a la prisión al jefe de familia, reduce cada día que pasa a la madre a la indigencia, a los hijos al abandono, a la

familia entera a la vagancia y a la mendicidad. En este aspecto es en el que el crimen amenaza perpetuarse."¹⁷³

De la revisión de lo descrito por Foucault en su obra parece desprenderse que hoy en día, en la primera década del siglo XXI, las cosas no han cambiado demasiado, sobre todo en nuestro país, por lo tanto, la búsqueda de nuevas alternativas al castigo retributivo parece ser válida, e incluso necesaria y es en este sentido que la justicia restaurativa se ha ido ganando un espacio entre las formas de punición pues ella se caracteriza por crear una situación de diálogo y negociación entre las partes y no por generar una situación de confrontación entre las partes como lo hace la justicia retributiva, pretendiendo que el ofensor se arrepienta de todo el daño causado a la víctima y a la comunidad en lo que se ha llamado “vergüenza reintegrativa”¹⁷⁴.

Así, señalan McCOLD y WACHTEL que “El enfoque punitivo, con control alto y apoyo bajo, se denomina también “retributivo.” Tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa. El enfoque permisivo, con control bajo y apoyo alto, se denomina también “rehabilitativo” y tiende a proteger a las personas para que no sufran las consecuencias de sus delitos. Un control bajo y un apoyo bajo son simplemente negligentes, un enfoque caracterizado por la indiferencia y la pasividad” y agrega que “El enfoque restaurativo, con control alto y apoyo alto, confronta y desaprueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes. La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra

¹⁷³ En este sentido ver FOUCAULT, Michel “Vigilar y castigar : nacimiento de la prisión”. Siglo. XXI Editores, Buenos Aires, 2002, págs. 261 a 264.

¹⁷⁴ FRIEDMAN, Loreley. “Justicia restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles”. Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Copenhage, 2007, Pág. 2, http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/justicia%20restaurativa.pdf

nuevamente. El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente.”¹⁷⁵.

Como decíamos, la justicia restaurativa busca una participación activa de la víctima y que le sea reparado el daño que se le ha causado pero, a su vez, le permite demostrar sus sentimientos y sus necesidades y, de alguna forma, “pactar” los términos de la reparación. También le permite conocer al delincuente, expresarle sus sentimientos y así, el delito se vuelve algo real y reparable. De esta forma, lo que permite la justicia restaurativa es un proceso de transferencias en el que la víctima no sólo expresa su dolor sino que también puede llegar a ser capaz de comprender los motivos del acto delictivo¹⁷⁶. Con lo dicho queda claro que no sólo la crisis del sistema de penas actual orienta la aparición de la justicia restaurativa sino que también el rol protagónico que ha ido adquiriendo la víctima en el proceso penal, tanto es así que en nuestro país, desde el mes de octubre de 2007, se encuentra en tramitación en el parlamento un proyecto de ley que crea la defensoría de las víctimas, lo que se comenzó a concretar a través de la ley 20.516 que reformó el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, agregando un párrafo que dice: “La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes”, no dictándose aún la ley ordinaria que haga efectivo el mandato constitucional.

¹⁷⁵ MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted. “En Busca de un Paradigma: Una Teoría Sobre Justicia Restaurativa”. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro, Brasil. http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm_span.pdf. Consultado el 05/03/2013.

¹⁷⁶ En este sentido: GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther. “La Mediación y la Reparación. Aproximación a un Modelo”. En “La Mediación Penal (Justícia i Societat; 19)”. ROSSNER, Dieter (Coord). Edit. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Castellá, 1999, págs. 21 y 22.

2.1.4. Críticas a la justicia restaurativa.

Los detractores de la justicia restaurativa han dicho que ella mantiene muchos defectos que a la postre, la hacen inviable. El primero de ellos es que privatiza el conflicto social y de este modo, deja un plus del injusto sin remediar, que es justamente aquel que posibilitó que se recurriera al derecho penal y a la persecución pública estatal para solucionar el conflicto. También se ha cuestionado a la justicia restaurativa porque al tener conciencia el autor del delito que devolviendo la cosa o reparando el daño no será castigado corporalmente, se deja de lado el efecto de prevención general que debe tener la pena. Finalmente se ha sostenido que el privatizar los conflictos penales importa volver al imperio de los poderosos, una de las causas de la irrupción del derecho penal autoritario, y disolver el derecho penal en una suerte de juego de presiones privadas, de las cuales saldrán victoriosos los más fuertes¹⁷⁷.

Respecto de que la justicia restaurativa dejaría de lado los fines del derecho penal podemos afirmar que, en cuanto a la prevención general, la restauración del mal causado por el autor justamente opera en el sentido de la satisfacción de la conciencia jurídica general ante el quiebre del orden jurídico, cumpliéndose así los fines de la prevención general positiva como lo son la estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de valores establecidos por él y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica. De otro lado, en cuanto a la prevención especial, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad jurídica.

Al respecto, el profesor ROXIN señala que “puesto que las víctimas son representantes especialmente elegidos de la generalidad, se puede admitir bajo esa

¹⁷⁷ MAIER, Julio. “¿Es la Reparación una Tercera Vía del Derecho Penal?”. En “El Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba” ZAFFARONI, Raúl y TERRAGNI, Marco (Coord.) Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, pág. 352.

circunstancia que la reparación –en todo caso para delitos determinados y hasta un determinado grado de gravedad- satisface las necesidades preventivo generales, o por cierto, las disminuye considerablemente”... agregando en lo que atañe a la prevención especial que: “incluso desde el punto de vista especial se puede pregonar efectos positivos de la reparación. Yo sólo nombro algunos puntos de vista especialmente importantes; así por ejemplo, por intermedio de la obligación de reparar, el autor es provocado a entenderse con los daños causados y con la persona del ofendido de una manera muy diversa a la que corresponde si la víctima permanece, más o menos, abstracta y anónima. Eso puede poner en acto una consternación interna que tenga efectos promotores de resocialización. Más allá, la reparación es una prestación social constructiva cuya imposición puede ser vivida por el mismo autor –de otra manera, por ejemplo, que la pena privativa de libertad-, espontáneamente, como plena de sentido y justa; ella puede, entonces, conducir al reconocimiento del derecho. Luego, la reparación puede acarrear una reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando ella se lleva a cabo voluntariamente; si esa reconciliación, en el sentido de prevención íntegra, es premiada por la comunidad, la meta de resolver conflictos por vía de resocialización se alcanza sin menosprecio”. Más adelante, concluye “que la reparación puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde mi punto de vista, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco introducción de un nuevo fin de la pena. La reparación es, en lugar de todo ello una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla”¹⁷⁸.

Finalmente, en cuanto a las críticas que dicen relación con que la privatización del conflicto penal dejan fuera el plus del injusto que justamente se quiere solucionar a través de la persecución penal estatal, podemos afirmar que “allí donde se pueda

¹⁷⁸ ROXIN, Claus, “La reparación en el sistema de los fines de las penas”, Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, Nº 1, octubre de 1991, págs. 5 a 22.

reemplazar en concreto a la pena, total o parcialmente, por una solución más benigna para el autor, sin significado penal, culturalmente, el carácter subsidiario del derecho penal exige esta última solución”¹⁷⁹.

2.1.5. Manifestaciones de la justicia restaurativa en la legislación chilena: las salidas alternativas.

En doctrina, las formas de justicia restaurativa son múltiples y se conciben para todas las etapas del procedimiento y sus efectos también son múltiples y disímiles. Así, la reparación puede tener como objeto lograr un beneficio alternativo al cumplimiento de la condena (art. 5 ley 18.216); o bien puede causar la extinción de la responsabilidad penal (art. 238 del Código Procesal Penal); o también puede ser considerada como una condición a cumplir durante el período de prueba, para la suspensión del procedimiento (art. 242 del Código Procesal Penal); o puede también servir para la regulación de la condena (art. 11 N^o 7 y art. 69 del Código Penal); situaciones todas que, como ya se esbozó, se encuentran recogidas en nuestra legislación. Sin embargo, existen otros ejemplos de reparación que no están recogidos en nuestras leyes tales como aquella que provoca la extinción de la condena o de la pena o de la persecución penal a través de la aplicación del principio de oportunidad; o aquella que se computa para el cumplimiento de la pena o para conceder beneficios durante la ejecución de la misma.

De todas estas manifestaciones de la reparación y sus efectos, nos haremos cargo de dos, por ser ellas materias de esta investigación: la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

¹⁷⁹ ROXIN, Klaus. Citado por MAIER, Julio. Ob. Citada, pág357.

a) La suspensión condicional del procedimiento.

La suspensión condicional del procedimiento está regulada en el artículo 237 del Código Procesal Penal y básicamente consiste en un acuerdo al que llegan fiscal e imputado y que consiste en que este último debe cumplir determinadas condiciones por un período de tiempo no inferior a un año y no superior a tres y a cambio, el procedimiento seguido en su contra se paraliza y si al cumplir el plazo fijado para el cumplimiento de las condiciones, la suspensión condicional del procedimiento no se ha revocado, la causa se sobreseerá definitivamente. Por el contrario, si el imputado no cumple las condiciones o durante el período de observación es objeto de una nueva formalización, la causa se reabre y continuará contra el imputado hasta la dictación de la sentencia.

Podría sostenerse que la suspensión condicional del procedimiento, de alguna forma, es una manifestación de la justicia restaurativa, porque alguna de las condiciones que se pueden imponer corresponden efectivamente a la reparación de daño causado, sea a la víctima individual o colectiva (la comunidad) como por ejemplo, entregar una suma de dinero a la víctima, disculparse públicamente con el ofendido o prestación de servicios a favor de la comunidad, sin embargo y como ya hemos visto, uno de los elementos que hace eficaz a la justicia restaurativa, en orden a responsabilizar al imputado del daño causado es la participación de la víctima, cosa que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento no se da como requisito esencial pues el acuerdo lo lleva a cabo el fiscal del Ministerio Público con el imputado permaneciendo la víctima al margen del procedimiento, salvo excepciones - generalmente en causas de violencia intrafamiliar – en que la víctima sí se hace presente y las condiciones a las que se llega son, por ejemplo, abandono del hogar común, no acercarse a la víctima por el período de la suspensión condicional del procedimiento o por un mínimo de seis meses, condiciones éstas que fueron introducidas por la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar (art. 9) y cuyo incumplimiento importa (según la jurisprudencia más reciente y el tenor

literal de la norma) incurrir, por parte del infractor, en el delito de desacato. En los casos en comento, cuando el imputado es sindicado como consumidor de drogas o alcohol, en razón de la evaluación que previo a la audiencia hace una dupla psicosocial del Ministerio Público (compuesta por un asistente social y un psicólogo) se le ingresa a un programa seguido ante Tribunales de Tratamiento de Drogas¹⁸⁰, en que el imputado se compromete a someterse a un tratamiento para dejar de ser adicto, lo que generalmente es solicitado por la víctima (pareja, hermanos, padres, hijos). El cumplimiento de esta condición es supervisado por el tribunal mediante audiencias periódicas, con asistencia de la víctima, y cuando egresa del tratamiento se hace una nueva audiencia con fines prácticamente ceremoniales en la cual se le comunica oficialmente dicho egreso en audiencia pública, esto es, con participación de la víctima y la comunidad. En este último caso analizado tal vez podamos afirmar que nos encontramos en presencia de lo que se denomina justicia restaurativa, pero en general, son los acuerdos reparatorios los que más se acercan a esta fórmula, aunque también con ciertos reparos como veremos a continuación.

b) Los Acuerdos Reparatorios

i) Generalidades

Una de las instituciones más interesantes del nuevo sistema procesal penal son los acuerdos reparatorios, consistiendo éste en un convenio al que llega el imputado y la víctima del delito por el cual el primero reparará en favor de ésta, los perjuicios que su acción delictuosa le ha causado¹⁸¹.

¹⁸⁰ Para mayor ilustración de este tema consultar: <http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/351.pdf>

¹⁸¹ NUÑEZ, Juan Cristóbal. "Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral". Edit. Jurídica de Chile, Tomo II. Santiago, 2002, pág. 134.

El acuerdo reparatorio no es sino una manifestación concreta de lo que más ampliamente se denomina “justicia restaurativa”, que constituye una respuesta sistemática frente al delito, que enfatiza la sanación de las heridas causadas o reveladas por el mismo en víctimas, delincuentes y comunidades. Sin embargo, en materia de acuerdos reparatorios, el *ius puniendi* del Estado cede ante el interés individual de la víctima del delito¹⁸².

Algunos sostienen que el derecho del ciudadano para reclamar la participación del Estado surge desde el momento en que éste se atribuye la defensa de la víctima; por otra parte, ésta no acciona en el ámbito penal sino en algunos delitos en los que juega cierto papel, como son los delitos de acción privada pues, en general, el rol de la víctima en el derecho penal es sólo en cuanto medio de prueba, no obstante reconocérsele en el proceso penal actual ciertos derechos sin necesidad de ser querellante¹⁸³ y ello debido a, como se señaló en la discusión parlamentaria del actual Código Procesal Penal, “...la tendencia moderna de realzar el protagonismo de la víctima: reconocer que es más importante el ser concreto de la víctima que el interés abstracto del Estado...”. (Comisión de la Cámara de Diputados, Sesión 23 de 13 de Enero de 1998)¹⁸⁴.

