



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE ENSEÑANZA CLÍNICA DEL DERECHO

**ESTUDIO DEL TRATAMIENTO AL ADOLESCENTE ENAJENADO MENTAL EN EL
PROCESO PENAL CHILENO**

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

DOMINIQUE NICOLE TAPIA VALDIVIA

Profesora guía: Boriana Benev Ode

Santiago, Chile

2015

DEDICATORIA

A mis maestros. Los de la vida, que me insuflaron desde sus aires y forjaron desde sus fuerzas, que me hicieron persona.

A mis maestros, los del colegio, que con arte hicieron que amara todo nuevo aprendizaje.

A mis maestros, los de la Escuela, que creyeron y confiaron incluso cuando yo no lo hacía.

A mi familia, sin los cuales nada de lo anterior podría haber tenido comienzo ni fin.

AGRADECIMIENTOS

Pieza clave del presente trabajo fue la colaboración de diversas instituciones y personas que pusieron su tiempo y esfuerzos en la consecución de la investigación.

En primer lugar, al Servicio Nacional de Menores y al Hospital Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak, quienes proporcionaron información valiosa para esta investigación.

Especial consideración y agradecimiento merece la ayuda prestada por Gonzalo Berríos, Jefe de la Unidad de Responsabilidad Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública, quien amablemente dispuso los medios para la realización de la principal fuente informativa del presente estudio.

Finalmente, a Borianna Benev, quien como profesora guía tomó parte activa en la elaboración, poniendo su mejor disposición, sempiterna paciencia y rigor para su llegada a buen puerto.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO	11
1.1. Tratados Internacionales de derechos humanos.....	11
1.1.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	12
1.1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	14
1.1.3. Convención Internacional de Derechos del Niño.....	16
1.1.4. Reglas de Beijing.....	22
1.1.5. Directrices de Riad.....	26
1.1.1. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores 1.1.6. privados de libertad.....	28
1.1.7. Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.....	30
CAPITULO 2. EXPERIENCIA COMPARADA: DERECHO PENAL JUVENIL ALEMÁN Y REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS.....	33
2.1. Derecho Penal Adolescente en Estados Unidos.....	35
2.2. Derecho Penal juvenil alemán.....	48
CAPITULO 3. LEGISLACIÓN NACIONAL: LEY N° 20.084.....	54
3.1. Principios y garantías de la ley 20.084.....	55
3.1.1. Responsabilidad penal especial.....	56
3.1.2. Especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, orientación a la prevención especial positiva.....	61
3.2. Ley N°20.084.....	65
CAPITULO 4. ESTUDIO DEL TRATO AL ADOLESCENTE INIMPUTABLE EN EL PROCESO PENAL.....	78
4.1. Recopilación de antecedentes.....	78
4.2. Metodología.....	84
4.2.1. Solicitud de información al Instituto Psiquiátrico Doctor José Horwitz Barak.....	84
4.2.2. Solicitud de información al Servicio Nacional de Menores.....	86
4.2.3. Información obtenida desde la Defensoría Penal Pública.....	86
4.3. Exposición de información recopilada.....	88

4.3.1. Exposición de información recopilada.....	88
4.3.2. Proceder de los actores.....	90
4.3.3. Aplicación del procedimiento establecido en el Código Procesal Penal.....	97
4.3.4. Derechos vulnerados.....	101
4.3.5. Alternativas de perfeccionamiento.....	110
CAPÍTULO 5. PROPUESTAS DE ACCIÓN.....	112
5.1. Aparición de antecedentes.....	112
5.2. Pericia de inimputabilidad.....	115
5.3. Declaración del juez sobre imputabilidad.....	117
5.4. Aplicación exclusiva de medidas de seguridad.....	119
6. CONCLUSIONES.....	124
6.1. Alcances, resultados y conclusiones generales.....	124
6.2. Recomendaciones al problema de investigación.....	126
GLOSARIO.....	128
BIBLIOGRAFÍA.....	129

ÍNDICE DE TABLAS

	Página
TABLA 1: Distribución de defensores encuestados por región de desempeño	87
TABLA 2: Cantidad de casos con antecedentes psiquiátricos indicativos de inimputabilidad	89
TABLA 3: Detalle de imputados por género y región	90
TABLA 4: Menores en internación provisoria que han recibido atención psiquiátrica por sexo, año y región	92
TABLA 5: Problemas prácticos en la aplicación de una medida de seguridad	99
TABLA 6: Número de medidas de seguridad aplicadas en adolescentes cumplidas con privación de libertad	100
TABLA 7: Consideración por los defensores de las vulneraciones a los derechos constitucionales en la aplicación de medidas de seguridad	101
TABLA 8: Afectación de garantías consagradas en CIDN	102
TABLA 9: Principios de la LRPA afectados por medidas de seguridad	103
TABLA 10: Número de causas que han recibido atención psiquiátrica por LRPA en SENAME, disgregadas por centro, año y género	105
TABLA 11: Porcentaje de menores que recibieron atención psiquiátrica por sobre total de atendidos, según región y año	107
TABLA 12: Delitos con mayor cantidad de causas ingresadas con atención psiquiátrica, por año y género	109
TABLA 13: Medidas propuestas para la aplicación de medidas de seguridad	111

RESUMEN

La presente investigación tuvo por objetivo determinar y analizar el procedimiento aplicable a los adolescentes entre 14 y 17 años, imputados por crimen o simple delito que se encuentren en la hipótesis del artículo 10 N° 1 del Código Penal.

A partir del análisis de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad, Reglas de las Naciones Unidas para los Menores privados de libertad y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se determinaron los estándares internacionales aplicables a esta hipótesis. Asimismo, se recurrió al derecho comparado (Derecho penal adolescente estadounidense y alemán) para conocer los avances y posibles alternativas a la persecución penal común para adolescentes con trastornos mentales.

A la luz del marco teórico anterior, se analizó la normativa nacional pertinente, comprendiendo principalmente la Ley N° 20.084 y su reglamento, así como su implementación. Esto último, a partir de la información proporcionada por el Servicio Nacional de Menores (SENAME), el Hospital Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak, y encuestas realizadas a Defensores Públicos juveniles. Los datos recabados permitieron constatar vulneraciones a los derechos y garantías inherentes al debido proceso. En este sentido, se constató la aplicación a menores de edad de medidas de seguridad, procedimiento regulado en el Código Procesal Penal y aplicado a adultos. A partir de lo anterior, se formularon sugerencias orientadas a la adecuación del actual sistema a las exigencias de los instrumentos internacionales.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la ley N°20.084, Chile dio por cumplidas las exigencias en el ámbito internacional respecto a su legislación y trato a los adolescentes infractores, abandonando el anterior enfoque tutelar y pasando a considerar a los adolescentes sujetos de derechos. Lo anterior se funda en una visión comprensiva del fenómeno delictivo, incorporando objetivos como la responsabilidad, la reintegración y reeducación social. La sanción adquiere un fin preventivo especial.

La declaración de responsabilidad penal del adolescente se origina a partir de la modificación del año 2007 al artículo 10 N° 2 del Código Penal, que considera a los mayores de 14 años susceptibles de asumir responsabilidad por hechos ilícitos. Este nuevo paradigma abandona la idea del discernimiento existente en el antiguo artículo 10 N°3 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, la edad y el hecho reprochable no son los únicos fundamentos de la imputabilidad. Otro elemento que influye en esta determinación es la existencia o no de una enfermedad o trastorno mental que se subsuma en enajenación mental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 N°1 del Código Penal. No obstante lo anterior, la ley N°20.084 excluyó de su regulación a aquellos menores que podrían ver excluida su responsabilidad penal por padecer dichas condiciones mentales.

Frente a este vacío normativo, en la práctica actual los tribunales chilenos han recurrido al sistema penal de adultos, mediante el procedimiento especial de aplicación exclusiva de medidas de seguridad regulado en los artículos 455 a 465 del Código Procesal Penal, para enfrentar la hipótesis antes señalada.

Las infracciones al debido proceso se observan en cuanto el procedimiento de aplicación de medidas de seguridad del Código Procesal Penal no se identifica con las necesidades, garantías y derechos específicos de los adolescentes, internándolos en un sistema judicial que no los reconocerá como titulares de los mismos derechos que sus pares mentalmente sanos, igualándolos de facto con un adulto.

En base a esta problemática, el objetivo general de esta tesis fue determinar el procedimiento aplicable en el caso de un adolescente imputado por crimen o simple delito

que se encuentre en la hipótesis del artículo 10 N° 1 del Código Penal. En atención a lo anterior, los objetivos específicos fueron:

1. Establecer las condiciones mínimas de protección de los derechos de los adolescentes infractores determinados por los instrumentos internacionales de mayor relevancia en materia de derechos humanos atinentes a la temática penal adolescente.
2. Relevar las alternativas que el Derecho comparado ha dado al tratamiento procedimental en casos de menores infractores de la ley penal en hipótesis de inimputabilidad por enajenación mental.
3. Determinar y analizar las alternativas legales y judiciales existentes en Chile para abordar el caso de adolescentes infractores susceptibles de ser declarados inimputables y su aplicación práctica.
4. Determinar, las vías administrativas, judiciales o legales que permitan, ante la hipótesis planteada, dar cumplimiento a los derechos establecidos en instrumentos internacionales.

La hipótesis del presente trabajo es que no existe una regulación en el ordenamiento jurídico interno chileno que regule el tratamiento de adolescentes enajenados mentales exentos de responsabilidad por el artículo 10 N°1 del Código Penal. Ante este escenario, los tribunales de justicia han recurrido a la utilización del procedimiento común de adultos, el cual no satisface los estándares internacionales y nacionales de especialidad y protección. Ante esta insuficiencia normativa, privar de libertad al adolescente constituiría una violación a su libertad ambulatoria. No obstante lo anterior, se configura una oportunidad para que el Estado establezca un procedimiento especializado para adolescentes inimputables, que considere sus derechos y garantías, poniendo a Chile al día en sus compromisos establecidos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Para la comprobación o eventual refutación de la hipótesis, se trabajó con diversos métodos, técnicas investigativas así como fuentes primarias y secundarias.

En un primer capítulo, establece el marco teórico de análisis de la presente investigación. Se abordaron los principales instrumentos internacionales que tratan los derechos humanos de los menores de edad ante el sistema de justicia penal juvenil como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el capítulo dos, titulado “Experiencia comparada: Derecho penal juvenil alemán y regulación en Estados Unidos”, estudia la legislación comparada que ha regulado el supuesto de la hipótesis, centrando el enfoque en los sistemas normativos nombrados.

En un tercer capítulo, llamado “Legislación nacional: Ley N° 20.084” analiza dicha ley, su reglamento, la Ley N°19.968, la Ley N°16.618 y demás normativa nacional pertinente.

En el cuarto capítulo, aborda el procedimiento seguido por los intervinientes, el funcionamiento de algunas instituciones colaboradoras, y los derechos vulnerados bajo el procedimiento actual aplicado a adolescentes enajenados mentales o con imputabilidad disminuida. Lo anterior se verificó a través de los datos estadísticos proporcionados por diversas instituciones.

Finalmente, en el quinto capítulo se formulan propuestas para perfeccionar el actual sistema de responsabilidad penal adolescente. Para finalizar en un sexto capítulo de conclusiones extraídas de el análisis efectuado en capítulos anteriores.

La presente tesis busca relevar la problemática que conlleva la aplicación de una legislación que resulta insuficiente para abordar todos los supuestos probables del fenómeno delictivo. Trasciende de lo anterior, la necesidad de establecer parámetros normativos que permitan el respeto a las garantías de los adolescentes imputados por un delito.

CAPITULO 1. MARCO TEÓRICO

Desde la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CIDN) en 1990, se hizo patente en Chile el retraso en materia administrativa y legislativa respecto al tratamiento otorgado a niños, niñas y adolescentes. El Estado debía ajustar su sistema de respuesta a diversas áreas, como familia, penal y protección de derechos de este grupo etario.

Pese a los avances implementados, aún quedan materias pendientes, entre ellas, la problemática planteada en esta tesis. El vacío legislativo que rodea a los adolescentes infractores potencialmente inimputables nos obliga a buscar alternativas, opciones y estándares en dos vertientes: i) Los tratados internacionales de derechos humanos que tratan la materia, y ii) las respuestas a la inimputabilidad de los adolescentes infractores que ha elaborado el derecho comparado. A partir de lo anterior, se analizará el panorama legislativo chileno con el objetivo de verificar si existen alternativas legislativas o administrativas disponibles ante la existencia de antecedentes que pongan en duda la imputabilidad de un adolescente enfrentado al proceso penal.

1.1. Tratados internacionales de derechos humanos

Resulta necesario revisar los instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile y que establecen estándares en materia de protección de los derechos de los niños. Entre ellos, es relevante analizar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas de la ONU para la protección de menores privados de libertad.

Si bien no resulta aplicable a Chile el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se estudiaron los estándares, directrices y derechos recogidos en dicho tratado, ya que son

acordes a las nuevas ideas y posiciones de la doctrina internacional¹, relevante para este trabajo.

1.1.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue suscrito por Chile en 1966, misma fecha de su adopción por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, aunque promulgado en nuestro país casi 10 años más tarde y publicado en el año 1989². Se trata del principal tratado internacional que reconoce el carácter universal de los derechos humanos³.

El PIDCP se avoca a aspectos que han resultado primordiales para justificar la especial protección a los adolescentes. Su artículo 9 trata el derecho a la libertad y seguridad personales y las condiciones mínimas para la privación de la misma⁴. En el numeral 1 del mismo artículo, se menciona de manera muy similar a lo recogido por el artículo 19 N°7 de nuestra Constitución⁵, en cuanto a que: “*Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”. Lo anterior

¹ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4 de noviembre de 1950.

² CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto 778, Promulga el pacto internacional de derechos civiles y políticos adoptado por la asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas por resolución n° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. 29 abril 1989.

³ Vid. DUCE, Mauricio. 2009. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. Revista Ius et Praxis año 15 (1): 73-120.

⁴ “Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

⁵ “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”.

expresa la necesidad de un procedimiento y un fundamento legal preexistente para la privación de la libertad.

El artículo 10 establece la debida separación de los menores respecto de los adultos, al señalar en el punto 3, a propósito de la finalidad del tratamiento del régimen penitenciario, que “...*Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica*”⁶. Asimismo, recalca el deber de generar un procedimiento lo más rápido posible para conducir a los adolescentes a tribunales de justicia para su enjuiciamiento.

Considerando que el mismo numeral ya reconocía la finalidad de reforma y readaptación social para menores y adultos, hace hincapié en el tratamiento adecuado a los primeros.

Asimismo, en el artículo 14 consagra ampliamente el derecho a un debido proceso, y en particular, la finalidad de la sanción al señalar que “*en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social*”.

En este contexto, la readaptación social es de suma importancia para todo el procedimiento aplicable, por lo que según el Pacto, este criterio debe tenerse presente desde el inicio del proceso penal seguido contra menores de edad.

El referido artículo ha sido complementado con la Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos, la cual demanda diversas cuestiones relacionadas con la asimilación del tratado a los ordenamientos jurídicos nacionales, en particular sobre el párrafo 4 ya citado. Insta a los Estados firmantes a crear tribunales y procedimientos especiales, indicando que “*Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14*”⁷.

Un tema de debate en derecho comparado dice relación con la aplicación a los adolescentes de las garantías del debido proceso que se conceden al adulto al momento de otorgar medidas sancionatorias. Las garantías del debido proceso en ocasiones se vieron

⁶ “Artículo 10. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

⁷ Observación General 13 al Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (artículo 14). 21º período de sesiones, 1984.

postergadas por la teoría cautelar, la que postula el fin de proteger- hacer un bien al menor, lo que podría incluso justificar el otorgamiento parcial y en algunos casos nulo del debido proceso, amparándose la aplicación de medidas sancionatorias en la necesidad de proteger a este grupo etario⁸.

Este modelo cautelar, hoy reemplazado por el modelo de responsabilidad, no tiene asidero legal ni práctico en los procedimientos por responsabilidad penal adolescente comunes en Chile.

Los instrumentos señalados abarcan las privaciones de libertad en un sentido amplio, incluyendo al no diferenciarlas, tanto aquellas originadas en procesos sancionatorios, que buscan el establecimiento de la responsabilidad penal como los que limitan o privan de libertad en razón de la peligrosidad del sujeto, es decir, originadas por motivos de seguridad.

En síntesis, el PIDCP determina como criterios a ser considerados por el Estado los siguientes:

- El establecimiento de condiciones mínimas para la privación del derecho a la libertad y seguridad personal. El estado deberá establecer causales legales y el procedimiento al que deberá ajustarse la privación.
- Separación entre adultos y menores de edad en el régimen penitenciario.
- Procedimiento rápido ante los tribunales de justicia.
- Finalidad de la sanción con enfoque en la readaptación social.
- Aseguramiento de todas las garantías de un debido proceso.

1.1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”⁹, regula materias pertinentes a esta tesis. Así, el artículo 5 sobre el derecho a la integridad personal, en su punto 5 establece la necesidad de contar con tribunales especiales que conozcan y resuelvan casos en que los adolescentes sean imputados de delitos, con un procedimiento que respete el debido

⁸ Refiriéndose al caso *In Re Gault*, vid. HARRINGTON, Maxine y KEARY, Ann. 1980. *The Insanity Defense in Juvenile Delinquency Proceedings*. [En línea]. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry And The Law*. 1980, pp.272-279 <<http://www.jaapl.org/content/8/3/272.full.pdf>> [consulta: 25 enero 2014].

⁹ Firmada por Chile el 22 de Noviembre de 1969 y ratificada el 10 de agosto de 1990.

proceso. Esta norma es similar al PIDCP sobre las privaciones de la libertad física¹⁰, principalmente en sus artículos 7.2, 7.5 y 8.

En el marco del sistema interamericano¹¹, resulta relevante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que forma parte del corpus iuris interamericano, ya que desarrolla el sentido y alcance de ciertas normas. En este sentido, el año 2002 emitió la Opinión Consultiva OC/17-2002, sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, a través de la cual interpretó los artículos 8 y 25 de la Convención.

La Opinión Consultiva antes señalada hace mención al trinomio persecución – castigo-readaptación que ostenta el Estado frente a la comisión de una conducta típica y antijurídica por parte de un menor, estableciendo una diferencia trascendental respecto de aquellos que no han cometido una conducta ilícita, indicando que no se puede dar el mismo tratamiento a ambos. Al respecto señala que¹²: *“110. Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis (quedar sujetos a órganos jurisdiccionales para su juzgamiento) 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 (...) El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos”*¹².