En este sentido, la misión del derecho penal es la de toda rama del derecho, esto es, la regulación de la convivencia humana, requiriendo ella de preceptos jurídicos y un orden en que un individuo pueda vivir sin ser lesionado por otros.

Durante largos años los diversos sistemas penales han centrado su actividad en la investigación de los delitos, resaltando que su motivación preeminente es el interés punitivo del Estado; con ello se ha desplazado a la víctima a un rol secundario, restringido habitualmente a prestar su colaboración en la producción de las pruebas y a perseguir su

¹⁸² NUÑEZ, Juan Cristóbal. *Ibid.*

¹⁸³ HORWITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno”. *Ob. Cit.*, Tomo I, pág. 281.

¹⁸⁴ NUÑEZ, Juan Cristóbal. *Ob. Cit.* Pág. 135.

interés reparatorio por medio de acciones civiles que frecuentemente ocupan un espacio marginal dentro del proceso penal y ello porque “si la pretensión subyacente a la monopolización estatal de la violencia está constituida por la evitación de la venganza privada, entonces la neutralización del eventual agente de esa venganza deviene central.”¹⁸⁵.

Hoy en día la víctima, en el actual proceso penal, goza de un protagonismo que en el viejo sistema no tenía, cuanto más si se considera la importante función que juega en los acuerdos reparatorios, ya que al verse “reparada” otorga su perdón, extinguiéndose la acción penal. En efecto, la reparación de la víctima, por regla general, no tenía un efecto relevante en el antiguo sistema procesal penal chileno, sino era considerado sólo como una causal de atenuación de la pena (art. 11 N° 7° del Código Penal). No obstante lo anterior, existen algunas excepciones en las que la reparación tiene efectos similares a los previstos para los acuerdos reparatorios actuales. Dentro de estos casos de excepción se encontraban algunas leyes especiales que establecían que una vez reparado el perjuicio económico causado por el inculpado se producía la extinción de la responsabilidad penal, por ejemplo el artículo 22 de la Ley de Cheques y la denominada “compra” de la acción penal en la Ordenanza de Aduanas.

Otra excepción estaba constituida por la posibilidad de llegar a avenimientos que pusieran término al proceso, como ocurría tratándose de los delitos de acción privada; por ejemplo en el caso de los delitos de injurias y calumnias en donde el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal de 1906 regulaba expresamente tal materia.¹⁸⁶

¹⁸⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. “El Derecho Penal de la Víctima”. En Revista Derecho y Humanidades. Edit. Universidad de Chile, N° 10, año 2004, págs. 253 a 283.

¹⁸⁶ En este sentido ver CARNEVALI, Raúl. “Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre I, 2005, pág. 27.

Sin embargo, no parece que estas excepciones puedan ser consideradas como antecedentes válidos de los acuerdos reparatorios actuales. Más relevante tal vez, era la práctica informal que se daba en el contexto de nuestro sistema inquisitivo, según la cual en un número significativo de casos, normalmente delitos patrimoniales no violentos, el acuerdo entre querellante y querellado se traducían en un escrito de desistimiento del querellante, el que finalmente llevaba al juez del crimen a decretar el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa.

Las ideas o fundamentos principales considerados para la regulación de esta institución en nuestro país se inspiran en la nueva tendencia de protección y promoción de los intereses de la víctima dentro del sistema penal y en la necesidad del sistema de contar con herramientas que permitan seleccionar casos y ofrecer respuestas diferentes y anteriores al juicio oral.

ii) Naturaleza Jurídica de los Acuerdos Reparatorios.

Los acuerdos reparatorios tienen como fundamento y esencia lo que el profesor BUSTOS identifica como “derecho penal de alternativas”, que debe reconocer la capacidad de las partes para solucionar sus conflictos y en ese sentido ha de propender a posibilitar un encuentro entre el autor y la víctima, de modo que se produzca una reconciliación entre ellos, lo cual requiere como base, una gestión reparatoria del autor a la víctima, aunque sea sólo simbólica. De esta manera la reparación no sólo es algo que surge del hecho delictivo, sino que es un elemento sustancial de la cuestión criminal, que conduciendo a la reconciliación puede paralizar la intervención del Estado (conforme al principio de que esta última es sólo *extrema ratio*).¹⁸⁷.

¹⁸⁷ En este sentido ver BUSTOS, Juan, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 1989, pág. 79.

MAIER, por su parte, trata de determinar el objetivo que deben tener los acuerdos reparatorios u otros mecanismos que tengan por fin la reparación de los efectos dañosos del delito y dice que éste es, “deshacer la obra antijurídica llevada a cabo; colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o prohibir la realización de otra”.¹⁸⁸.

Nos parece importante la idea de MAIER en el sentido que la reparación debe ser considerada como un restablecimiento del orden jurídico quebrantado, y con ese espíritu se debe reparar el daño causado a la víctima.

Con la introducción de estas instituciones al proceso penal, algunos autores, como ya hemos adelantado, hablan de un fenómeno de “privatización” de la persecución penal, que de alguna forma ya se conoce en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a propósito de los delitos de acción privada, pero que se trata de extender a casos en que tradicionalmente ha predominado el planteamiento de la existencia de un interés público comprometido.

En último término, los acuerdos reparatorios implican el reconocimiento de una realidad práctica, las víctimas de determinados delitos muchas veces prefieren obtener alguna forma de reparación del daño causado, no necesariamente económico, en vez de sufrir los efectos estigmatizantes de participar en un proceso penal.

¹⁸⁸ MAIER, Julio, “De los delitos y de las víctimas”, Edit. Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, pág. 212.

iii) Los Acuerdos Reparatorios en el marco del Código Procesal Penal.

Los acuerdos reparatorios, se encuentran dentro de las llamadas “salidas alternativas” en el nuevo proceso penal. En estos casos el juicio no concluye con una sentencia que condena o absuelve al imputado, sino que termina con la propuesta que aquél ofrece a la víctima, por lo cual, aprobado el acuerdo, se soluciona la controversia y se pone fin al conflicto penal. Estas salidas se encuentran reguladas en los artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal.

Ahora bien, para llegar a este tipo de salida alternativa, la víctima siempre debe ser oída, nunca se podrá aprobar un acuerdo reparatorio si ésta no es consultada por el juez, en el sentido de estar conforme con la propuesta que le hace el imputado y si su voluntad de aceptarla es prestada en forma libre y exenta de cualquier presión¹⁸⁹. En efecto, es el imputado, a través de su abogado defensor, quien propone a la víctima los términos del acuerdo a que se pretende arribar y la víctima puede aceptar, rechazar o hacer una contraoferta y el Ministerio Público, si la víctima está de acuerdo y se cumplen los demás requisitos legales, con la sola voluntad en contrario del fiscal no puede impedir el acuerdo sino sólo oponerse a él, decidiendo en definitiva el juez de garantía. De esta forma, el Fiscal Nacional dictó un instructivo para sus fiscales adjuntos indicando cómo deben actuar frente a la proposición del imputado de un acuerdo reparatorio. Dicho instructivo es el que lleva el número 34 y en él, el Fiscal Nacional determina tres posibilidades de actuación: La primera es que el Ministerio Público favorezca los acuerdos reparatorios, instando por que éstos tengan lugar, respecto de un catálogo de delitos que se especifican en el mismo instructivo y que afectan exclusivamente al bien jurídico patrimonio¹⁹⁰.

¹⁸⁹ DÍAZ, Alejandra, “La influencia del movimiento pro-víctimas en la Justicia Restaurativa”, Revista CREA, Volumen 4, año 2003, pág. 195.

Una segunda opción se da respecto de delitos que afectan principalmente el bien jurídico patrimonio, pero en los cuales puede haber también otros bienes jurídicos comprometidos. En este caso el fiscal, en virtud del instructivo mencionado, debe evaluar con detención la procedencia y conveniencia de llegar a un acuerdo reparatorio. Esto significa que el Ministerio Público debe estudiar el caso y para ello debe tomarse el tiempo necesario. En lo que interesa, se menciona en este catálogo al delito de robo con fuerza en lugar no habitado, robo en bienes nacionales de uso público y robo o hurto en vehículos, es decir, lo que doctrinariamente se conoce como el delito de robo, entre otros delitos. Lo llamativo de esto es que por el instructivo N° 280 de 7 junio de 2002 que modificó el mencionado instructivo N° 34, se incorpora en esta categoría el delito de robo en lugar habitado, que antes estaba incluido en la categoría de delitos respecto de los cuales el fiscal debía oponerse a que se arribara a un acuerdo reparatorio.

La tercera opción es justamente la que mencionamos, esto es, un catálogo de delitos respecto de los cuales el fiscal debe oponerse a los acuerdos reparatorios por el tipo de bienes jurídicos comprometidos, por ejemplo, los denominados doctrinariamente “asaltos”, es decir, el robo con intimidación o con violencia o los robos calificados.

Otro elemento importante respecto de los acuerdos reparatorios es que es un Juez de Garantía el que debe verificar que la víctima ha dado su consentimiento y que lo hace con entera libertad e informada de las consecuencias que produce la aceptación de éste. Cuando el juez aprueba el acuerdo reparatorio, el juicio penal termina; ello porque la ley entiende que si la víctima accedió a éste, se siente reparada del daño o riesgo que sufrió y por lo tanto, satisfecha en lo que pretendía al hacer la denuncia.

Sin embargo, no todo proceso penal puede terminar a través de este tipo de salida alternativa, ya que la ley sólo lo permite cuando el delito afecta bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, si el delito consiste en lesiones menos graves o si se

¹⁹⁰ Ver Fiscalía Nacional. Instructivo General N° 34, pág. 3.

investigan delitos culposos. Tampoco procederán estos acuerdos si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal y se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular, siendo en todo caso, el Juez de Garantía quien deba determinar si procede o no.

Algunas críticas han señalado que los sectores de la sociedad que disponen de mayores recursos económicos pueden “comprar” su impunidad a través de esta forma de justicia¹⁹¹; no obstante, se debe tener en cuenta que la ley no ha regulado el contenido de los acuerdos, respetándose la libertad de los intervinientes para determinar cómo la víctima quedará satisfecha; es más, la experiencia indica que los acuerdos reparatorios no siempre consisten en el pago de sumas de dinero, sino también en acciones a favor del ofendido, como la ejecución no remunerada de trabajos o las disculpas públicas por los daños o peligros causados.

En cuanto al proceso penal, podemos comentar que al integrarse a él un organismo encargado de la investigación y otro distinto con la tarea de juzgar, más un juicio oral, público y contradictorio, no se transforma el sistema en algo completamente nuevo, ni genera un cambio radical en la administración del poder estatal penal, pues sigue rigiendo el denominado principio de legalidad, en el que todo delito de acción pública debe ser perseguido y sancionado (persecución penal pública y averiguación de la verdad histórica), o sea, que el conflicto sigue de la misma forma en manos del poder estatal y son, precisamente, la existencia de vías alternativas a la solución del conflicto las que sí le dan un verdadero rostro a la nueva administración del sistema de justicia criminal, ya que con él se reconoce a las personas como entes capaces de resolver los conflictos en los que se ven involucrados.

¹⁹¹ En este sentido ver HORWITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. Ob. Cit., Tomo I, pág. 569.

Por otro lado, hay consenso en sostener que la razón de las salidas alternativas, dentro del nuevo proceso penal, responde a varias ideas, unas de orden práctico referente a la necesidad de racionalizar la persecución penal pública frente a los escasos recursos disponibles, descongestionando el actuar de la justicia criminal, focalizando el mismo en los delitos de mayor gravedad; otras de carácter empírico, referente a que las respuestas mayoritarias tradicionales del sistema penal, es decir, las penas privativas de libertad, resultan socialmente inconvenientes, generalmente porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios; otro de carácter finalista, es decir, evitar los efectos estigmatizantes en los imputados por un delito y evitar su contacto con el sistema carcelario con el objeto de lograr una efectiva resocialización del individuo; y por último, el reconocimiento de la víctima como sujeto activo dentro del proceso y la consecuente protección de sus intereses, especialmente referidos a la reparación de los males causados por el ilícito en cuestión.¹⁹².

A todo lo anterior es necesario agregar que la oportunidad para celebrar los acuerdos reparatorios (y en general, cualquier salida alternativa) es desde que se le comunican los cargos al imputado (formalización de la investigación) y hasta la audiencia de preparación de juicio oral. Esto tratándose del juicio ordinario pues, tratándose de los juicios simplificados en la práctica jurisprudencial se han aplicado supletoriamente las normas del juicio ordinario, procediendo desde que el imputado comparece por primera vez a una audiencia al tribunal de garantía e incluso hasta antes de iniciarse la audiencia de juicio oral simplificado.