La Corte IDH le da un carácter inclusivo a la protección del menor¹³ aunque sin caer en los excesos de la doctrina de la situación irregular¹⁴. En este sentido, en su párrafo 110

¹⁰ “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparencia en el juicio.”

¹¹ La Paz, Bolivia. Resolución N°448. Asamblea General Organización de Estados Americanos, noveno período de sesiones. Octubre 1979.

¹² Párrafo 110. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Respecto de la necesidad de especialización de los órganos jurisdiccionales que conocen de conductas atribuidas a niños, el mismo documento señala en el párrafo 109: “109. Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. (...) Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.

¹³ La situación bien la describe el Instituto Interamericano del Niño, quien en su informe de fecha 7 de agosto de 2001- citado por la OC-17/2002- señala entre otros puntos: “...La privación de libertad de jóvenes en situación de

describe dos situaciones en que los Estados tienden a tomar un rol activo en el desarrollo de los menores. La primera se refiere, a situaciones de riesgo o peligro por motivos de desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad. La segunda, dice relación con comportamientos fuera de los patrones socialmente aceptados, los que sin llegar a la comisión de acciones u omisiones típicas y antijurídicas, se ven marginados de los valores sociales comunes. En ninguna de estas situaciones debiesen existir sanciones propias del proceso penal, por lo que una privación de libertad ordenada por esos motivos no debiese ser el camino para proteger los intereses y el desarrollo de un adolescente.

La convención, y las interpretaciones del órgano jurisdiccional del sistema interamericano distinguen respecto de las áreas en que debe intervenir el derecho penal frente a menores de edad. El Estado debe tomar un rol activo solo en la medida en que busque establecer una responsabilidad penal con todos los elementos que la componen y en el marco del debido proceso.

De este análisis es posible relevar que la CADH determina como criterios a ser considerados por el Estado los siguientes:

- Derecho a la integridad personal de los adolescentes, manifestado en tribunales especiales para adolescentes.
- El respeto al debido proceso, limitando la privación de la libertad física de acuerdo a la Constitución Política vigente o a leyes dictadas conformes a ella.
- Deber de establecer la responsabilidad penal de los adolescentes con todos los elementos de la responsabilidad penal común, sancionando solo aquellas conductas que se encuentren tipificadas con anterioridad.

1.1.3. Convención Internacional de Derechos del Niño

La Convención Internacional de Derechos del Niño (CIDN) tuvo como antecedente la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Ginebra de 1924 y la

riesgo social, siguiendo los principios de la doctrina de la situación irregular, significa la aplicación de una sanción no tipificada, lo cual vulnera el principio de legalidad de la pena, con el agravante de que por lo general se ordena sin definir su duración. Asimismo, contraría las reglas del debido proceso". Ídem.

¹⁴ En Chile, dicha doctrina se ve mejor representada por la ley N° 16.618 de 8 de marzo de 1967, la que no distingue mayormente la causa de la intervención en sus medidas de protección.

Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959¹⁵.

La Declaración de los Derechos del Niño proclama 10 principios, entre los relevantes para este trabajo es posible mencionar el principio 5 que señala que *“el niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social, debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular”*.

La CIDN regula una serie de temáticas, todas de importancia para la construcción y promoción del progreso social de los niños, niñas y adolescentes. Para efectos de este trabajo, son cuatro los tópicos más relevantes:

1. La concepción del niño como un sujeto en desarrollo;
2. La falta de imputabilidad como impedimento mental;
3. Las medidas de seguridad como eventual privación de libertad y;
4. las garantías mínimas de un debido proceso para el adolescente.

En cuanto a la concepción del niño como un sujeto en desarrollo, al hacer propio el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, realza el proceso de madurez física y mental de los niños, lo que amerita una especial protección de este grupo.

Segundo, ante el supuesto que un adolescente vea cuestionada su imputabilidad por motivos de cierta anormalidad mental (loco o demente), que constituye un impedimento mental¹⁶, la CIDN considera expresamente esta condición como una discapacidad, de acuerdo al artículo 23¹⁷.

Dicha norma establece el deber de protección de los Estados respecto de niños con impedimentos mentales, para que puedan vivir plena y decentemente, facilitando su participación dentro de la comunidad. En este sentido, se reconoce el derecho del niño a

¹⁵ 841ª Sesión plenaria. 20 de noviembre de 1959.

¹⁶ “7. Según la párrafo 2 del artículo 1 del proyecto de convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, “Las personas con discapacidad incluirán a quienes tengan impedimentos físicos, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

¹⁷ “Artículo 23. 1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él...”.

recibir cuidados especiales, orientados hacia la integración social y el desarrollo individual en la máxima medida posible.

Ciertamente la comisión de un hecho delictivo no priva a una persona de su niñez o adolescencia, como tampoco le priva o sana de un posible impedimento mental, y no cesa la labor del Estado de proteger los derechos de los menores por la comisión un acto ilícito.

En tercer lugar, considerando la aplicación de medidas de seguridad, el artículo 37 señala *“que los Estados Partes velarán por que: (...)b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*¹⁸.

A diferencia de los instrumentos antes mencionados, la CIDN eleva la exigencia a todas las eventuales privaciones de libertad, sin distinciones, por lo que deben ser obligatoriamente ajustadas a la ley, tanto en procedencia como forma de realizarse, además de ser tratada como medida de último recurso¹⁹.

En este sentido, se exige a los Estados diversificar las medidas cautelares y diferenciar aquellas que implican privación o limitación de la libertad personal, así como establecerla sólo por el tiempo que resulte estrictamente necesario.

El cuarto tópico, es el enfrentamiento del adolescente con el sistema penal. El artículo 40 establece garantías mínimas acordes a la condición del niño. Releva el respeto por su dignidad así como ciertas garantías particulares relacionadas con elementos básicos del debido proceso, como la presunción de inocencia²⁰. Esta garantía es de importancia para la

¹⁸ “Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

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

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

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

¹⁹ “Artículo 4 Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”.

²⁰ “Artículo 40. 2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: b) Que todo niño del que se alegue que ha

concepción del sujeto de derecho, ya que permite descartar de plano ciertas posiciones de la doctrina que no concebía a los adolescentes por su especial condición²¹, como sujetos capaces de ser culpables. El juicio penal que atribuye responsabilidad deberá cimentarse desde los pilares básicos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Así, en el punto 3 del mismo artículo, señala que “[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

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

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

Además de dirimir el tema, siempre controversial, de la imputabilidad de acuerdo al discernimiento o ajustada al desarrollo individual de cada menor, establece un límite legal para la presunción de incapacidad.

Asimismo, se propende a la desjudicialización de dichos procedimientos, manteniendo el respeto a los derechos humanos y garantías legales. Resulta importante destacar que los mismos derechos consagrados para la administración de la justicia penal adolescente se mantienen para los procesos no judiciales.

En virtud de los artículos 43 N°1²² y 45 d) de la CIDN²³, el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado sobre estas materias en su Observación General N° 9 (2006)²⁴. La principal relevancia del contenido general de la Observación se traduce en la necesidad

infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

²¹ Vid. PESCE Lavaggi, Eduardo. 1998. Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho penal juvenil. Revista de Ciencias Penales N°4: 361-370.

²² “Artículo 43. 1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan”.

²³ “Artículo 45. Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención: d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención...”.

²⁴ 43º Período de sesiones, 11 a 29 de septiembre de 2006, Ginebra.

estatal de establecer procedimientos diferenciados para los adolescentes, teniendo en especial consideración a aquellos que presenten antecedentes patológicos, lo que se manifiesta en la protección especial que necesitan aquellos menores que presenten discapacidad²⁵ y enfrenten a la justicia.

En dicha Observación, el Comité es tajante en cuanto a indicar que los países deberán realizar revisiones generales en su ordenamiento jurídico interno, mencionando explícitamente a los menores con discapacidad, para asegurar que todos los demás mandatos de la CIDN resulten aplicables, tanto para los que detentan esta condición como para aquellos que no.

Asimismo, insta a las legislaciones estatales a preferir la familia u otras alternativas previas a optar por la institucionalización del menor²⁶.

La Observación General indica que la única justificación que permite recurrir a los procedimientos jurisdiccionales de menores es el orden público, señalando que “*los niños con discapacidad que hayan infringido la ley no deben colocarse en un centro de detención general para menores, ya sea como detención preventiva o como sanción*”²⁷. El daño del encierro debe ser previsto antes de que el adolescente sea privado de su libertad.

La protección de los menores imputados de delito establecida por la CIDN, Observación General N° 9 y demás instrumentos asociados no se detiene ni se inicia en un examen de imputabilidad. Dichos instrumentos internacionales entienden que la discapacidad y la imputabilidad son conceptos distintos, aunque en la práctica puedan resultar coincidentes en diversos casos.

Por su parte, la Observación General N°10²⁸, reafirma las ideas base de los artículos 37 y 40, fomentando la intervención del niño infractor sin recurrir a procedimientos judiciales,

²⁵ La observación en su párrafo 7, define la discapacidad tomando al párrafo 2 del artículo 1 del proyecto de Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: “...Las personas con discapacidad incluirán a quienes tengan impedimentos físicos, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (A/AC.265/2006/4, anexo II)”.

²⁶ “49. Al ocuparse de la institucionalización, se insta por tanto a los Estados Partes a que establezcan programas para la desinstitucionalización de los niños con discapacidad, la sustitución de las instituciones por sus familias, familias ampliadas o el sistema de guarda”.

²⁷ Observación General N° 9 (2006). Los derechos de los niños con discapacidad. IX. Medidas especiales de protección (artículos 22, 30 Y 32 A 36, apartados b) a d) del artículo 37, y artículos 38, 39 y 40). A. Sistema de justicia de menores. 74. c).

²⁸ Observación General N° 10 (2007) Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores. Comité de los Derechos del Niño. 44° período de sesiones.

pero clarificando que en caso de recurrir a los mismos, éstos deben realizarse bajo ciertas condiciones mínimas.

Si bien dicha Observación deja a discreción de los Estados la naturaleza y contenido de las medidas que se adopten en el contexto de los menores y el conflicto penal, entrega datos a tener en cuenta como presupuesto a una eventual aplicación de sanción o remisión. Así, “[l]a remisión de casos (es decir, medidas para tratar a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes sin recurrir a procedimientos judiciales) sólo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior.”²⁹

Siguiendo la referida observación, de iniciarse un procedimiento judicial deberán aplicarse ciertos principios, como el de un juicio imparcial y equitativo así como la limitación estricta de la privación de libertad solo como último recurso y por el menor tiempo que proceda.

Se infiere que la procedencia de la privación de libertad está limitada, primero, a que no exista otro medio legal alternativo, y a que su duración sea por un tiempo determinado. En este sentido, la sujeción atemporal o ad-indefinitum a una medida o sanción es contraria a la CIDN.

En definitiva, la CIDN y demás instrumentos imponen deberes especiales respecto del adolescente infractor con dudosa imputabilidad, lo que implica una especial protección por ser el niño un sujeto en desarrollo, la necesidad de cuidados especiales para menores con impedimentos mentales, la privación de libertad sujeta a legalidad y sólo como último recurso, el debido proceso y la desinstitucionalización y especialidad de los procedimientos. A estos deben agregarse otros principios generales de la CIDN aplicables a procesos

²⁹ Continúa “...-El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el niño tenga menos de 16 años.
-La legislación debe contener indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos, y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación”.

penales de menores de edad, como la no discriminación³⁰, el interés superior del niño³¹, el reconocimiento del derecho a la vida y desarrollo integral³², y el derecho a ser oído³³.

Frente al supuesto de la hipótesis, la CIDN indica con claridad el deber de los Estados de ubicar a estos menores en lugares distintos de los adultos y demás imputados adolescentes. Esta exigencia no requiere la existencia de un pronunciamiento judicial sobre la imputabilidad, trasladando la prioridad del debido proceso legal común, a la necesidad de un trato diferenciado. En la práctica, podría traducirse en el imperativo de no internar provisoriamente a aquel adolescente considerado discapacitado mental, incluso previo a un resultado pericial sobre su imputabilidad.

1.1.4. Reglas de Beijing

El 28 de noviembre de 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución N° 40/33, que dio origen a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como las Reglas de Beijing.

La Regla 2.3 de este instrumento es la primera que resulta significativa para este estudio. Se relaciona con la promulgación de leyes y creación de órganos e instituciones de funciones administrativas que trabajen específicamente con los menores delincuentes- en

³⁰ Artículo 2: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

³¹ “Artículo 3: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”

³² “Artículo 6: 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

³³ “Artículo 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

términos de las mismas-, las que tienen como deber responder a sus necesidades especiales así como las de la sociedad.³⁴

Las reglas señalan que a pesar de que se hable de menores delincuentes su aplicación está dirigida a todos los menores³⁵, tanto a aquellos inculcados de delito como a los procesados por cualquier acto.

Ahora bien, las reglas se pronuncian respecto a qué debe entenderse por menor delincuente, indicando que es *“todo aquel al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión”*³⁶.

Más aún, los principios contenidos en las reglas se extienden a todos los procedimientos que se generen en la atención del menor y su bienestar, sin importar la naturaleza del procedimiento, esto es, no solo a procedimientos penales.

La regla 5.1 se refiere a los objetivos de la justicia de menores. Hace alusión al bienestar y la proporcionalidad de la respuesta que entrega el sistema de justicia a los menores. El comentario de la misma regla hace hincapié en la esfera de protección para los menores sometidos a proceso. En efecto, se indica que *“la respuesta (...) no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (...) los tipos de respuesta nuevos e innovadores son tan necesarios como las precauciones para evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre los menores”*³⁷.

Sin duda las reglas proponen una facultad amplia en cuanto a la diversidad de respuestas, aunque restringida en cuanto al control social formal sobre los menores. Lo anterior implica reconocer un cariz etiológico y criminológico en la aproximación a la comisión del delito, llevando a una individualización de la respuesta estatal que otorga

³⁴ “2.3. En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto: a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos; b) Satisfacer las necesidades de la sociedad...”.

³⁵ Comentario a las reglas 3.1 y 3.2.

³⁶ “2. Alcance de las reglas y definiciones utilizadas 2.2. Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos: c) Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito”.

³⁷ Comentario a la Regla 5.1 de Beijing.

preponderancia a variables personales hasta el punto de medir con éstas la proporcionalidad de la reacción. Esta visión es distinta al sistema que rige a los adultos, donde la proporcionalidad de la respuesta estatal se condiciona a la conducta punible.

No parece existir ningún obstáculo en las Reglas de Beijing para considerar la aparición o existencia de una enfermedad mental como causal de inimputabilidad, y a la vez, una exención de responsabilidad que no conlleve una sanción.

Atendido la rigidez y nocividad del sistema de justicia penal, la Regla 11 promueve la remisión de los casos contra menores como una manera de mitigar los efectos negativos de un procedimiento, ya que en muchos casos, “la no intervención sería la mejor respuesta”³⁸.

Por otro lado, las Reglas no hacen mención explícita a la consideración de las necesidades concretas y características individuales del joven al momento de decidir la procedencia de la prisión preventiva. Utilizarla como medida de último recurso, debiese hacer inclusivo que estas necesidades puedan ser un motivo para descartarla.

Según las Reglas de Beijing, la prisión preventiva solo debiese utilizarse como último recurso (Regla 13). El confinamiento en establecimientos penitenciarios sólo debiese ser utilizado con carácter excepcional, y por el plazo más breve posible (Regla 19). A mayor abundamiento, la misma Regla indica que deben preferirse los establecimientos abiertos a los cerrados. Es una idea que se repite en otros instrumentos.

En cuanto a los menores que se encuentren en prisión preventiva, deberán recibir los cuidados, protección y asistencia requerida atendiendo a sus características individuales. Éstas pueden alcanzar una amplia gama de necesidades concretas, incluyendo a los menores con perturbaciones mentales, tal como señala el comentario de la Regla³⁹.

³⁸ Comentario a la Regla 11 de Beijing.

³⁹ “...Las diferentes formas de asistencia que pueden llegar a ser necesarias se han enumerado para señalar la amplia gama de necesidades concretas de los jóvenes reclusos que hay que atender (por ejemplo, mujeres u hombres, toxicómanos, alcohólicos, menores con perturbaciones mentales, jóvenes que sufren el trauma, por ejemplo, del propio arresto, etc.).

Las diversas características físicas y psicológicas de los jóvenes reclusos pueden justificar medidas de clasificación por las que algunos de ellos estén recluidos aparte mientras se encuentren en prisión preventiva, lo que contribuye a evitar que se conviertan en víctimas de otros reclusos y permite prestarles una asistencia más adecuada...”. Comentario a la Regla 13 de Beijing.

En Chile, se discute la naturaleza jurídica de las Reglas de Beijing⁴⁰. La jurisprudencia no es conteste respecto a su obligatoriedad. Algunos tribunales nacionales no la consideran vinculante⁴¹, pasando a ser solo recomendaciones sujetas a la discreción del juez⁴². Otra parte de la doctrina⁴³ y la jurisprudencia⁴⁴ han dado argumentos para considerar a las reglas comprendidas dentro del artículo 2 de la LRPA e integrante de la CIDN, al estar mencionado e incluido en el preámbulo de la misma, debiendo ser consideradas parte del derecho chileno.

Las Reglas de Beijing consideraron la intervención del *Ius puniendi* estatal en menores de edad dañina para el desarrollo del intervenido, aplicándose como última opción. Cuando se intervenga, se debe tener en cuenta las características individuales del sujeto, su asistencia y la determinación de la respuesta más adecuada.

De este análisis es posible relevar que las Reglas de Beijing determinan criterios a ser considerados por el Estado los siguientes:

⁴⁰ Vid. CARRASCO Jiménez, Edison. 2013. Revisión de la jurisprudencia en materia de antecedentes pretéritos en adolescentes infractores. Fallos que lo acogen y rechazan y sus argumentos de base. Revista de Derecho N°29: 41-64.