De otra parte, es necesario aclarar que la manifestación de voluntad del imputado vertida ante un juez de garantía, en orden a aceptar un acuerdo reparatorio, no importa aceptación de responsabilidad penal por su parte, por lo tanto este acuerdo no puede ser considerado como equivalente a una condena ni tampoco ser incluido en el extracto de filiación y antecedentes del imputado. El imputado, con el acuerdo reparatorio, sólo está

¹⁹² En este sentido ver DÍAZ, Alejandra, ob. Cit. pág. 197.

manifestando su voluntad de poner término al conflicto penal a través de un acuerdo con la víctima.

También es importante dejar en claro que el artículo 335 del Código Procesal Penal prohíbe a las partes de un proceso, invocar, dar lectura o incorporar como medio de prueba al juicio oral, cualquier antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de un acuerdo reparatorio, cosa que el artículo 415 del mismo cuerpo legal hace extensible al procedimiento abreviado, aunque la ley no resuelve el caso en que el juez de garantía que presidió la audiencia en que se rechazó un acuerdo reparatorio sea el mismo que dirija la audiencia de procedimiento abreviado, pero estimamos que en este caso dicho magistrado debiese inhabilitarse y asumir otro magistrado la conducción de la audiencia, con lo que teóricamente se resolvería el problema, salvo por la mala costumbre de algunos magistrados de revisar en el sistema informático de apoyo a la gestión de los jueces (S.I.A.J.) las actas de las audiencias anteriores que se han realizado en la causa.

2.2. LA MEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DEL PROCESO PENAL JUVENIL CHILENO.

2.2.1. Generalidades

El desarrollo de la mediación penal en nuestro país ha sido nulo y las escasas manifestaciones que en este sentido se dan al interior de nuestro proceso penal sólo son gérmenes de este mecanismo de solución de controversias. Sólo se han desarrollado programas piloto de mediación penal en el marco del proceso penal de adultos, en algunas unidades del Ministerio Público, en especial, en la Fiscalía Metropolitana Sur¹⁹³,

¹⁹³ En este sentido ver el Manual de Procedimientos Mediación Penal de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur. <http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/chile/manual>.

con los reparos que merece que la mediación sea llevada adelante por una de las partes del conflicto a solucionar, programa que pretendía instaurar la mediación penal en Chile – en causas penales de adultos - pero que sólo quedó en la iniciativa, no consiguiéndose el fin, hasta hoy. Otro plan piloto fue el que se llevó a cabo en la ciudad de Temuco, en la IX Región, llevado a cabo por el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos, CREA, de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, el que no obstante haber sido una exitosa y valiosa experiencia, tampoco logró entusiasmar en demasía a quienes son los encargados de hacer las leyes o administrar justicia penal en nuestro país. En consecuencia, en materia de derecho penal juvenil nada serio, duradero y masivo se ha hecho y estimamos que son justamente estos mecanismos alternativos de solución de conflictos penales a los que hay que dar prioridad tratándose de justicia penal de adolescentes y no seguir haciendo hincapié en el aumento de penas y en poner límites a la obtención de beneficios alternativos al cumplimiento de las condenas en forma efectiva, tal como lo pretende el proyecto de ley que actualmente se encuentra en tramitación en el parlamento y la política criminal estatal en boga hoy por hoy, lo que afirmamos en razón de los siguientes motivos:

El primero se funda en la *ratio legis* de la ley 20.084. En efecto, se supone que esta normativa nació para proteger efectivamente los derechos y garantías de los niños y así adecuar la legislación nacional a las exigencias de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en la materia. Sin embargo, con el endurecimiento progresivo de la normativa en comento lo que se ha obtenido es una eficiente maquinaria de condena y encarcelamiento de jóvenes infractores de la ley penal lo que ha llevado a que en nuestro país se favorece cada día más la criminalización y estigmatización de los niños, no tomándose este tema con la seriedad que lo amerita debido a la precaria situación de los jóvenes infractores de ley. De otro lado, a través de la ley se pretende una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social, tal como lo señala su artículo 20. En este contexto la mediación penal debe ser analizada en forma clara y consiente como una posibilidad concreta de reposicionar a los menores,

como verdaderos sujetos de derecho (en el marco del derecho penal juvenil), y como una instancia en la cual el niño pueda acceder a una real reinserción social, evitando la judicialización, con las consecuencias gravosas que trae aparejada ésta en el futuro del joven.

Un segundo motivo lo constituyen las exigencias de los instrumentos internacionales, en orden a emplear todos los mecanismos posibles para que el niño no ingrese al sistema penal. De esta forma, las Reglas de Beijing señalan al respecto que “Con objeto de promover el bienestar del menor, **a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley**, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá 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”¹⁹⁴. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que “los Estados Partes tomarán todas las medias apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que ha infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular, **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”¹⁹⁵.

En efecto, es el Estado el que debe utilizar el sistema penal como último recurso, al igual que las condenas privativas de libertad. De otro lado, a modo de ejemplo y ya en el plano del derecho internacional comunitario, el Comité de Ministros del Consejo de

¹⁹⁴ Regla 1.3 de las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.

¹⁹⁵ Convención de los Derechos del Niño, artículo 40 N° 3 letra B).

Europa aconseja a los gobiernos promover la descriminalización y medidas para evitar, siempre que sea posible, la aplicación de penas privativas de libertad a los jóvenes delincuentes, entre las que destacan “las medidas y los procedimientos de reconciliación entre jóvenes delincuentes y sus víctimas”¹⁹⁶. Es necesario entonces, optar por vías que sean menos gravosas para el menor y no por aquellas que importen una condena penal que, entre nosotros y no obstante lo señalado por los instrumentos internacionales respectivos, igualmente tienen un carácter estigmatizante en Chile, como ya lo analizamos al tratar el tema del análisis crítico de la ley 20.084. Para finalizar este punto, creemos relevante señalar que “el volumen de conflictos suspendidos por un Estado, guardara relación inversa con su vocación de proveedor de paz social y por ende, será indicador de su fortaleza como estado de derecho”¹⁹⁷.

2.2.2. Concepto de mediación.

FUNES define la mediación como “el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas naturales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.”¹⁹⁸

Por su parte, VINYAMATA señala que “la mediación es el proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al

¹⁹⁶ Recomendación nº R(87)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las Reacciones Sociales Frente a la Delincuencia Juvenil, de 17 de septiembre de 1987, acápite V, párrafo 18, parte final.

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio; Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 6.

¹⁹⁸ FUNES, Jaime. “Mediación y justicia juvenil”, Barcelona, Fundación Jaume Callis, 1995, pág. 8.

menos mitigado el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás”¹⁹⁹.

SUAREZ, a su vez, define a la mediación como “el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas naturales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”²⁰⁰.

Una definición legal de mediación la encontramos en la Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia la que, en su artículo 103, define mediación como: “aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

De otro lado, un concepto de mediación penal que podemos utilizar a fines de este trabajo, es el entregado por VARONA quien sostiene que la mediación penal “Es un proceso de comunicación en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un tercero neutral, que supone una reparación de los daños causado, materiales e inmateriales, y que en su caso, afectará el proceso penal -entendiendo éste en sentido amplio-”²⁰¹.

Podemos entonces sostener que la mediación es un método apropiado para “transformar” los conflictos, no limitándose a “resolverlos”, pues ejerce una función curativa y profiláctica de los conflictos, devolviendo la autonomía sobre la toma de decisiones a las partes. Es decir la mediación, por definición, es un proceso que

¹⁹⁹ VINYAMATA CAMP, Eduard. “Aprender Mediación”. Edit. Paidós Ibérica S.A. Barcelona, 2003, Pág. 6.

²⁰⁰ SUÁREZ, Marinés. “Mediación. Conducción de Disputas, comunicación y técnicas”. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996; págs. 69.

²⁰¹ VARONA, Gema. “La Mediación Reparadora como Estrategia de Control Social. Una Perspectiva Criminológica”. Granada. Edit. Comares, 1998, pág. 2.

trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver. Los detalles específicos de la mediación dependen de qué es lo que se está sometiendo a mediación, las partes en conflicto, quién está llevando a cabo la mediación y el medio en el cual ésta se ofrece.

La mediación hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas, por lo tanto constituye un proceso que confiere autoridad sobre si misma a cada una de las partes.

La forma más útil de observar la mediación es considerarla como una intervención de solución de problemas dirigida a una meta. Tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones. En el caso de no poder resolver todos los puntos de desavenencia, la causa esencial del conflicto puede ser entendida por los participantes y reducirse a un nivel manejable, razón por la cual para algunos la meta principal de la mediación es el manejo del conflicto y no su resolución; consecuencia de lo cual parte de la literatura se refiere a la mediación como un proceso de manejo de conflictos²⁰².

Por su parte, la **mediación penal** es la expresión más extendida de la Justicia Restaurativa en el derecho comparado pero el método alternativo de solución de conflictos menos conocidos en nuestro medio y constituye la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y responder a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad.

Sostiene Ferrajoli que "...el progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar sencillamente la desviación como signo y producto de tensiones y disfunciones sociales no resueltas, y por otro lado prevenirla, sin medios punitivos o autoritarios, haciendo desaparecer sus causales materiales. En una perspectiva semejante

²⁰² En este sentido ver FOLBERG, Jay. y TAYLOR, Alison. "Resolución de Conflictos sin Litigio". Edit LIMUSA, México, 1992.

desde luego es posible la abolición de esa pena específica – inútilmente aflictiva e incluso criminógena- que es la reclusión carcelaria. Y más en general, es deseable la reducción cuantitativa de la intervención penal paralelamente a la superación de los que Marx llamaba los focos antisociales donde nacen los crímenes: con la instauración de garantías jurídico-sociales de vida y supervivencia idóneas para eliminar las raíces estructurales de la desviación por razones de subsistencia, con la eliminación de los fenómenos de disgregación y de marginación social de los que nutren las subculturas criminales, con el desarrollo de la democracia y de la transparencia de los poderes públicos y privados cuyo carácter oculto e incontrolado está en el origen de gran parte de la actual criminalidad económica y administrativa. Pero esta reducción del derecho penal está justificada sólo si se refiere a la intervención punitiva como tal, y no a su forma jurídica”.²⁰³.

Entonces, es dentro de una concepción de un derecho penal reductor donde debe encuadrarse o situarse la mediación penal, como un instrumento alternativo al castigo y sus nocivos efectos, a través del cual se pueda resolver un conflicto determinado. Así, la mediación debe estructurarse como un instrumento de resolución de conflictos que se generan en el seno de la sociedad, adoptando una concepción de resolución definitiva de los conflictos sociales, restableciendo la paz social, quebrantada por la conducta contraria a la norma. Este proceso de mediación, debe ser analizado como la forma de que ambos actores-intervinientes en ese conflicto, tanto el victimario como la víctima, lleguen a través de un entendimiento a una superación de dicho conflicto, haciendo posible una reparación concreta del daño, y facilitando el rol del mediador como garante del acuerdo al que arriben ambas partes en el marco del proceso de mediación penal.

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón”, Edit. Trotta, Madrid, Octava Edición, 2006, pág. 343.

2.2.3. Características de la mediación y en especial de la mediación penal.

La mediación penal mantiene las mismas características de la mediación en general, sin embargo tiene rasgos propios que la caracterizan y que parten del supuesto de que su aplicación es respecto de un área del derecho que es de suyo compleja y en la que los intereses contrapuestos generalmente son de gran intensidad. Es decir, los bienes jurídicos que se contraponen en el ámbito de la mediación penal son de la máxima relevancia. En efecto, no es igual la actitud de las partes en la mediación civil, que generalmente involucra cuestiones patrimoniales, que la situación de las partes en el conflicto penal en donde una a cometido un delito y la otra ha sufrido las consecuencias.

Dicho lo anterior, para analizar las características de la mediación penal debemos comenzar señalando aquella que corresponden a toda mediación y luego de ello, referirnos a las características específicas de la mediación penal.

Las características generales de un proceso de mediación son:

- i) **Voluntariedad:** El ingreso a un procedimiento de mediación es siempre voluntario, tanto de parte de la víctima como del imputado, y una vez iniciado éste, las partes son igualmente libres para abandonarlo en cualquier momento que decidan. Esto último es sin perjuicio de que el mediador puede dar por terminado el proceso cuando estime que no es posible seguir adelante con el mismo, o considere que no es conveniente para los intereses de los involucrados o cuando decida que ese conflicto en particular amerita otro tipo de solución.

La voluntariedad es un elemento de la esencia de la mediación y por ello es cuestionable la obligatoriedad de la mediación que para ciertos casos establecen las leyes.

- ii) Es confidencial:** la confidencialidad, más que una característica es un principio de la mediación. Uno de los objetivos de la mediación es descubrir cuáles son los reales intereses que tienen los participantes del proceso. Para ello es fundamental que los partícipes confíen en el sistema y en el mediador y aquí es central que toda la información que se vierta en el ámbito del proceso de la mediación quede al interior de éste, para lo cual son absolutamente relevantes la buena fe, la confianza y la credibilidad en el sistema en general y en el mediador, en particular, durante el proceso de mediación. De este modo, sólo si las partes confían sinceramente en el mediador, se abrirán en forma espontánea y franca a revelar sus intenciones y reales intereses; entonces, con el fin de cautelar este principio, los interesados suelen suscribir convenios de confidencialidad antes de dar inicio al proceso. Las sesiones de mediación son básicamente orales, no se deja constancia escrita de nada de lo tratado en ellas, siendo los únicos documentos escritos los borradores y notas que lleva el mediador para apoyar su labor, los que se destruyen al final del proceso. Ahora bien, esta obligación de confidencialidad de la mediación es hacia afuera, pues el mediador no debe guardar secretos con ninguno de los intervinientes (excepto las materias tratadas en sesiones privadas y separadas con alguno de los participantes, de no mediar autorización expresa del partícipe que asiste a la sesión privada). Esto importa que ninguno de los partícipes del proceso puede presentar estas notas en un juicio como elemento de prueba, so pena de considerarla ilícita. Tampoco podrá el mediador declarar como testigo respecto de hechos de los que se ha enterado al interior de un proceso de mediación, aplicándose la misma sanción que en el caso anterior con la salvedad de que el mediador podría ser además encausado por violación al secreto profesional, tipificado y sancionado en el artículo 247, inciso 2°, del Código Penal.
- iii) Constituye un proceso flexible y libre de formalidades, pero con una estructura básica:** el mediador puede aplicar las reglas de procedimiento que estime más adecuadas, según su propio estilo y experiencia, sin sujetarse

estrictamente a ninguna en especial, pues el procedimiento en sí variará de acuerdo a la naturaleza y entidad del conflicto de que se trate, siempre que se garanticen y respeten los principios de voluntariedad y de confidencialidad.

No obstante lo antes dicho, según el modelo de mediación que se aplique, existen etapas o fases mínimas que respetar las que, previo a comenzar el proceso, deben ser explicadas por el mediador a los interesados.

- iv) **Es un proceso no adversarial en el que las partes actúan conjunta y cooperativamente:** los participantes del proceso no se ven mutuamente como rivales ni mantienen un espíritu revanchista o confrontacional, sino por el contrario, durante todo el proceso los participantes mantienen el control de éste, siendo solamente “guiados” durante su curso por el mediador, actuando como un verdadero equipo en la búsqueda de acuerdos que los lleven a la obtención de beneficios recíprocos y aceptables del arreglo que ellos mismos construyen con ayuda del mediador. Esto es muy ventajoso en el caso de personas que mantenían una relación previa, pues evita que las relaciones personales y comerciales se deterioren o destruyan.
- v) **Constituye un proceso de negociación asistida guiado por un tercero imparcial y neutral:** la mediación constituye un proceso de negociación en el cual los interesados son asistidos por un tercero que es imparcial y neutral, ambas condiciones necesarias e indispensables para la aceptabilidad de la persona del mediador²⁰⁴. Por una parte, la imparcialidad se manifiesta tanto en la abstención de conductas, actos o palabras que impliquen favorecer a una de las partes en desmedro de la otra u otras, como en actos positivos destinados a afirmarla. Es decir la imparcialidad, se refiere a la actitud del interventor, en cambio la neutralidad alude al comportamiento o la relación entre el interventor y los litigantes. Los mediadores, generalmente, no han mantenido una relación previa

²⁰⁴ En este sentido ver SUÁREZ, Marínés, Ob. Cit. pág. 36.

con las partes en litigio o no han mantenido una relación en la cual hayan influido directamente las recompensas o los beneficios destinados a una de las partes en detrimento de la otra. La neutralidad también significa que el mediador no espera cosechar directamente beneficios o retribuciones especiales de una de las partes como compensación por los favores prestados al encauzar la mediación.

La necesidad de imparcialidad y neutralidad no significa que un mediador no pueda tener opiniones personales acerca del resultado de una disputa. Nadie puede ser completamente imparcial. Lo que la imparcialidad y la neutralidad significan, es que el mediador puede separar sus opiniones de los deseos de los litigantes y concentrarse en los modos de ayudar a las partes a formular sus propias decisiones sin favorecer impropriamente a una de ellas. La prueba final de la imparcialidad y la neutralidad del mediador en definitiva está en las partes, quienes deben percibir que el interventor no se muestra francamente parcial o partidista si se quiere que acepten su ayuda.²⁰⁵

- vi) **No obligatoriedad del acuerdo propuesto por el mediador:** el mediador carece del *imperium* del que gozan los tribunales para hacer cumplir sus resoluciones. A los involucrados en un conflicto no se les puede obligar ni a someter a mediación el asunto, ni a permanecer en el proceso de mediación ya iniciado, ni mucho menos a aceptar un acuerdo impuesto por el mediador contra su voluntad. Ahora bien, una vez producido el acuerdo, es frecuente que las partes acudan al juez para efectos de su homologación por resolución judicial, para dotarlo de mérito ejecutivo en caso de incumplimiento; pero en este caso la fuerza para exigir el cumplimiento del acuerdo no emana del mediador, sino del *imperium* jurisdiccional del juez que da su aprobación al mismo.

En todo caso, la mayoría de los acuerdos logrados en un proceso de mediación son cumplidos sin necesidad de esta homologación y está comprobado que quienes

²⁰⁵ En este sentido ver SUÁREZ, Marínés, obra citada, pág. 37.

alguna vez han participado en un proceso de mediación generalmente vuelven a mediar futuras disputas en vez de recurrir a los tribunales.

- vii) Implica una economía para los involucrados y para el erario fiscal:** la mediación constituye un ahorro de tiempo, de fuerzas físicas y de dinero. Un juicio puede durar más de un año en primera instancia y alargarse otros tantos en segunda y ante el tribunal de casación. En este intertanto las partes incurren en una serie de gastos que irroga la tramitación de un juicio, conocidos técnicamente con el nombre de costas procesales (honorarios del receptor por concepto de notificaciones, pruebas testimoniales, confesional, peritajes, etcétera), teniendo en cuenta el hecho incierto y probable de ser condenado a pagar todas las costas del juicio, incluyendo honorarios del abogado de la contraria y del propio defensor. La mediación, en cambio, como proceso no abarca más que unas cuantas sesiones, pudiendo durar como máximo un par de meses, y generalmente los honorarios por servicios de mediación se cobran por hora, con lo cual los interesados pagan lo justo y preciso, ni más ni menos, ahorrándose costosos honorarios de abogados. Por otra parte, si multiplicamos estas situaciones, tenemos que serán incontables las veces en que se evitará poner en marcha el aparato estatal del Poder Judicial –muchas veces para casos que no lo ameritan– con el consiguiente ahorro para el patrimonio fiscal y el desgaste inútil de las instituciones públicas.

Establecidas cuales son las características comunes a todo proceso de mediación, cabe ahora abocarse al análisis de las características específicas de la mediación penal²⁰⁶:

²⁰⁶ En este sentido ver TULA, Antonio. “Mediación Penal Juvenil en el Contexto del Sistema Judicial”. *Mediadores en Red L@ Revista*, Año III N° 8, Sept 2005. Disponible en <http://www.docstoc.com/docs/114548705/MEDIACIN-PENAL-JUVENIL-DR-TULA>. Consultado el 13/03/2013.

- a) **Desequilibrio de poder:** a diferencia de la mediación civil, la mediación penal opera en el terreno de la solución de conflictos entre partes que se encuentran al interior de una relación donde prima el desequilibrio de poder, como lo es la relación entre víctima y victimario. Sin embargo, también en el ámbito del conflicto penal se dan otro tipo de relaciones donde también prima el desequilibrio de poder, tales como la de un menor de edad con una persona adulta; o bien hacerse cargo de los desniveles culturales, de experiencia y de comprensión existentes entre ambas partes del conflicto penal, etc. El mediador debe intentar que las partes acerquen posiciones para que solucionen el conflicto, pero siempre haciéndose cargo de estas diferencias casi insalvables. El mediador ya conoce que deberá equilibrar la situación con su intervención y las partes confían en que así lo hará.
- b) **Responsabilización del imputado:** A través del proceso de mediación penal se busca que el imputado asuma el daño concreto producido a una persona o grupo de ellas y que comprenda que su acción ha perjudicado a otros. La responsabilidad es el motor del cambio, lo que genera los sentimientos de deuda y motiva a buscar soluciones. Dicho de otro modo, la mediación penal pretende recuperar el respeto de una persona hacia la otra y construir responsabilidades explícitas en sus acciones y propuestas, es decir busca el reconocimiento de la mala conducta por parte del imputado y la protección de la dignidad de las personas, es decir, no interesa infringir dolor al ofensor sino que se trata de solucionar el conflicto mediante la aceptación de responsabilidad de este y una posterior reparación.
- c) **Reconocimiento de la víctima como parte del proceso penal:** Por mucho tiempo, el llamado derecho penal garantista o, como se le ha denominado por la

Escuela de Frankfurt, el “viejo y buen derecho penal liberal”²⁰⁷, propugnó la neutralización de la víctima a favor del monopolio de la acción penal pública, lo que en el último tiempo ha ido cambiando incorporándose a los códigos procesales de la mayor parte del planeta, instituciones que dicen relación con la protección a las víctimas o que derechamente hacen posible su participación activa en el procedimiento penal²⁰⁸. Cabe señalar que esta tendencia a favor de la víctima no responde a manifestaciones del abolicionismo ni tampoco se trata de la privatización de la justicia penal, sino que implemente constituye una nueva forma de concebir el derecho penal que parte de formas de “castigo” al delincuente que sean alternativas a las penas de prisión y que pasan por la reparación del daño causado a la víctima.

- d) **Aspecto transformativo:** en este sentido, la mediación penal no sólo se queda en la simple resolución del conflicto sino que pretende además, a través de poner énfasis en el diálogo, en lograr la empatía entre las partes en conflicto, en la reparación de la víctima, y la actitud reparatoria del imputado, no sólo que se arribe a un acuerdo entre las partes, sino que éste trascienda al marco social, ayudando a la comunidad en su conjunto a aprender otras formas de resolución de conflictos.

²⁰⁷ Concepto utilizado por LÜDERSEN, en “Zurück zum guien alten, liberalen, anstandigen Kernstrafrecht?”. Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”. Madrid, 2001, segunda edición ampliada y revisada, pág.152. Nota 359.

²⁰⁸ Entre nosotros, artículos 6, 108 y ss. y 241 del Código Procesal Penal.

2.2.4. Partes intervinientes en el proceso de mediación.

a) La Víctima.

En el denominado “bueno y viejo derecho penal liberal” la víctima derechamente fue preterida. En efecto, por siglos, el derecho penal se orientó en exclusiva hacia el autor del delito, dejando de lado a la víctima, siendo ella considerada sólo como un objeto o elemento probatorio dentro del proceso penal, pero jamás como un actor relevante del mismo, lo que resulta explicable en razón del monopolio de la persecución penal por parte del Estado lo que necesariamente importa la exclusión de la víctima, o más precisamente su reemplazo en la función de castigar al delincuente, en razón de la desconfianza del sistema a la posible reacción de la víctima.

Sin embargo, esta segregación de la víctima desde el derecho penal fue cambiando desde fines del siglo pasado (década de los ochentas) redundando para nosotros este cambio en el reconocimiento para la víctima de ciertos derechos en el nuevo proceso penal, cuya aplicación se inicia en Chile el año 2001, derechos tales como el oponerse a la aplicación del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público, ser oída por el Tribunal en los procesos en que se aplica la suspensión condicional del procedimiento, participación directa en los acuerdos reparatorios, entre otros, como vimos con anterioridad en este trabajo.

Además, se ha redescubierto a la víctima como un actor esencial en los procesos de mediación penal, teniendo ella la posibilidad de participar activamente en este proceso, enfrentar a su victimario, conocerlo y demostrarle sus sentimientos y necesidades volviendo al delito en algo real y reparable, y pactar formas de solución del conflicto o reparación.

De otro lado, al ser la mediación un proceso de transferencias, la víctima puede permitirse perdonar a su agresor y con ello lograr una importante reparación en lo emocional.

b) El Mediador.

El mediador cumple una vital función en el proceso de mediación pues no es un mero observador sino que tiene un rol activo que consiste en conducir el proceso, procurando la implicación y entendimiento de las partes.

El mediador contiene la crisis inicial, prepara a las partes para el encuentro, introduce elementos de reflexión que posibiliten un cambio de actitud en las partes logrando, en lo posible, una flexibilización de sus posiciones y permitiendo poder ver al otro en forma más humana.

Como decíamos, es función del mediador guiar a las partes a una situación de equilibrio en las negociaciones. Ese equilibrio lo logrará a través de distintos cauces. Uno de ellos es que ambos contendientes compartan la totalidad de la información necesaria para resolver el caso. Esa información no sólo cubrirá las circunstancias concretas del caso, sino también las vinculadas al régimen jurídico vigente, a la jurisprudencia imperante y a todo otro dato objetivo que permita tener una idea clara de la situación, para el caso de someter las partes el conflicto a juicio. También deberá buscar que se despersonalice el problema, separando los distintos puntos del conflicto, para la búsqueda de soluciones adecuadas.

Al respecto existen dos posiciones. Para algunos los mediadores deben limitarse a dirigir el procedimiento de las negociaciones y dejar las decisiones del contenido a las partes. Para otros, que constituyen mayoría, el mediador debe trabajar con las partes en

la solución de fondo para llegar a una solución justa, sin que ello le reste imparcialidad y neutralidad.