⁴¹ Corte de Antofagasta. 5.09.2012. RIT N° O-75-2012: “Tampoco puede interpretarse que la decisión del tribunal a quo vulnere el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 20.084, (...); ni el artículo 5 de la Constitución Política de la República, como lo dispuesto en el artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con la norma 21.2 de las (...) “Reglas de Beijing”, (...) y ello porque dichas reglas no constituyen derecho vigente en nuestro ordenamiento jurídico al no haber sido suscritas por Chile. Para que tales reglas sean obligatorias debemos estar frente a un tratado o convención internacional y no ante un simple acuerdo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, (...), acuerdo que para entenderlo incorporado a nuestra legislación interna debe cumplir los requisitos contemplados en el artículo 50 N° 1 de la Constitución Política de la República, en síntesis, haber sido aprobado por el Congreso previo a su ratificación por el Presidente de la República y cumplir con los demás trámites de una ley, exigencias que por cierto no se presenta respecto de las comentadas reglas de Beijing, por cual no puede pretender considerárseles una convención o tratado internacional aplicable y obligatorio”.

⁴² Corte de Santiago, 25.11.2009, GJ 353 (2009) (186): “2°.- Que la sentencia recurrida deja en claro que en los extractos de filiación de ambos imputados, figuran, respecto de cada uno, tres condenas anteriores, como así también razona que las reglas de Beijing no resultan aplicables, al no haber sido este estatuto ratificado por nuestro país...” Loc.cit. “4°.-...se estima que, como lo señaló el fallo recurrido, no reúne los requisitos que contempla el artículo 4° de la ley N° 18.216, al haber constatado el sentenciador que registra condenas anteriores en su extracto de filiación, y por ser las referidas reglas de Beijing tan sólo recomendaciones que el juez puede o no considerar, y al no ser vinculantes, no resulta obligatoria su aplicación por existir al efecto norma expresa del derecho interno”.

⁴³ Vid. DIAZ Muñoz Bagolini, Andrea. 2013. Reglas de Beijing, su aplicación en el marco de las leyes 19.970 y 20.084. Revista de Estudios de la Justicia N°19: 207- 214.

⁴⁴ Corte de La Serena. 27.09.2010. RIT O-258-2010: “18. Que lo razonado en los motivos anteriores permite arribar a la conclusión de que las Reglas de Beijing, deben ser aplicadas por quienes están llamados a administrar justicia, aun cuando no tengan la categoría de Tratado Internacional; porque expresamente la Convención Sobre Los Derechos del Niño ratificada el 13 de agosto de 1990, que sí es un tratado ratificado por Chile, insta por la aplicación de los principios contenidos en dichas Reglas; y además, porque una cuestión como la que nos ocupa en que se pretende considerar un antecedente penal pretérito generado cuando el imputado, ahora adulto, era adolescente, debe resolverse por la vía de la aplicación de los principios y reglas internacionales recogidas y contenidas en la Ley N° 20.084, lo cual también implica optar por el principio pro hominis, solución que en nada contradice al derecho interno chileno”.

- Los órganos e instituciones administrativas que trabajan con menores delincuentes deben ser específicamente creadas pensando en los mismos.
- La proporcionalidad de la reacción de los sistemas de justicia debe ser adecuada a las circunstancias personales del menor.
- En lo posible, debe evitarse la intervención penal, manejándose como opción la remisión de casos.
- La prisión preventiva debe funcionar como último recurso, prefiriendo en cualquier caso los establecimientos abiertos.
- De aplicarse prisión preventiva sobre menores de edad, ésta debe incluir el debido cuidado a aquellos que presenten perturbaciones mentales.

1.1.5. Directrices de Riad

El día en que se dictó la resolución que adoptó las Reglas de Beijing⁴⁵, mediante la Resolución N° 40/35 la Asamblea General pidió al *Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social, así como a institutos regionales de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, el Centro Árabe de Capacitación y Estudios de Seguridad de Riad, centros nacionales y regionales*, el estudio de la situación de los jóvenes en el enfoque y orientación hacia la adquisición de actitudes no criminógenas, y el examen de las políticas existentes para la posterior elaboración de criterios de utilidad para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, lo que se verificó en la posterior elaboración del Proyecto de Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (*United Nations Draft Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency*).

A raíz de esta petición, cinco años más tarde, la Asamblea General aprobó la Resolución N° 45/112, estableciendo las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, denominándolas “Directrices de Riad”.

A diferencia de la CIDN, las Directrices de Riad son presupuestos fácticos que cobran preponderancia al momento de definir las pautas a seguir por los Estados para alcanzar la prevención de los delitos cometidos por adolescentes. Es claro el espíritu de prevención

⁴⁵ 96ª sesión plenaria de 29 de noviembre de 1985.

general que adoptan las directrices, así como la noción de descriminalización de los jóvenes que cometen delitos⁴⁶, ya que el objetivo es alcanzar el bienestar general y promover las actitudes en favor de la sociedad.

Las Directrices de Riad establecen deberes para los Estados, que aunque no resultan vinculantes, relevan obligaciones establecidas en otros instrumentos internacionales. En este sentido la directriz 46 establece la obligación estatal de definir estrictamente los criterios que autoricen la reclusión de jóvenes con límite en las situaciones enumeradas por la misma. Estas reclusiones deberán ser autorizadas solo como último recurso y por el período mínimo necesario, teniendo en máxima importancia los intereses del joven recluido. Entre estas situaciones, destaca: “...e) cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven un grave peligro físico o psicológico para el niño o el joven mismo y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución”⁴⁷.

Esta política de institucionalización se enmarca en las hipótesis de abandono o maltrato de menores. En este sentido, abarca un amplio espectro de jóvenes, no solo a aquellos sujetos a la justicia penal juvenil. Se establece como medida de carácter voluntaria⁴⁸, entregando la oportunidad de continuar la educación del joven recluido.

La directriz 52 busca optimizar la labor gubernamental indicando el deber de legislar sustantiva y procedimentalmente de forma especializada para el fomento y protección de los derechos y el bienestar de los jóvenes⁴⁹.

⁴⁶ “5. Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir: f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”.

⁴⁷ “46. Sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a los propios intereses del joven. Los criterios para autorizar una intervención oficial de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a las situaciones siguientes: a) cuando el niño o joven haya sufrido lesiones físicas causadas por los padres o tutores; b) cuando el niño o joven haya sido víctima de malos tratos sexuales, físicos o emocionales por parte de los padres o tutores; c) cuando el niño o joven haya sido descuidado, abandonado o explotado por los padres o tutores; d) cuando el niño o joven se vea amenazado por un peligro físico o moral debido al comportamiento de los padres o tutores; y e) cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven un grave peligro físico o psicológico para el niño o el joven mismo y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución”.

⁴⁸ “50. La participación en todos los planes y programas deberá ser, en general, voluntaria. Los propios jóvenes deberán intervenir en su formulación, desarrollo y ejecución”.

⁴⁹ “52. Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes”.

Por último, la directriz 56 busca evitar la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, fijando la obligación estatal de promulgar leyes a fin de garantizar que “...ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”. Idea que se ha replicado en el artículo 26 inciso segundo de la LRPA, respecto a la determinación de la sanción a aplicar.

Las Directrices de Riad abarcan el conjunto de circunstancias que llevan a los jóvenes a incurrir en conductas delictivas, englobando el fenómeno desde su génesis hasta el momento de la sanción, integrando la causal de privación de libertad en la noción de peligrosidad para sí mismo, sin estigmatizarlo como criminal (siempre fuera del sistema de justicia penal), manteniendo asimismo la obligación de promover su educación. Las directrices hacen patente la necesidad de legislar protegiendo los derechos de los jóvenes, evitando someterlos al sistema penal tanto como sea posible, haciendo incompatible el encierro por peligro físico o psicológico y la institucionalización dentro de un sistema de justicia penal adolescente.

1.1.6. Reglas de la Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad

Por último, entre los instrumentos internacionales creados para la protección de menores que enfrentan la justicia, es posible mencionar la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 45/113 (1990). En dicho instrumento se adoptaron una serie de normas mínimas para compatibilizar la privación de libertad de los menores con los derechos humanos⁵⁰.

La particularidad de estas reglas se observa en el enfoque a la privación de libertad de menores de edad en cualquiera de sus formas. Hace suyas las ideas de las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad. En este sentido, la Regla 11 b), establece que “*por privación*

⁵⁰ “2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”.

*de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública*⁵¹. Es importante relevar que debe evitarse la detención previa al juicio y, sustituirse por otras medidas o limitarse a circunstancias excepcionales, siendo de cualquier manera lo más breve posible⁵².

Si un menor ingresa a un centro, ya sea pre o post- juzgamiento, deberá realizársele el tratamiento necesario correspondiente⁵³, incluyendo atención mental preventiva como correctiva, siempre evitando su estigmatización⁵⁴.

Asimismo, se indica que si el menor sufre una enfermedad mental, deberá recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente de su liberación⁵⁵.

Cabe resaltar, que una debida “supervisión médica” no distingue respecto a la imputabilidad del menor. En otras palabras, se le debe otorgar tratamiento médico en una institución especial, independiente de si es imputable o si presenta imputabilidad disminuida.

⁵¹ Regla 11. B.

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

⁵³ “27. Una vez admitido un menor, será entrevistado lo antes posible y se preparará un informe psicológico y social en el que consten los datos pertinentes al tipo y nivel concretos de tratamiento y programa que requiera el menor. Este informe, junto con el preparado por el funcionario médico que haya reconocido al menor en el momento del ingreso, deberá presentarse al director a fin de decidir el lugar más adecuado para la instalación del menor en el centro y determinar el tipo y nivel necesarios de tratamiento y de programa que deberán aplicarse. Cuando se requiera tratamiento rehabilitador especial, y si el tiempo de permanencia en la institución lo permite, funcionarios calificados de la institución deberán preparar un plan de tratamiento individual por escrito en que se especifiquen los objetivos del tratamiento, el plazo y los medios, etapas y fases en que haya que procurar los objetivos”.

⁵⁴ “49. Todo menor deberá recibir atención médica adecuada, tanto preventiva como correctiva, incluida atención odontológica, oftalmológica y de salud mental, así como los productos farmacéuticos y dietas especiales que hayan sido recetados por un médico. Normalmente, toda esta atención médica debe prestarse cuando sea posible a los jóvenes reclusos por conducto de los servicios e instalaciones sanitarios apropiados de la comunidad en que esté situado el centro de detención, a fin de evitar que se estigmatice al menor y de promover su dignidad personal y su integración en la comunidad”.

⁵⁵ “53. Todo menor que sufra una enfermedad mental deberá recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente. Se adoptarán medidas, de acuerdo con los organismos competentes, para que pueda continuar cualquier tratamiento de salud mental que requiera después de la liberación”.

Si bien no es un instrumento vinculante, reproduce una serie de normas ya establecidas en tratados internacionales, por lo que sirve de base para la formulación de futuras regulaciones.

1.1.7. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es considerado uno de los instrumentos jurídicos más importantes en cuanto a su eficacia en la protección de garantías. Su articulado contempla regulaciones atinentes al debido proceso penal y a los adolescentes sometidos a él.

En este sentido, las normas más relevantes del Convenio Europeo para este estudio son los artículos 5 y 6 del Título I, Derechos y Libertades⁵⁶. El primero señala el derecho a la

⁵⁶ “Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”

“Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se

libertad y a la seguridad, en particular el numeral 1, que indica los casos en que puede privarse de libertad a una persona. Entre otros, menciona:

“a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

“ e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;”

Resulta sorprendente, que a pesar de lo progresista que es la regulación, establezca que puede privarse de libertad a los enajenados, alcohólicos o vagabundos, es decir, la detención por un estado y no por un acto cometido.

Lo anterior parece ser un ejercicio que atenta contra la misma protección de la libertad, amparando privaciones basadas en legislaciones propias del siglo XIX, las que establecían tipos penales para situaciones como la vagancia -con fundamento en la inmoralidad- sin tener en cuenta una conducta específica descrita, o siquiera indicar por ejemplo, una condición de peligrosidad en el detenido que amerite la medida.

El artículo 6 trata del derecho a un proceso equitativo, señalando en su punto 3 que todos los acusados tienen, entre otros, derecho a:

“a) Ser informado, en el más breve plazo en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;”

Considerando que el numeral 1 del mismo artículo reconoce la protección de los intereses de los menores⁵⁷, resulta importante para el convenio que los acusados comprendan el contenido de las acusaciones que se le formulan. En atención a que un adolescente con antecedentes mentales no pueda entender el procedimiento penal llevado

presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”

⁵⁷ Idem.

en su contra, deberá ser considerado determinante para llevar a cabo una eventual acusación.

Además del Convenio Europeo, el Consejo Europeo ha elaborado guías que orientan la justicia para adolescentes, para que resulte “amigable”, y acorde a los Tratados Internacionales suscritos por los países⁵⁸. Lo anterior es una muestra de Derecho Comunitario avanzado, que busca la conciliación de los órdenes normativos en miras a cumplir con las obligaciones internacionales.

Es posible extraer del contenido del Convenio Europeo criterios a ser considerados por el Estado, en particular:

- La especificación expresa de los casos en que es posible privar a una persona de su libertad. Sin embargo, en un análisis comprensivo de los internacionales, no prospera la posibilidad de privación ante el estado de una persona, por lo que los casos de posible encierro no debiesen incluirlos.
- La comprensión del menor del contenido de las acusaciones formuladas en su contra, lo que es muestra de la necesidad de un proceso equitativo.
- La noción de una justicia amigable destinada a adolescentes, que cumpla con los tratados internacionales suscritos.

⁵⁸ Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice. Adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en la reunión de Viceministros N° 1098.

CAPITULO 2. EXPERIENCIA COMPARADA: DERECHO PENAL JUVENIL ALEMÁN Y REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

La historia de la ley N° 20.084, señala que para la elaboración de las medidas y sanciones se estudiaron las legislaciones española, brasileña y costarricense.

En España, la Ley Orgánica 5/2000 (LORRPM), reguladora de la responsabilidad penal de los menores, entró en vigencia el 13 de enero de 2001, regula la responsabilidad penal adolescente erigiendo como pilares la responsabilidad y la reinserción de los menores, pudiendo aplicarse medidas educativas siempre que sean acorde a estos fines.⁵⁹

Aunque son múltiples los pasajes en que la legislación chilena es profundamente similar a la española, ésta última contiene una disposición expresa sobre casos de enajenación mental en menores, estableciendo que estos deben recibir medidas aún más específicas atendida su condición⁶⁰.

La legislación española señala⁶¹ que si se presentan antecedentes respecto de una posible enajenación mental, se continúa la instrucción (el procedimiento) para que en la

⁵⁹ En su exposición de motivos, la LORRPM señala: “7. La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.

Y es que en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia”.

⁶⁰ “10. Se regulan expresamente, como situaciones que requieren una respuesta específica, los supuestos en los que el menor presente síntomas de enajenación mental o la concurrencia de otras circunstancias modificativas de su responsabilidad, debiendo promover el Ministerio Fiscal, tanto la adopción de las medidas más adecuadas al interés del menor que se encuentre en tales situaciones, como la constitución de los organismos tutelares previstos por las leyes”.

⁶¹ “Artículo 29 Medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad. Si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 del Código Penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus artículos 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley.

etapa de determinación de la sanción puedan pedirse medidas terapéuticas respecto del menor. No contempla un procedimiento ni medidas especiales.

Por su parte, Brasil tiene el Estatuto del Niño y Adolescente⁶², que trata a nivel global todas las materias concernientes a los menores de edad. Regula materias tan variadas como la adopción, medidas de protección y el enfrentamiento con la justicia, agrupadas todas en un solo cuerpo legal.

La legislación brasileña es una de las más antiguas en la región y aún mantiene su vigencia. Respecto a la problemática de salud mental en procesos de justicia adolescente se regula en el párrafo 3 del artículo 112⁶³, señalando brevemente que los enfermos y discapacitados mentales recibirán un tratamiento individual y especializado en un local adecuado a sus condiciones. Sigue las directrices de los instrumentos internacionales aunque no establece criterios mayormente útiles para adentrarse en el tema.

Por último, la legislación de Costa Rica respecto al tema es escueta. No contiene disposición alguna sobre la materia específica en su Ley de Justicia Penal Juvenil⁶⁴ salvo la pericia psicosocial que se realiza a todos los adolescentes una vez admitida su acusación en casos de que “*prima facie*” se estime que sea posible una sanción privativa de libertad. Dicha pericia psicosocial puede ser tenida en cuenta al momento de establecer la sanción a aplicar⁶⁵. No involucra necesariamente un componente clínico-psiquiátrico que permita detectar si se está en presencia de un adolescente inimputable.

De éste somero análisis es posible observar una abstención generalizada en las legislaciones que inspiraron la LRPA en el tratamiento de adolescentes inimputables, por lo que no es extraño que el tema no fuese incluido en la misma.

Ante la falta de regulación, resulta esencial analizar sistemas con procedimientos que regulan esta categoría especial de adolescentes. Por lo anterior, se estudió el sistema penal

⁶² Ley N° 8.069, de julio de 1990.

⁶³ “Artículo 112. § 3°. Los adolescentes enfermos o discapacitados mentalmente recibirán tratamiento individual y especializado, en un local adecuado a sus condiciones”.

⁶⁴ Ley N° 7576, que entró en vigencia el 30 de abril de 1996.

⁶⁵ “Artículo 93.- Estudio psicosocial. Admitida la procedencia de la acusación, en los casos en que “*prima facie*” (sic) se estime posible aplicar una sanción privativa de libertad, el Juez Penal Juvenil deberá ordenar el estudio psicosocial del menor de edad. Para tal efecto, el Poder Judicial deberá contar con unidades de profesionales en psicología y trabajo social. Las partes podrán ofrecer a su costa pericias de profesionales privados. Ese estudio es indispensable para dictar la resolución final, en los casos señalados en el párrafo primero de este artículo”.

“Artículo 94.- Estudio clínico. Para determinar y escoger la sanción, el Juez podrá remitir al menor de edad al Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, para que se le efectúen exámenes psiquiátricos, físicos y químicos; en especial, para detectar su adicción a sustancias psicotrópicas”.

adolescente de Estados Unidos y Alemania. El primero por cuanto tiene experiencia en el manejo de salud mental dentro del sistema de justicia de sus adolescentes, incluso siendo posible construir una línea histórica de su tratamiento. El segundo por ser inspiración de la legislación española y costarricense, normativas comunes a la legislación chilena actual. A lo largo de los años se han incorporado en dichos sistemas jurídicos una alternativa para tratar a los adolescentes que presenten problemas mentales y se encuentren en un proceso de justicia juvenil.

2.1. Derecho penal adolescente en Estados Unidos

El sistema anglosajón no resulta tan disímil al utilizado en Chile desde 1928 –año de la dictación de la ley N°4.447, primera ley de menores- hasta 2007.