El mediador debe tener las siguientes capacidades: a) confiable; b) buen oyente; c) perceptivo; d) capacitación específica y entrenamiento en el tratamiento interdisciplinario de la problemática familiar; e) poseedor de una seria intención de ayudar; f) hábil para la comunicación; g) flexible; h) neutral; i) imparcial; j) sigiloso (respeto de la confidencialidad y de las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto); k) creativo; l) paciente; ll) conciliador.

c) La Comunidad.

La comunidad también cumple un rol importante en el proceso de mediación pues ella tiene un doble efecto en la sociedad: El primero es que la mediación es útil para regular buena parte de sus conflictos potenciando nuevas formas de participación social. Pero además, la mediación es útil socialmente por cuanto ayudan a disminuir el sentimiento de inseguridad ciudadana y todo lo que ella conlleva, principalmente, la respuesta agresiva de parte de la comunidad hacia quienes transgreden sus normas, lo que ha ido convirtiendo a la justicia en el último tiempo en una suerte de venganza socialmente organizada.

Pero también la comunidad representada es útil en el proceso de mediación pues debe participar en ésta cuando se trate de delitos cuyo bien jurídico protegido es de carácter social o de sujeto pasivo indefinido, como es el caso de los delitos de peligro y de todos aquellos denominados de criminalidad del estado previo²⁰⁹, figuras típicas que se caracterizan por la anticipación de la punibilidad, es decir, penar conductas no por la lesión que ellas provocan a un determinado bien jurídico sino que sólo por el mero

²⁰⁹ En este sentido ver JACKOBS Gunter, "Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico" en Estudios de Derecho Penal, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, págs. 293 a 324.

hecho de ponerlo en peligro. Ejemplos claros de esto podemos encontrarlos en las figuras contempladas en el artículo 288 bis del Código Penal (porte de arma blanca), artículo 50 de la ley 20.000 (porte de droga en la vía pública), conducción de vehículo en estado de ebriedad, entre muchas otras.

d) El adolescente infractor.

Su voluntad es central en todo proceso de mediación, que parte de la base del reconocimiento de responsabilidad que el adolescente preste para estar en posición de reparar el daño causado con su actual delictual.

El proceso de mediación y la aceptación de responsabilidad en los hechos sin duda será una forma eficiente de evadir la condena penal para el infractor, sin embargo, como veremos a continuación, también la mediación entrega una gran oportunidad a los jóvenes infractores de ley para verse enfrentados al mal causado por su actual delictivo y los ayudará a enmendar su conducta y disminuir sus posibilidades de reincidencia.

2.2.5. Ventajas de la mediación penal.

Después de analizar las características de la mediación penal, podremos determinar cuáles son sus ventajas y desventajas.

a) Ventajas para la víctima:

- i)** La primera ventaja de la mediación para la víctima es que le otorga a ésta la posibilidad de que el imputado rectifique su actuar delictivo, en forma tal que dicha rectificación sea valiosa para la víctima, dando a ésta la opción de pedir y recibir una disculpa de parte del autor del hecho ilícito.

- ii) Otra ventaja es que a través de la mediación es posible confrontar al imputado con el impacto que su conducta delictual produjo en la víctima, y de otro lado permite a ésta expresar sus pensamientos y sentimientos a su victimario para de esta manera convertir al victimario en personalmente responsable ante la víctima.
- iii) Una tercera ventaja que podemos señalar es que la mediación penal es el motivo para que la víctima deje de ser vista como un objetivo del delito o una “presa” para atacar, y vuelva a ser vista como persona, con sus sufrimientos y temores producidos por el delito.
- iv) Otra ventaja de la mediación penal es que ella da a la víctima una mayor probabilidad de que le paguen efectivamente una compensación económica como una suerte de indemnización por el daño sufrido por el delito.
- v) Por último, la mediación penal otorga a la víctima una eficaz herramienta para sentir que se ha hecho justicia en su caso, mucho más allá de la condena penal. En efecto, en la justicia retribucionista la víctima sufre por partida doble pues pierde ante el infractor y ante el Estado. La víctima no es escuchada en sus intereses ni tampoco tiene una participación activa en el proceso dado que actúa como un mero denunciante para después pasar a ser un instrumento probatorio. Por esta razón la víctima ocupa la peor parte del proceso, pues es quién ha sufrido las consecuencias del victimario y luego es despojada de sus derechos por el Estado y es alejada y excluida en el proceso penal.

b) Ventajas para el imputado

- i) La mediación penal entrega al victimario la oportunidad de reemplazar su castigo o pena corporal por la corrección o reparación del mal que ha causado a la víctima con su actuar delictivo.

- ii) También la mediación penal otorga al imputado la posibilidad de participar en la decisión sobre el tipo de reparación del mal que se dará a la víctima y de negociar la forma de cumplimiento de esta, para que dicha reparación no sea ilusoria.
- iii) La mediación penal otorga al victimario una real posibilidad de reinserción social, que no otorga la cárcel. Esto porque con la mediación y reparación se evita la persecución penal, el prontuario criminal o el encarcelamiento y el contagio criminógeno, todo a cambio de rectificar el agravio a la víctima.

c) Ventajas para la comunidad.

- i) Con la mediación penal, la comunidad se ve beneficiada pues se ha demostrado empíricamente que aquella produce una disminución en la reincidencia criminal. Este fenómeno se produce por el hecho de que el victimario comprende la consecuencia de su actuar delictivo al darse cuenta del daño que dicho actuar ha causado en la víctima, lo que no se produce con el castigo corporal o privación de libertad pues, en el caso de la justicia retributiva, ella produce -paradójicamente- un sentimiento de victimización en el condenado al sentirse castigado físicamente por el Estado.
- ii) La mediación penal otorga un escenario propicio para la mantención de la paz social, dado un marco previo de agresión de uno contra otro. La mediación contribuye a atenuar el conflicto y a bajar la tensión de la relación. En otros términos “la mediación tiene una productividad, tanto en términos de prevención general como de prevención especial. Supone un proceso de responsabilización no punitivo, merced al cual los sentimientos de venganza, de resentimiento y de miedo

se elaboran y se superan, generando confianza y seguridad en los individuos y en la comunidad”²¹⁰.

d) Ventajas para el sistema judicial.

- i)** La mediación penal contribuye a mejorar la imagen que se tiene de la justicia institucional, tanto de la comunidad como de los ciudadanos, ya sean víctimas o infractores²¹¹.

- ii)** La mediación penal, en la gran mayoría de los casos, produce una importante disminución del tiempo de duración del proceso penal. De esta forma, un proceso que puede demorar 2, 3 o hasta 6 meses puede terminar en unos pocos días, a través de la intervención de un mediador que acerque las posiciones de las partes y las haga arribar a un acuerdo con el que se pone fin al conflicto.

2.2.5. Limitaciones a la mediación.

En general, no debiese haber limitaciones para intervenir un determinado proceso penal a través de un procedimiento de mediación. Sin embargo, la práctica, los prejuicios, las limitaciones legales y la política criminal adoptada por los distintos países han ido determinando que los programas de mediación penal que se han puesto en marcha se apliquen especialmente en el ámbito del derecho penal juvenil, salvo excepciones, y respecto de delitos menores o más bien delitos de bagatela.

De esta forma, para que un proyecto de mediación penal tenga éxito se requiere, en primer término, un cambio de mentalidad respecto de quienes hacen las

²¹⁰ ROSSNER, Dieter (Coord) “La Mediación Penal (Justícia i Societat; 19) Edit. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Castellá, 1999, pág. 66.

²¹¹ En este sentido ver: ROSSNER, Dieter. Ob. cit. pág. 67.

leyes y también respecto de quienes las aplican y en nuestro país estamos muy lejos de aquello, lo que queda de manifiesto con las últimas reformas como la ley 20.253 denominada “Agenda Corta Antidelincuencia”. Bien basta observar cual ha sido el resultado de la interpretación que han dado los jueces a la ley 20.084 y el abuso por parte de ellos y del Ministerio Público, de la medida cautelar de internación provisoria como para darse cuenta que la señal que se pretende dar desde el Estado no es precisamente la de la reinserción social o rehabilitación del delincuente sino que el objetivo parece ser justamente el contrario, esto es, privilegiar el castigo corporal o cárcel antes que cualquier otra medida alternativa para enfrentar las conductas delictivas²¹².

²¹² En este sentido ver BERRIOS, Gonzalo. “Demasiados Jóvenes Presos”. En <http://ciperchile.cl/2011/02/27/demasiados-jovenes-presos-preocupante-balance-de-la-ley-penal-adolescente/>. Consultado el 19/03/2013.

2.3. ¿ES VIABLE LA MEDIACIÓN EN LA NUEVA JUSTICIA PENAL JUVENIL CHILENA?

Ya hemos dicho que en Chile, la nueva Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, sentó un nuevo sistema de justicia penal para los jóvenes cuyas edades fluctúan entre los 14 y menores de 18 años, modificando el antiguo sistema tutelar de menores por un sistema de responsabilidad cuya base es la Convención de los Derechos del Niño.

Como ya analizamos en este trabajo, el sistema tiene muchas similitudes con el procedimiento para los adultos, ya que al igual que éste requiere la participación del Ministerio Público, Defensores Penales, Jueces de Garantía, Tribunales Orales en lo Penal y precisa de un juicio público, oral y contradictorio de la misma forma. En este proceso, los jóvenes infractores disfrutan de los mismos derechos y garantías que los adultos más algunas garantías especiales en razón de su minoridad, madurez y culpabilidad, siendo responsables de los delitos que cometen con lo que, además, se ha hecho tabla rasa con la otrora institución del “discernimiento”.

Es nuestra opinión que en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Adolescente, hay muchas posibilidades de poner en práctica los principios de la justicia restaurativa que hemos venido analizando y por ende de la mediación penal. De hecho es deseable que así ocurra, lo que será necesario profundizar, eso sí, desde lo legislativo.

Para fundamentar lo anterior, lo primero que puede esgrimirse es una razón histórica, a saber, que el proyecto de ley enviado al Congreso Nacional, el 2 de agosto de 2002, consideraba amplios estadios de justicia restaurativa, sobre todo en materia de acuerdos reparatorios. En efecto, el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo consagraba la procedencia de los acuerdos reparatorios en los procesos penales juveniles de una forma mucho más extensa que tratándose de los adultos. Así, por ejemplo, no se establecían las limitantes que rigen para estos últimos establecidas en el artículo 24 del

Código Procesal Penal en lo concerniente al tipo del delito. De igual forma, no existía la posibilidad que el juez rechazara la procedencia del acuerdo reparatorio sobre la base de esgrimir un interés público para la prosecución del delito.

Durante la discusión parlamentaria la regulación de este instituto experimentó variadas modificaciones, señalándose incluso la posibilidad de incorporar mecanismos de mediación acordes con los principios de justicia restaurativa. Incluso, se alcanzó a consagrar como requisito que tanto el Ministerio Público como la Defensoría Penal contaran con equipos especializados destinados a mediar entre la víctima y el imputado. No obstante, durante el Tercer Trámite Constitucional, la Comisión Mixta decidió eliminar la alusión a dicha salida, por no resultar satisfactoria la amplitud de su regulación, considerándose que la misma podía desnaturalizarse al utilizarse como un mero instrumento de compensación económica favorable a quienes disponían de recursos.²¹³

Es útil mencionar que la Defensoría Penal Pública propuso en el año 2004 (mientras la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente se discutía en el Senado) que era necesario potenciar la justicia restaurativa con los adolescentes infractores, que es donde más se ha desarrollado a nivel internacional, como lo veremos a continuación. No obstante, en la ley que finalmente fue despachada del Congreso Nacional, no se hizo alusión alguna ni a la justicia restaurativa ni a la mediación penal. Tampoco se extendió el marco de procedencia de los acuerdos reparatorios. No obstante, señala COUSO, “es preciso señalar que tratándose de la suspensión condicional del procedimiento, por la rebaja de pena que opera para los adolescentes en relación a los adultos, y considerando que el límite de procedencia de la suspensión condicional consiste en delitos cuya pena

²¹³ Informe de la Comisión Mixta en Tercer Trámite Constitucional, pág. 12.

concreta no supera los tres años de privación de libertad, esta salida alternativa procede respecto de una gama más amplia que para los adultos.”²¹⁴.

Una segunda razón para instaurar la mediación dentro de la justicia penal adolescente, como una forma alternativa de resolver el conflicto, es la gran congestión que hoy existe en los penales para jóvenes debido al uso abusivo que se ha hecho por parte de los jueces de la medida cautelar de internación provisoria, siendo ella ocupada claramente como un castigo anticipado, lo que podemos afirmar en base a la cantidad de jóvenes que quedan en internación provisoria comparados con aquellos que efectivamente cumplen condena. En efecto, un gran porcentaje de los jóvenes que se vieron privados de libertad durante la tramitación del proceso no son condenados a penas privativas de libertad. Específicamente, en el tercer año de vigencia de la Ley 20.084, más del 65% de los imputados que estuvieron en internación provisoria fueron finalmente sancionados a cumplir una pena en el medio libre (sancionado sin privación de libertad) o se dio término a su causa por salida alternativa, sobreseimiento, algún término facultativo de la Fiscalía u otras formas de poner fin a una causa²¹⁵.