Si bien Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur, son los tres países miembros de las Naciones Unidas que no han ratificado la CIDN, en el caso norteamericano sus tribunales la aplican como un principio general del derecho y ha sido una fuente para la doctrina⁶⁶.

Si bien es un país que no tiene la obligación internacional de especializar el derecho atinente a los menores, tiene un procedimiento y un sistema orgánico que cumple con el requisito de la especialización.

El sistema penal juvenil estadounidense cuenta entre sus fuentes, además de la pirámide legislativa⁶⁷, la jurisprudencia emanada de sus tribunales superiores de justicia, la que genera efecto obligatorio⁶⁸ para posteriores decisiones⁶⁹. Esto le otorga otra relevancia a los casos que han generado connotación pública.

La adopción de criterios retribucionistas en el sistema de tribunales juveniles fue paulatina⁷⁰. No podría ser tomada como algo negativo puesto que, así como el trato dado a

⁶⁶ Vid. ROGERS, Jamison y MYERS, Wade. Commentary: The insanity Defense and Youths in Juvenile Court. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 41: 496-500.

⁶⁷ Como cabeza de la pirámide su Constitución, luego vendrán los tratados internacionales y las leyes aprobadas por el congreso, estatutos (acts) o leyes federales que resultan obligatorias para todos los Estados, además, cada Estado puede dictar leyes estatales que solo resultarán obligatorias para el mismo.

⁶⁸ En base a la doctrina del *stare decisis et quieta non movere* (en traducción textual, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. “Adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas), según el *Black’s Law Dictionary*. Ya sea en tribunales inferiores o en los del mismo rango.

⁶⁹ Vid. LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César 2006. Naturaleza y dimensiones del “Stare Decisis”. *Revista chilena de Derecho* 33(1): 109-124.

⁷⁰ “In the court’s early period, we saw an initial movement toward creating a separate system for children with the goals of protection, guidance, and treatment. Because of this caretaker model, many of the protections afforded to

los menores se fue tornando más punitivo, también se ha ido permitiendo el acceso a garantías del debido proceso, al ir dilucidando la naturaleza de los procedimientos entablados contra jóvenes.

El acceso al debido proceso en el procedimiento penal de menores no fue asegurado para los niños que enfrentaban a la justicia sino hasta la década de los 70'. De hecho, durante la década de los 60' se fueron asegurando garantías mínimas para los adultos que enfrentaban la justicia y que a los adolescentes no se les otorgaban. Recién entre 1966 y 1975 se fue abriendo camino para extender ciertos derechos constitucionales al sistema penal juvenil.

En el caso *In Re Gault*, la Corte Suprema de los Estados Unidos el año 1967 da paso al surgimiento de ciertos derechos constitucionales a favor de los adolescentes⁷¹. Lo anterior, basándose en el caso *Kent v. U.S.*⁷², que señalaba que *“La discrecionalidad ilimitada (de los tribunales juveniles), aunque benevolentemente motivada, es frecuentemente un sustituto pobre para los principios y procedimiento (...) las ausencias de reglas de procedimiento basadas en un principio constitucional no siempre han producido proceder justos, eficientes y efectivos. Las salidas desde los principios establecidos del debido proceso frecuentemente han resultado no en un proceder ilustrado, si en arbitrariedad”*⁷³.

adults were thought to be unnecessary for children because the goal of the court was not punitive but rehabilitative. As time went on and the end of the 20th century approached, the perception grew that juvenile crime was increasing and becoming more violent and that the rehabilitative philosophy was not working. As a result, by 1997, 43 states had toughened their juvenile laws and made them more punitive”. ROGERS, Jamison y MYERS, Wade. Op.cit. p. 497.

⁷¹ “Frente a esta situación de verdadero aplastamiento del sistema de garantías, recién en la segunda mitad del siglo XX se empieza a producir, nuevamente en Estados Unidos, una reacción en sentido inverso, esto es, una vuelta a las garantías y con ello a los criterios de responsabilidad por el hecho y no por la condición de vida; de proporcionalidad y debido proceso, entre otros. (...) Fletcher señala que, como consecuencia del movimiento de los derechos civiles imperante en la época (...) el Tribunal Supremo dio un paso fundamental para extender las garantías constitucionales características del proceso penal también a los procesos estatales en que se decretaba el internamiento de los jóvenes [...] el eufemismo del tratamiento y la rehabilitación pasó a segundo plano al ser contrastado con la realidad de la encarcelación”. CILLERO, Miguel 2003. Garantías, dogmática jurídica y minoría de edad penal: actualidad del pensamiento penal ilustrado. Justicia y Derechos del niño (5): pp 9-33.

⁷² 383. U.S. 341 (1966).

⁷³ “The constitutional and theoretical basis for this peculiar system is to say the least debatable. And in practice, as we remarked in the Kent case, supra, the results have not been entirely satisfactory. Juvenile Court history has again demonstrated that unbridled discretion, however benevolently motivated, is frequently a poor substitute for principle and procedure. In 1937, Dean Pound wrote: “The powers of the Star Chamber were a trifle in comparison with those of our juvenile courts...” The absence of substantive standards has not necessarily meant that children receive careful, compassionate, individualized treatment. The absence of procedural rules based upon constitutional principle has not always produced fair, efficient, and effective procedures. Departures from established principles of due process have frequently resulted not in enlightened procedure, but in arbitrariness. The Chairman of the Pennsylvania Council of Juvenile Court Judges has recently observed: “Unfortunately, loose procedures, high-handed methods and crowded court calendars, either singly or in combination, all too often, have resulted in depriving some juveniles of fundamental rights that have resulted in a denial of due process”.

Si bien estas ideas se concibieron en *Kent en Gault se asienta* la jurisprudencia, dando pie a una “avalancha de novedades jurídicas” respecto de los jóvenes infractores⁷⁴.

En 1970, *in re Winship*⁷⁵ la Corte Suprema de Estados Unidos elevó el estándar de prueba en los procedimientos penales contra jóvenes, desde la preponderancia de evidencia –propia de los juicios civiles- a la convicción más allá de toda duda razonable, asimilando los procedimientos juveniles a los procedimientos penales de adultos. Un año más tarde, en el caso *McKeiver v. Pennsylvania*, se denegó el derecho a un adolescente a tener un juicio con jurado. Esto dejó de manifiesto la pugna entre la expansión de las salvaguardas procedimentales que acercan al adolescente a las garantías mínimas de un debido proceso⁷⁶ y la protección de la atmósfera informal y privacidad del menor de edad.

En el ejercicio de sopesar los derechos renunciables o de aquellos que se puede disponer, sin tratarlo como tal, aparece el interés superior del niño.

Resulta relevante indicar que el derecho a un juicio por jurado es parte de la sexta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que en su estructura de justicia, forma parte fundamental para el esclarecimiento de los hechos⁷⁷.

En el año 1975 la Corte Suprema de EE.UU., siguiendo las ideas de Kent y Gault, terminó por afirmar la etiqueta “penal” en los procedimientos juveniles destinados a esclarecer la responsabilidad de un menor en un hecho delictivo, concediendo el derecho a la aplicación del principio non bis in ídem, estableciendo de esta manera la naturaleza penal de los procedimientos juveniles. Se señaló que “(su) objeto es determinar si el (el niño) ha cometido actos que violan la ley penal y sus posibles consecuencias incluyen el estigma inherente en una determinación tal y la privación de libertad por muchos años”⁷⁸.

⁷⁴ Vid. HARRINGTON, Maxine y KEARY, Ann. 1980 op cit.

⁷⁵ 397 U.S. 358 (1970).

⁷⁶ Vid HARRINGTON, Maxine y KEARY, Ann. 1980 op cit. Sobre el tema, contemporáneo a *Winship*. Vid. FOX, Sanford. Responsibility in the Juvenile Court. William and Mary Law Review Volume 11(8): 659-684.

⁷⁷ “Se ha planteado la pregunta de si [el juicio por jurado] es uno de los principios fundamentales de libertad y justicia que son el cimiento de todas nuestras instituciones civiles y políticas... Creemos que el juicio por jurado es fundamental para la estructura de justicia de los Estados Unidos... Las disposiciones de la Constitución federal y las estatales sobre el juicio por jurado reflejan una actitud básica frente al ejercicio del poder oficial: la renuencia a confiar la vida y la libertad del ciudadano en manos de un juez o un grupo de jueces” Juez Byron White en *Duncan vs. Louisiana* (1967), citado por: DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS. El juicio por jurado. Los Derechos del Pueblo: Libertad individual y la Carta de Derechos. [en línea] <<http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/publication/2009/06/20090612104523pii0.1179315.html>> [consulta: 1 septiembre 2014].

⁷⁸*Breed v. Jones*, 421 U.S. 519 (1975).

La aparición de los derechos humanos en los procesos penales adolescentes fue evolucionando con los años⁷⁹. Uno de los debates vinculados a la materia fue la discusión sobre la procedencia de la “*insanity defense*” en juicios en contra adolescentes. Las Cortes de los Estados Federales han tendido en pronunciarse a su favor⁸⁰.

Así entonces, es posible caracterizar el sistema norteamericano sobre el tratamiento del adolescente que presenta algún grado de impedimento mental en cuanto a:

1. La especialidad de los tribunales;
2. La posibilidad del menor de ser juzgado en tribunales de adultos;
3. El tutelaje; y
4. La *insanity defense*.