Existe todavía una tercera razón para optar por incluir a la mediación como una alternativa de solución al conflicto penal en materia de adolescentes infractores y esta es la descongestión del sistema penal. En efecto, conocidas son las voces que se han expresado desde el Ministerio Público señalando que esa institución se encuentra al borde del colapso o en una situación crítica²¹⁶ y como solución a este problema puede perfectamente plantearse la mediación penal, ya que con esto se extraen causas desde el sistema penal para intentar su solución en la esfera de la composición o negociación.

²¹⁴ COUSO, Jaime, “La política criminal para adolescentes y la Ley N° 20.084”. En Documento de Trabajo, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2008.

²¹⁵ BERRÍOS, Gonzalo y VIAL, Luis. Ob. Cit. Pág. 9.

²¹⁶ Ejemplo de esto lo constituyen las declaraciones del Fiscal Nacional Sabas Chahuán de 4 de Octubre de 2012. <http://www.lanacion.cl/sabas-chahuan-es-indispensable-consultar-a-los-fiscales-por-reforma/noticias/2012-10-04/165554.html>

Una vez establecido que es recomendable el establecimiento entre nosotros del sistema de mediación penal juvenil, surge entonces la pregunta de si es factible implementarlo en base a la legislación vigente o bien si es necesaria una modificación legal para ello.

De acuerdo a nuestro criterio, creemos que es posible implementar la mediación penal juvenil en base a las normas legales vigentes, con las salvedades que indicaremos.

Así, en primer término, entendemos que la justicia restaurativa y la mediación penal juvenil se pueden implementar, en primer lugar, en el **ámbito de las salidas alternativas**, y a este respecto nos remitimos a lo dicho anteriormente al tratar el tema subtulado: “Manifestaciones de la Justicia Restaurativa en la Legislación Chilena: Las Salidas Alternativas”, complementándolo con el importante tema de la colisión aparente entre el principio de presunción de inocencia envuelto en la suspensión condicional del procedimiento y el aceptar ingresar a un proceso de mediación penal, pues -como ya lo señalamos entonces- el proceso de mediación parte de la premisa de que el imputado reconoce y asume su responsabilidad con anterioridad a aceptar ser sometido a dicho proceso. ¿Qué pasaría entonces si habiendo aceptado el imputado un proceso de mediación a través de una salida alternativa, establecido como condición de la letra H del artículo 238 del Código Procesal Penal, es decir como “otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se trate y sea propuesta, fundadamente, por el ministerio público”, aquel fracasa después de haber aceptado la responsabilidad en el hecho al interior del proceso de mediación?, ¿será posible utilizar esta declaración o aceptación de responsabilidad en el futuro procedimiento a que se dé curso luego de fracasar la mediación?. Entendemos que la respuesta es “no”, de cara a lo expresamente establecido en el artículo 335 del Código Procesal Penal que prohíbe expresamente “invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición,

discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado”. Sin embargo, esta prohibición sólo rige para la incorporación de información al juicio oral y expresamente no regiría, por ejemplo, para la discusión de medidas cautelares en caso de proceder, es decir, eventualmente el Ministerio Público podría verse tentado a invocar, por ejemplo, una confesión del imputado vertida al interior de un procedimiento de mediación para fundar la internación provisoria de un menor de edad y si bien sería posible para la defensa invocar analógicamente la norma del artículo 335 citada, la materia es de tal importancia -pues incluso puede ser la diferencia entre la libertad o la prisión de un joven infractor- que estimamos que debiese consignarse expresamente mediante una reforma legal al efecto, la prohibición de utilización de cualquier antecedente que forme parte de un proceso de mediación, en cualquier etapa del proceso penal, o bien determinar el secreto de los mismos para terceros ajenos al proceso de mediación, tal como se ha hecho en el derecho comparado.

En cuanto a la utilización del **principio de oportunidad como instrumento de la mediación penal juvenil** creemos que esto no es posible entre nosotros, de cara a los efectos que tiene el artículo 170 del Código Procesal Penal que consagra este principio. En efecto, dicha norma legal señala que el principio en comento no podrá aplicarse a los delitos de gran entidad tales como los robos con intimidación, con violencia, en lugar habitado pues sólo procede respecto de hechos que no comprometan gravemente el interés público y respecto de los que a menos que la pena mínima asignada al delito no excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (es decir, penas de hasta 540 días), lo que limita enormemente el universo de hechos respecto de los cuales es posible poner en marcha un proceso de mediación, a no ser que mediante una reforma legal se amplíe o elimine este límite de pena como requisito de procedencia del principio de oportunidad.

De otro lado, sostiene la norma más adelante que el efecto de la aplicación del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público será el de extinguir la acción penal respecto del hecho de que se tratare y entendemos que el Ministerio Público, de cara a su actual política criminal, no estará dispuesto a renunciar anticipadamente a la acción penal pública ante la eventualidad de que fracase el proceso de mediación, a no ser que se modifique la ley en el sentido de hacer revivir la acción penal en caso de fracasar la mediación por causa del imputado lo que, a nuestro juicio, requeriría de una reforma constitucional al artículo 76 de la Carta Fundamental, pues el principio de oportunidad requiere de aprobación judicial y en razón de dicha norma, a los jueces les está vedado hacer revivir procesos fenecidos.

En tercer lugar, se ha dicho que es posible igualmente ingresar a un proceso de mediación penal **en la etapa de condena**, utilizando las penas de reparación a la víctima y los servicios en beneficio de la comunidad. En este sentido, la Ley Penal Juvenil establece en su artículo 11 la sanción de servicios en beneficio de la comunidad, señalando:

“La sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120. La imposición de esta sanción requerirá el acuerdo del condenado, debiendo, en su caso, ser sustituida por una sanción superior no privativa de libertad.”. Por su parte en el artículo 10 se establece la sanción de reparación del daño a la víctima, reparación que puede consistir en el pago de una suma de dinero, la restitución o reposición de la cosa, o un servicio no remunerado a favor de la víctima. En este último caso se requiere la aceptación previa del condenado y de la víctima. La ley no menciona expresamente la posibilidad de realizar procesos de mediación en estos casos.

La pregunta que cabe plantearse en este caso es ¿Cuál es el incentivo para el imputado de aceptar un proceso de mediación una vez que éste ha sido condenado?, sin duda ninguno por lo que creemos que una iniciativa como esta estaría condenada al fracaso, a no ser que se ofreciera por el fiscal una notable rebaja de condenas a delitos más graves y de esta manera poder aplicar las penas propuestas, sin embargo esto legalmente no es posible pues las penas antedichas están dispuestas por tramos dependiendo de la gravedad de los delitos de que se trata y aquellas corresponden, obviamente, a los delitos de más escasa entidad. En este sentido, lo que proponemos es establecer una norma similar a la que actualmente consagra el artículo 398 del Código Procesal Penal, actualmente vigente sólo para las faltas penales. Señala la norma citada: “Suspensión de la imposición de condena por falta. Cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurren antecedentes favorables que no hagan aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216.”, es decir, la propuesta es que una vez dictada la sentencia condenatoria (cualquiera sea su entidad), se suspendan sus efectos y a través de un proceso de mediación penal, se sustituyan por trabajos comunitarios o reparación del daño a la víctima.

Entonces, todo parece indicar que la mediación penal es una solución viable de instalar entre nosotros en el ámbito de la justicia penal adolescente. Por lo demás, existen experiencias en el derecho comparado en que se demuestra que, además de las ventajas ya reseñadas, la mediación penal tiene directo impacto en la baja de las tasas de reincidencia delictiva. Al efecto, citaremos dos de dichas experiencias, a saber: la llevada adelante en la provincia de Neuquén, Argentina y aquella desarrollada en Cataluña, España, que ejemplifican claramente que la implementación de la mediación

penal juvenil no es tan sólo viable de poner en práctica sino que también muy recomendable.

La Experiencia de Neuquén

En la provincia argentina de Neuquén, desde el año 2002 hasta agosto del año 2004, a través de la firma de un Convenio de colaboración celebrado entre el Tribunal Superior de Justicia y el Ministerio de Gobierno y Seguridad, se ejecutó un programa experimental consistente en la aplicación de la mediación en materia penal juvenil.

Se buscaba entonces obtener respuestas más satisfactorias para el infractor, para la víctima y para la sociedad en su conjunto, en materia de infracciones a la ley penal, que las que ofrecía la pena retributiva. Asimismo, señaló el informe final, “este programa abre la posibilidad de alcanzar soluciones no violentas, más positivas y democráticas en cuanto se posibilita que las partes resuelvan su propio conflicto, dejando la intervención del Estado para los casos en que exista una grave afectación al interés público o que fracase la mediación o se incumpla el acuerdo alcanzado”²¹⁷.

Para poner en marcha el programa, se tuvo que dictar una ley provincial, la N° 2302, que permitió la aplicación del criterio o principio de oportunidad que permitía al fiscal renunciar a la persecución penal en caso de ocurrir un resultado favorable de la mediación.

Como resultado de la aplicación de este programa se elaboró un informe que concluyó, entre otras cosas, que un gran porcentaje de las personas sometidas al programa aceptaron la mediación propuesta, con igual porcentaje de solución del conflicto a través de esta vía.

²¹⁷ Programa de Mediación Penal Juvenil, Provincia de Neuquén, República Argentina. Informe final. Pág. 3. <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/87.pdf>

Asimismo los acuerdos alcanzados como resultado de la mediación, han sido cumplidos sin inconvenientes, y sin reedición de situaciones problemáticas entre las mismas partes.

También el estudio comentado da cuenta de un efecto multiplicador que la situación resuelta origina, el que se traduce en que otros integrantes de la comunidad, afectados por situaciones similares, quieran solucionarlas a través del mecanismo de la mediación y asimismo distintas instituciones de la comunidad, tanto educativas como policiales o vecinales, acudieron a los mediadores del programa para intentar solucionar problemas generados entre vecinos, alumnos y profesores con alumnos y/o sus padres, lo que da cuenta de que la mediación se constituyó en un importante elemento pacificador de las relaciones sociales al interior de la comunidad intervenida, tanto en la resolución como en la prevención de los conflictos o su profundización.

La experiencia de Cataluña.

En la provincia de Cataluña, España, se pone en marcha, en Mayo de 1990, el Programa de Mediación y Reparación, en el ámbito de la justicia de menores, “tomando en cuenta las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Resolución 87/20) sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil y otras recomendaciones de organismos internacionales”²¹⁸.

En general, a partir de las distintas evaluaciones que se han hecho de este programa es posible afirmar que su aplicación ha sido un aporte valioso de cara a la aproximación de la justicia de menores en España a los tratados y recomendaciones internacionales vigentes en la materia.

²¹⁸ La Mediación Penal Juvenil en Cataluña”. Equipo de Mediación del Departamento de Justicia. En ROSSNER, Dieter (Coord). “La Mediación Penal (Justicia i Societat; 19)”. Edit. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Castellá, 1999. pág. 39.

El programa en comento fue considerado, por quienes lo desarrollaron, como un aporte al cambio del sistema de la justicia de menores en Cataluña y en general, en España y formó parte del proceso de transformación del modelo protector y correccionalista existente hasta entonces, a uno garantista y responsabilizador que potenciase el principio de intervención judicial mínima y la desjudicialización, tal y como ha sido la tendencia mundial.

Los objetivos del programa de mediación penal juvenil en la provincia de Cataluña pasaron por el objetivo general de impulsar el diálogo y la participación del autor y la víctima en la resolución del conflicto y específicamente el objetivo responsabilizador del adolescente infractor, además de plantearse como una nueva forma de reacción ante el delito, en la cual la responsabilización del sujeto no es fruto del castigo o la sanción, sino de la voluntad y del compromiso reparador del joven infractor, así como también de la participación de la víctima en la solución del conflicto.

Los instrumentos legales con los que se contó para poner en marcha el programa fueron, en primer término, la reparación extrajudicial, mediante el cual se pone fin al procedimiento en su inicio, siempre que se diesen ciertas condiciones tales como: la poca gravedad de los hechos, las condiciones o circunstancias del menor, el hecho de que no se haya utilizado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, si ello acaece, el juez, a propuesta del fiscal, podrá dar por concluidas todas las actuaciones a través de la aplicación del principio de oportunidad el que, a diferencia de lo que ocurre entre nosotros, queda condicionado al cumplimiento del compromiso reparatorio.

Un segundo instrumento con el que se contó fue la posibilidad de regular la reparación extrajudicial como alternativa a la ejecución de la sentencia al final del procedimiento siempre que el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten

una propuesta de reparación extrajudicial de común acuerdo. Si ello es así, el juez de menores, a instancia del Fiscal o del Defensor, podrá decidir la suspensión del fallo por un tiempo determinado y máximo de dos años. En otros términos, el procedimiento judicial sigue adelante hasta la obtención de la sentencia, con lo que, a nuestro juicio, se evita el conflicto que se produce entre la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio con la renuncia al principio de inocencia que lleva consigo, por su naturaleza, el procedimiento de la mediación, el que necesariamente exige que el victimario se responsabilice de sus actos asumiendo su culpa en ellos. Siguiendo con la idea, el proceso de mediación es, en este caso, posterior a la sentencia definitiva condenatoria y la reparación ofrecida por el joven infractor condenado, previa aceptación de la víctima o a falta de oposición fundada, viene a suplir a la ejecución de la sentencia. Esto último es interesante por cuanto para que operen los efectos del proceso de mediación no siempre el consentimiento expreso de la víctima será considerado como un elemento esencial, sino que a veces se dará curso a la mediación (o al menos a sus efectos) incluso contra la voluntad de la víctima, cuando la oposición de ésta sea infundada, lo que desde nuestro punto de vista hace que, sólo en este último caso, no estemos en presencia de un proceso de mediación sino que de una forma *sui generis* de suspender los efectos de la condena, similar al del artículo 398 de nuestro Código Procesal Penal, el que sin embargo, y después de la reforma de la ley 20.074 del año 2005, entre nosotros sólo es aplicable a las faltas.

La suspensión de los efectos del fallo a la que nos hemos estado refiriendo, la aplica el juez escuchando el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el abogado defensor, tomando en cuenta el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta y siempre desde la perspectiva exclusiva del interés superior del niño y la niña, dejando constancia en acta de los términos de la reparación y de los mecanismos de control de su cumplimiento y en caso de que el joven infractor incumpla los términos de la reparación, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada por el juez.

La experiencia relatada dejó varias conclusiones que es recomendable tomar en cuenta a la hora de analizar la factibilidad de implementar un programa de mediación penal juvenil.

La primera de ellas es que programas de este tipo son un excelente observatorio del conjunto de población juvenil que llega a la justicia y como tal un inapreciable instrumento para medir, por ejemplo, extracción social de la población juvenil puesta a disposición de la justicia de menores, el número de jóvenes por edad y sexo que son puestos a disposición del sistema penal, entre otros factores, a partir de lo cual sin duda pueden diseñarse en forma más efectiva, políticas destinadas a la prevención del delito entre los jóvenes.

En el mismo sentido anterior, la mediación tiene una productividad, tanto en términos de prevención general como de prevención especial. Supone un proceso de responsabilización no punitivo, merced al cual los sentimientos de venganza, de resentimiento y de miedo, se elaboran y se superan, generando confianza y seguridad en los individuos y en la comunidad y asimismo, en orden al desarrollo de mecanismos de prevención social orientados al bienestar de la comunidad, 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, el barrio, la familia y la escuela entre otros.

Se concluye también a través de esta experiencia, que en el segmento etario de jóvenes de 14 años, éstos son muy pequeños para la justicia y poco maduros para la mediación, lo que claramente acarrea un problema de cara a la legitimidad de la voluntad prestada por el adolescente para acceder al proceso de mediación o para la adquisición de compromisos reparatorios para con la víctima. Otro tanto ocurre con las víctimas menores de edad, casos en que el proceso de mediación se hace más complejo,

puesto que, con frecuencia, hay una importante implicación de los adultos (padres o tutores) en su defensa, lo que en ocasiones puede ser positivo y en otras se traduce en un proteccionismo que puede dificultar el diálogo directo entre ambos menores (autor y víctima).

Otra de las conclusiones a las que se arribó después de los varios años de puesta en práctica del programa es que las víctimas se dividen prácticamente en dos grupos, de un lado personas naturales y del otro personas jurídicas tales como grandes almacenes, fábricas, transportes, etc. en las que, si bien no existe un componente de victimización personal, ello no impide la posibilidad de hablar del conflicto e instalar la mediación para su solución. Esta misma circunstancia puede darse cuando se trata de entidades de servicio público, pero en este caso la entidad perjudicada, representando a la colectividad, destaca el significado y la necesidad de reparación del bien público que ha sido dañado.

Se ha demostrado a lo largo de los años de aplicación del programa, que de forma explícita son muy pocas las víctimas que, pese a sentirse realmente afectadas por los hechos, rechacen participar en un eventual proceso de mediación, lo que generalmente ocurre cuando la relevancia del conflicto es escasa.

Respecto del tipo de delito, es necesario destacar que a través de los años de la aplicación del programa se ha producido una evolución respecto de los delitos que se abordan. De esta forma se han ido incorporando paulatinamente al programa los delitos de robo con violencia e intimidación en los que, en principio, anteriormente no se intervenía, siendo la cifra más notable las del 15,3% de los casos, para todo el período de aplicación del programa, que alcanza el delito de robo con fuerza.

La mediación en este tipo de hechos, así como en los de lesiones, tiene resultados relevantes para las víctimas en tanto en cuanto les ayuda a superar sentimientos de

miedo o angustia que pueden provocar pérdida de autoestima y confianza en sí mismos, como ya hemos visto.

Otra conclusión interesante a que ha llegado la aplicación del programa de mediación en Cataluña es que el porcentaje de éxito en los procesos de mediación iniciados es muy elevado, puesto que únicamente un 16,6% no han resultado satisfactorios, y por diversas razones tales como el incumplimiento de los compromisos por parte del menor infractor, desacuerdo manifiesto entre ambas partes, valoración del mediador respecto de la inadecuación del proceso para una o ambas partes o en casos muy puntuales, la reconsideración inicial de la causa por parte del Fiscal.

Como resultado de la aplicación del programa también puede consignarse que el encuentro directo entre las partes no siempre es posible, ni tampoco necesario, en particular en aquellas circunstancias en que tanto el autor como la víctima atribuyen una escasa relevancia a los hechos.

En cuanto a las cifras de reincidencia, respecto de los jóvenes sometidos al programa de mediación penal en Cataluña, se ha podido concluir que los datos de reincidencia de que dispone la DG de Medidas Penales Alternativas y Justicia Juvenil en Cataluña señalan que ésta, para períodos largos superiores a los 5 años, afecta al 18,5% de todos aquellos menores que son puestos a disposición judicial. Estos mismos estudios señalan que, a corto plazo, para un período de un año, reinciden el 13,2% de los menores. Sin embargo, en cuanto a las cifras de reincidencia del programa de mediación, éstas señalan que esta tasa de reincidencia para los períodos cortos de un año, oscila entre el 7% y el 9%, mientras que para los períodos largos, la reincidencia conocida a lo largo de estos 8 años, se sitúa en un 17%; en ambos casos, muy por debajo de la tasa de reincidencia general a que ya hicimos mención.

En el sentido anterior, la mediación supone, hoy por hoy, un mecanismo idóneo para dar contenido al principio de oportunidad en materia de justicia penal juvenil y con ello contribuir a materializar las recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa en el sentido de promover al máximo la desjudicialización de las causas penales en las que se vean implicados los menores de edad. Conclusión que sería plenamente aplicable a nuestro medio dado el mandato que ha hecho el legislador al Ministerio Público para que privilegie este tipo de salida tratándose de la justicia penal de menores, lo que lamentablemente no ocurre como ya lo analizamos supra.

Finalmente, respecto de la aplicación del programa de mediación en la provincia de Cataluña, el equipo del programa pudo concluir que 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 y con ello mejorar la imagen que tienen de la Justicia institucional, tanto la comunidad como los ciudadanos, ya sean víctimas o infractores.

CONCLUSIONES.

El presente trabajo está dividido en dos partes y en consecuencia, hemos decidido exponer las conclusiones de la misma forma, es decir, divididas en las dos grandes temáticas abarcadas.

RESPECTO DEL ANÁLISIS CRÍTICO A LA LEY R.P.A.

1. Lo primero que cabe concluir es que el texto de la ley 20.084 que fue promulgado está muy distante del anteproyecto que en un comienzo fue elaborado por el ejecutivo y enviado al Congreso para su aprobación, y que pretendía derogar el sistema tutelar de menores, estableciendo un sistema acorde con las exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello por cuanto dicho anteproyecto sufrió una serie de modificaciones regresivas a instancias de indicaciones parlamentarias, que terminaron por debilitar las garantías, endurecer las penas, pérdida de la especialidad del sistema de justicia, dando como resultado una ley más represiva de cara a la criminalidad adolescente, una rebaja de la edad de responsabilidad penal y al final del día, una ley que se aparta de lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y demás instrumentos internacionales que regulan la criminalidad adolescente, es decir, la ley se convirtió sólo en un instrumento más eficiente de castigo efectivo para los adolescentes infractores, no obstante el fin último declarado en la misma ley de “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”. Lo antes dicho no dejan de extrañar pues las acciones que produjeron la modificación del proyecto de ley provinieron justamente, de personas que deben velar por los derechos humanos, por la Constitución y por los tratados

internacionales en razón de un mandato constitucional y por lo tanto, debiesen promover reformas legales que digan relación con establecer la prisión de un adolescente como medida de extrema ratio y consagrar medidas que vayan en protección del interés superior del niño, no siendo el encierro excesivamente prolongado, como el que existe hoy en nuestro país, parte de ellas. Es más, toda ley penal adolescente, tal como la tendencia internacional lo indica, tiene además un poderoso propósito de integración social, basada en el reconocimiento de la adolescencia como una etapa crítica, lo que ha fundamentado la especificidad del sistema. Este propósito se ve ampliamente mermado al imponer la privación de libertad como sanción preferente para hacer frente a infracciones graves pero también para aquellas que distan mucho de serlo lo que, como se dijo, importa un incumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país, específicamente, la Convención de los Derechos del Niño y compromete la responsabilidad internacional del Estado.

2. En el sentido anterior, la ley 20.084 al ser promulgada, no cumple con varios de los principios establecidos en la convención de los Derechos del Niño y la propia ley 20.084, por ejemplo, el principio del interés superior del niño, de la especialización, de la excepcionalidad de la privación de libertad. Así, debemos avanzar en reformas legales que permitan confeccionar un sistema de responsabilidad penal adolescente que se adapte a los estándares internacionales existentes en esta materia. De esta manera, las reformas futuras debiesen ir en el sentido de crear un sistema verdaderamente especializado de justicia juvenil, con fiscales y jueces exclusivos para tal labor e incluso con instalaciones ad-hoc, recordando que sólo en materia de la defensa penal juvenil se ha logrado verdadera especialidad, además de generar normativa en la cual la pena privativa de libertad sea efectivamente de extrema ratio, lo que debiese partir por modificar los extensos plazos de privación de libertad actualmente existentes en nuestra ley y también por reservar la pena privativa de libertad sólo para aquellas

infracciones de mayor gravedad y no como ocurre hoy en que dicha pena es posible imponerla incluso a delitos que tienen asignados una pena de presidio menor en su grado medio. Además, las futuras reformas legales debiesen estar orientadas hacia la búsqueda de penas o medidas alternativas a las penas privativas de libertad de los adolescentes.

3. No obstante el tenor literal de la Ley 20.084 que a veces puede llevar al maximalismo punitivo, la doctrina y la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema han ido señalando que las sanciones no pueden ser un medio para alcanzar la resocialización de un adolescente ya que el ideal educativo o resocializador sólo debe usarse como argumento limitador de la pena y usar la pena para lograrlo. Esta es la única forma de compatibilizar la ley de responsabilidad penal de adolescentes con la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes.

RESPECTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL

1. El desarrollo de la mediación penal en nuestro país ha sido nulo y las escasas manifestaciones que en este sentido se dan al interior de nuestro proceso penal, sólo son gérmenes de este mecanismo de solución de controversias principalmente los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento en relación con el programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas.
2. Como dijimos, la ley 20.084 pretende para los adolescentes infractores de ley penal, una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. La mediación penal constituye, entonces, una posibilidad concreta de reposicionar a los niños y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho y

una instancia en la cual ellos puedan acceder a una real reinserción social, evitando la judicialización, con las consecuencias gravosas que trae aparejada ésta en el futuro del joven.

3. De esta forma, se hace necesario optar por vías de enfrentar el conflicto penal que sean menos gravosas para el adolescente infractor y es en este sentido que se enmarca la posibilidad de establecer en nuestro país, en forma permanente, definitiva y seria, un sistema de mediación penal juvenil.
4. Pero para que éste sea realmente efectivo y una alternativa válida a la privación de libertad debe configurarse para que pueda aplicarse a cualquier tipo de delito y sea cual sea la pena asignada al mismo, lo que es imposible hoy dada las exigencias legales existentes tanto para la procedencia del principio de oportunidad como para la suspensión condicional del procedimiento o los acuerdos reparatorios. Entonces, para que lo dicho sea factible será necesario modificar nuestra legislación en razón de, tratándose de justicia penal juvenil, hacer más amplia la procedencia del principio de oportunidad, de las salidas alternativas o bien modificando el artículo 41 de la Ley 20.084, según sea el caso, lo que permitirá suspender los efectos de la sentencia en cualquier tipo de delito, facilitando así el proceso de mediación.
5. Sin embargo, para que lo anterior pueda ser una realidad, antes que nada debe operar un cambio de mentalidad en los fiscales del Ministerio Público y en los jueces a fin de que flexibilicen sus criterios de rigurosidad en la búsqueda de penas efectivas tratándose de adolescentes infractores de ley penal, y para ello se requiere que se aplique un fuerte programa de capacitación para los operadores del sistema en orden a inculcar los principios de extrema ratio de la prisión de adolescentes, de intervención penal mínima y de mínima extensión de la pena. De lo contrario las reformas en el sentido propuesto serán letra muerta.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. BAVESTRELLO BONTÁ, Irma. “Derecho de Menores”. Edit. Lexis Nexis. 2ª Edición, Santiago de Chile, 2003.
2. BRAITHWAITE, John, “Justicia restaurativa: recuento optimista y pesimista”, Bogotá Editorial Temis S.A., 2002.
3. BUSTOS, Juan, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 1989.
4. BUSTOS, Juan. “Derecho Penal del Niño – Adolescente”. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2007.
5. BUSTOS, Juan. “Obras Completas. Tomo I, Derecho Penal Parte General”. Ediciones Jurídicas Santiago, Segunda Edición, Santiago de Chile, 2007.
6. CERDA, Mónica y CERDA, Rodrigo. “Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes”. Edit. Librotecnia, Santiago, 2006.
7. CILLERO, Miguel. En Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (Directores) Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero – Parte General, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
8. CONSEDINE, Jim. “Justicia Restaurativa”, Editorial Reus, Madrid, 2006.
9. CORTES, Julio. ”Algunas reflexiones sobre el problema de la respuesta estatal frente a los menores de edad acusados de cometer hechos punibles, su historia y perspectivas”. En Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas. Edit. Corporación Opción, LOM – Ediciones. Santiago, 2001.
10. FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón”, Edit. Trotta, Madrid, Octava Edición, 2006.
11. FOLBERG, Jay. y TAYLOR, Alison. “Resolución de Conflictos sin Litigio”. Edit LIMUSA, México, 1992.
12. FOUCAULT, Michel “Vigilar y castigar : nacimiento de la prisión”. Siglo. XXI Editores, Buenos Aires, 2002.

13. FUNES, Jaime. “Mediación y justicia juvenil”, Barcelona, Fundación Jaume Callis, 1995.
14. GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther. “La Mediación y la Reparación. Aproximación a un Modelo”. En “La Mediación Penal (Justícia i Societat; 19)”. ROSSNER, Dieter (Coord). Edit. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Castellá, 1999.
15. HORWITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno”. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo I.
16. JACKOBS Gunter, “Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico” en Estudios de Derecho Penal, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997.
17. KUNSEMULLER, Carlos. En Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (Directores) Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero – Parte General, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
18. MAIER, Julio, “De los delitos y de las víctimas”, Edit. Universidad Diego Portales, Santiago, 2004.
19. MAIER, Julio. “¿Es la Reparación una Tercera Vía del Derecho Penal?”. En “El Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba” ZAFFARONI, Raúl y TERRAGNI, Marco (Coord.) Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.
20. MARSHALL, Tony, “La evolución de la justicia restaurativa en Gran Bretaña”, Ediciones Home Office, 1999, New York.
21. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal, Parte General”. Tercera Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
22. NEWMAN, Elías. “Mediación Penal”. Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires, 2005.
23. NUÑEZ, Juan Cristóbal. “Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral”. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2002.
24. PLATT, Anthonny. “Los «Salvadores del Niño» o la Invención de la Delincuencia”. Siglo Veintiuno Editores. México, 2006.

25. ROSSNER, Dieter (Coord) “La Mediación Penal (Justicia i Societat; 19) Edit. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Castellá, 1999.
26. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”. Madrid, 2001, segunda edición ampliada y revisada.
27. SUÁREZ, Marínés. “Mediación. Conducción de Disputas, comunicación y técnicas”. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996.
28. VARONA, Gema. “La Mediación Reparadora como Estrategia de Control Social. Una Perspectiva Criminológica”. Granada. Edit. Comares, 1998
29. VILLEGAS, Myrna y FRIEDMAN, Loreley. “Responsabilidad Penal Adolescente. Delinquentes Juveniles”. Editorial El Jurista, Santiago de Chile, 2010.
30. VINYAMATA CAMP, Eduard. “Aprender Mediación”. Edit. Paidós Ibérica S.A. Barcelona, 2003.
31. ZAFFARONI, Eugenio; Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2002.

Revistas

1. BELOFF, Mary. “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo Para Armar y Otro Para Desarmar”. En Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 1, Santiago, 1999. Edit. Unicef, páginas 9 a 22.
2. CABALLERO, Eric y ROJAS, Pablo. “Principios Básicos Sobre La Utilización De Programas De Justicia Restaurativa En Materia Penal Adoptados Por Las Naciones Unidas”. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008.
3. CAMARA ARROLLO, Sergio. “Justicia Juvenil Restaurativa: Marco Internacional Y Su Desarrollo En América Latina”. En Revista de Justicia Restaurativa N° 1, octubre 2011. Edita Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, España. Nota al pie N° 1.
<https://docs.google.com/a/pfi.org/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxzY2pvc3BhaW58Z3g6MTdjM2E0YTgyNmJhMTE2OQ>. Consultado el 04/03/2013.

4. CARNEVALI, Raúl. “Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre I, 2005.
5. CILLERO, Miguel. “Comentario A La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”. En Revista Justicia y Derechos del Niño N° 8. UNICEF, Santiago 2006.
6. CILLERO, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño” En Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 1, Edit. Unicef, Santiago, 1999.
7. CILLERO, Miguel. “Proporcionalidad y Fines de la Sanción Penal de Adolescentes: Consideraciones para la Aplicación del Criterio de Idoneidad de la Sanción”. En Revista Informes en Derecho N° 5. Estudios de Derecho Penal Juvenil I. Edit. Defensoría Penal Pública, Santiago, Noviembre 2009.
8. CORTES, Julio. “La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes Dentro de las Transformaciones de Largo Plazo en el Ámbito del Control Social Punitivo”. En Revista El Observador, N° 2, Octubre 2008, SENAME Gobierno de Chile.
9. CORTÉS, Julio. “La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes Dentro de las Transformaciones de Largo Plazo en el Ámbito del Control Social Punitivo” En Revista El Observador N° 5, Edición especial, 2009, pág. 76. http://www.sename.cl/wsename/otros/observador5/el_observador_5__%2057-82.pdf. Última visita: 04/01/13.
10. COUSO SALAS, Jaime. “Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile: Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva”. Rev. derecho (Valdivia), Valdivia, v. 25, n. 1, jul. 2012. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100007&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 07/002/ 2013.
11. COUSO, Jaime. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, n. 38, jul. 2012.
12. COUSO, Jaime. “La Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084”. En Revista Justicia y Derechos del Niño N° 11. Unicef, Santiago, 2009.
13. COUSO, Jaime. “Principio Educativo y (Re)socialización en el Derecho Penal Juvenil”. En Revista Justicia y Derechos del Niño N° 8. Unicef, Santiago, 2006, págs. 60 y ss.

14. DÍAZ, Alejandra, “La influencia del movimiento pro-víctimas en la Justicia Restaurativa”, Revista CREA, Volumen 4, año 2003. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000100007&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 16/01/2013.
15. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “Justicia Restaurativa y Mediación Penal: De la Teoría a la Práctica”. En Revista Lex Nova. Ed. Lex Nova Madrid. 2008. Número 23. p. 33-68.
16. DÜNKEL, Frieder; VAN ZYL SMIT, Dirk, “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”. En BERRÍOS, Gonzalo. “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”. Revista Política Criminal, Vol. 6, N° 11 (Junio 2011), págs. 163 a 191. http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A6.pdf. Consultado el 04/02/2013.
17. FARIÁS BARRERA, Ana María. “El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos.”. En Revista de derechos del niño. Universidad Diego Portales, UNICEF. Santiago de Chile. No. 2, año 2003, p. 187-224.
18. GEISSE GRAEPP, Francisco y ECHEVERRIA RAMIREZ, Germán. “BASES Y LIMITES PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES”. En Revista de Derecho (Valdivia). [online]. jul. 2003, vol.14 [citado 27 Septiembre 2012], p.99-124. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.
19. HORVITZ LENNON, María Inés. “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable” Documento de trabajo N°1 2006, [informes]. Santiago de Chile: Defensoría Penal Pública, 2006,
20. MAÑALICH, Juan Pablo. “El Derecho Penal de la Víctima”. En Revista Derecho y Humanidades. Edit. Universidad de Chile, N° 10, año 2004, págs. 253 a 283.
21. McCOLD, Paul, “Visión De La Justicia Juvenil Restaurativa”, Revista Forum, Agosto, 2003.
22. ROXIN, Claus, “La reparación en el sistema de los fines de las penas”, Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991, págs. 5 a 22.
23. SANTIBÁÑEZ, María Elena y ALARCÓN, Claudia. “Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de

mejoramiento”. En Revista Temas de la Agenda Pública, Año 4, N° 27, junio 2009, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos.
<http://www.repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/1525/531813.pdf?squence=1>. Consultado el 11/01/2013.

Sitios Web

1. BERRÍOS, Gonzalo y VIAL, Luis. “3 Años de Vigencia, Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente”. Defensoría Penal Pública – UNICEF., Santiago, 2011.
http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/349/INFORME%203%20años%20RPA.pdf.
2. BERRIOS, Gonzalo. ”Demasiados Jóvenes Presos”. En <http://ciperchile.cl/2011/02/27/demasiados-jovenes-presos-preocupante-balance-de-la-ley-penal-adolescente/>
3. CHINCHILLA, Max. “Justicia Restaurativa En Costa Rica. Instauración De La Justicia Restaurativa En El Ministerio Público De Costa Rica, Principales Retos”. Tesis (Maestría en Derecho Penal). Universidad Internacional De Las Américas, Costa Rica, 2009. Disponible en http://www.justiciarestaurativa.org/news/chinchilla/at_download/file.
4. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>, Capítulo II, Sección B, Págs. 7 y ss.
5. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay- OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, capítulo VII, párr. 11.
<http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/cap.7.htm#A>.
6. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones Finales al Segundo Informe Periódico de Chile (CRC/C/CHL/CO/3), 23 de abril de 2007, párrafo 71.
[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.CHL.CO.3.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.CHL.CO.3.Sp?OpenDocument).
7. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 10, “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores”, 25 de abril de 2007.
http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf.
8. CORTÉS, Julio. “Acerca De La Ley De Responsabilidad Penal De Adolescentes”.
http://www.opcion.cl/documentos/biblioteca/JusticiaJuvenil/Responsabilidad_Penal_en_Chile.pdf.

9. CRUZ Y CRUZ, Elba. “El Concepto de Menores Infractores”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf>.
10. DUARTE, Klaudio. Mundos jóvenes, mundos adultos: lo generacional y la reconstrucción de los puentes rotos en el Liceo. Última década. [online]. 2002, vol.10, n.16 [citado 2012-09-25], pp. 95-113 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362002000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-2236. doi: 10.4067/S0718-22362002000100004.
11. FRIEDMAN, Loreley. “Justicia restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles”. Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Copenhage, 2007. http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/justicia%20restaurativa.pdf
12. Historia de la Ley 20.084. Biblioteca del Congreso Nacional. En <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>>.
13. Historia de la Ley 20.191. Biblioteca del Congreso Nacional. En <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20191/HL20191.pdf>> http://www.opcion.cl/descargas/Opcion_5agnosdeLRPA.pdf.
14. INFORME DE DIAGNOSTICO DE LA IMPLEMENTACION DE LA LEY 20.084 Junio 2007- Marzo 2010. Coordinador, Jorge Martínez M. EDIT. SENAME. Año 2010. http://www.sename.cl/wsename/otros/rpa/INFORME_LRPA_FINAL.pdf
15. McCOLD, Paul y WACHTEL, Ted. “En Busca de un Paradigma: Una Teoría Sobre Justicia Restaurativa”. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro, Brasil. http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm_span.pdf .
16. MINISTERIO DE HACIENDA, Informe Final “Evaluación Comprehensiva del Gasto Defensoría Penal Pública”. http://www.dipres.gob.cl/574/articles-45312_doc_pdf.pdf.
17. OBSERVADORES DE DERECHOS HUMANOS. Informe “Violencia Policial en Chile. Período Agosto a Octubre de 2011”. http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/odh_-_informe_periodo_agosto_-_octubre_2011.pdf.

18. TULA, Antonio. “Mediación Penal Juvenil en el Contexto del Sistema Judicial”. Mediadores en Red L@ Revista, Año III N° 8, Sept 2005. Disponible en <http://www.docstoc.com/docs/114548705/MEDIACIN-PENAL-JUVENIL-DR-TULA>.
19. UNICEF Comité español. “La Convención de los Derechos del Niño”. En [http://dds.cepal.org/infancia/guia-para-estimar-la-pobreza-infantil/bibliografia/introduccion/Naciones%20Unidas%20\(1989\)%20Convencion%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Nino.pdf](http://dds.cepal.org/infancia/guia-para-estimar-la-pobreza-infantil/bibliografia/introduccion/Naciones%20Unidas%20(1989)%20Convencion%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Nino.pdf).
20. UNICEF, Documento de trabajo N° 3. “Adolescentes y Sistema Penal: Un desafío para el Sistema Democrático”. Noviembre, 2003. http://www.unicef.cl/archivos_documento/79/infancia3.pdf.