La especialidad, se refiere al carácter civil –o penal- que toman los juicios que enfrentan los menores de edad, precisamente desde la creación de los tribunales juveniles en cada Estado. Estos se han visto separados de los tribunales penales comunes, teniendo una naturaleza informal y no adversarial, por lo que fueron etiquetados como tribunales civiles para todos los efectos. Incluso, en el año 2000, la Corte Suprema del Estado de Arkansas desechó la idea de aplicar la *insanity defense* a un adolescente, esgrimiendo que la naturaleza y propósito de los procedimientos juveniles no eran los mismos que los procedimientos de adultos⁸¹. Con todo, la Suprema Corte de Estados Unidos dejó entrever

⁷⁹ Los debates más actuales en materias concernientes al debido proceso, dicen relación con la proscripción de la ejecución por pena de muerte de menores de 18 años: En el año 2005 en *Roper v. Simmons*, la Corte Suprema señaló, en un recurso de certiorari, que las enmiendas octava y catorceava prohíben la imposición de la pena de muerte a los delincuentes menores de 18 años al momento de comisión de los hechos. Asimismo, y tomando como base el caso *Roper*, en el año 2010 en el caso *Graham v. Florida*, la Suprema Corte sostuvo que el juez o el jurado debía considerar circunstancias de mitigación antes de imponer la pena más dura en contra de los jóvenes para delitos que no fuesen homicidio: “... *Graham v. Florida*, in which the U.S. Supreme Court determined that it is unconstitutional to impose such a harsh sentence on a juvenile convicted of a non homicide offense, largely because developmental and scientific research demonstrates how juveniles—including those who commit violent crimes—possess a greater capacity for rehabilitation, change, and growth than adults do, and are less blameworthy for their criminal conduct.” JUVENILE LAW CENTER 2013. Juvenile Life without Parole (JLWOP). [en línea] <<http://www.jlc.org/current-initiatives/promoting-fairness-courts/juvenile-life-without-parole-jlwop>> [consulta: 1 septiembre 2014].

Dos años más tarde, el criterio se amplió en el caso *Miller v. Alabama* para cubrir a los condenados por homicidio, bajo la idea de la violación de la Octava enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, ratificada el 15 de diciembre de 1791: “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*” (que prohíbe los castigos crueles e inusuales), revirtiendo las decisiones de la Suprema Corte de Arkansas y la Corte de apelaciones penales de Alabama.

⁸⁰ Vid. ROGERS, Jamison y MYERS, Wade op. Cit.

⁸¹ “*The appellant contends that no rational basis exists for affording the insanity defense to adult criminal defendants in circuit court while not providing said defense to juvenile defendants; he contends that this undoubtedly amounts to a violation of equal protection. We disagree. Due to the very nature of juvenile proceedings and the difference in with the fact that juveniles are neither provided a trial by jury not various other rights afforded to adult criminal defendants in circuit court, a rational basis clearly exists fir affording adult criminal*

en el caso Kent, 30 años antes, que los niños se estaban llevando “lo peor de los dos mundos”, al no recibir ni los derechos asegurados para los adultos, ni el cuidado y tratamiento que deberían recibir como niños. En el caso “In re D.S.F.”, en Minnesota, declaró en 1987 que *“Podemos... adoptar disposiciones punitivas como una parte aceptable e inherente de los procedimientos penales, pero llamemos a la Legislatura de Minnesota y a la Corte Suprema de Minnesota a extender a los menores acusados todas las garantías procesales garantizadas para adultos en los casos penales. Más apremiante aún, podríamos afirmar la demostrada necesidad de juicios con jurado en los procesos acusatorios donde los menores puedan ser encarcelados, y la necesidad adicional de representación por un abogado competente en cada caso en que un menor de edad se enfrenta a la cárcel”*⁸².

La etiqueta civil aplicada a los procedimientos de adolescentes ha sido cuestionada no solo por la renuncia a las salvaguardas procedimentales que supone un proceso penal, sino que desde el punto de vista del procedimiento mismo.

Algunos Estados se han adaptado a la etiqueta civil, ampliando el procedimiento de búsqueda de pruebas (*discovery procedures*) hasta lo regulado por las reglas del procedimiento civil, más amplias que las del proceso penal⁸³.

En el Estado de Los Ángeles⁸⁴, el procedimiento de búsqueda de pruebas es más restringido que para otros procedimientos civiles, sin que por eso llegue a tener un estándar de juicio penal. En Texas son las reglas del procedimiento civil, regladas por el Código de

defendants in circuit court the right (by statute, not constitutionally), to assert the defense of insanity while not affording the same right to juveniles” Andrew Douglas Golden v. State of Arkansas (2000).

⁸² *“We can... embrace punitive dispositions as an acceptable and inherent part of delinquency proceedings, but call upon the Minnesota Legislature and the Minnesota Supreme Court to extend to accused juveniles all procedural safeguards guaranteed for adults in criminal cases. Most critically, we could assert the demonstrated need for jury trials in accusatory proceedings where juveniles may be incarcerated, and the additional need for representation by competent counsel in every case where a juvenile is faced with incarceration.”* FELD, Barry C. s.d. Juvenile Justice in Minnesota: Framework for the Future. [en línea] <<http://www.crimeandjustice.org/councilinfo.cfm?pid=46>> [consulta: 2 septiembre 2014].

⁸³ *“Some jurisdictions have reacted to the civil nature of delinquency proceedings by providing for discovery that is more liberal than criminal discovery (see, e.g., People ex rel Hanrahan v. Felt, 48 Ill. 2d 171, 175, 269 N.E.2d 1, 4 (1971) (notwithstanding a state statute that applies criminal discovery rules to delinquency proceedings, court holds that juvenile court has discretion to “allow a broader discovery than is allowed in criminal cases”) or that is virtually equivalent to the liberal discovery rules employed in civil proceedings”.* HERTZ, Randy, GUGGENHEIM, Martin y AMSTERDAM, Anthony G 2013. Trial Manual for Defense Attorneys in Juvenile Delinquency Cases. 2013 ed. Washington D.C. National Juvenile Defender Center. 1041p.

⁸⁴ *“We hold that the civil discovery provisions do not routinely apply to juvenile delinquency proceedings, but that their applicability should be left to the discretion of the court”.* 48 Ill. 2d 171 (1971).

Familia del mismo Estado las que norman los procedimientos de niños o niños con necesidades de supervisión, por lo que quedan sujetos a éstas⁸⁵.

Si bien los tribunales juveniles desde su comienzo fueron formulados con fines y naturaleza distintas a los tribunales penales, aunque hayan sido etiquetados como civiles en algún momento, eso no permite atribuir una naturaleza que contiene ambos elementos, por lo que la especialización de los tribunales no se refiere a la separación del sistema penal exclusivamente, sino a la búsqueda de una naturaleza propia, que rescata elementos de ambos sistemas, civil y penal, para tratar el fenómeno de la delincuencia juvenil con un enfoque propio.

Si bien los sistemas están separados, tanto práctica como estatutariamente, en determinados casos un adolescente puede ser transferido a un tribunal de adultos para ser juzgado como tal. Así también, existe en Estados Unidos un sistema de traspaso de los adolescentes al sistema de justicia para adultos, ya sea por cumplir algunos requisitos de edad, o por la naturaleza del delito cometido.

En los años 20 del siglo pasado se contemplaba la posibilidad de que un menor fuese transferido a un tribunal de adultos, solo con la salvedad de que la sanción a imponer se mitigara por tratarse de un menor de edad. Esto era distinto de la antigua defensa de infancia (*infancy defense*), con la que en tiempos previos a la existencia de tribunales juveniles se eximía de las consecuencias penales a aquellos considerados “niños”. De un tiempo a esta parte se ha limitado a los infantes menores de edad de imputabilidad de cada Estado⁸⁶. A quienes corresponde la decisión sobre la transferencia es determinado a nivel estatal, bien puede ser dejada al juez o al fiscal.

Si es el juez quien toma la decisión de transferencia, normalmente será un juez de tribunal juvenil, ya sea a petición del fiscal u de oficio, quien se pronunciará sobre su competencia o la transferencia de la misma. Comúnmente, se llama a una audiencia para decidir sobre el tema⁸⁷. Esto ocurre cuando las legislaciones se han pronunciado solo respecto de ciertos casos, entregando la facultad de decisión al juez o estableciendo que

⁸⁵“Although section 51.17 of the Code provides that the Texas Rules of Civil Procedure govern proceedings involving delinquent children and children in need of supervision, it is doubtful whether all the discovery procedures available under the Rules are applicable. Although we find no Texas authority on this question, courts in other jurisdictions have held that the trial judge may restrict the scope of discovery more in a juvenile case than in other civil cases”. T.P.S v. Estate of Texas 590 S.W.2d 946 (1979).

⁸⁶ Vid. ZIMRING, Franklin E. 2005. Juvenile or Criminal Court? A punitive theory of Waiver. En: American Juvenile Justice. New York USA. Oxford University Press, Inc. Pp. 139-159.

⁸⁷ Ídem.

respecto de “algunos delitos”, o concurriendo distintas circunstancias copulativas, no se dan todas ellas.

Hay casos, en que si bien la última decisión corresponde al juez, la ley del Estado fija causales por las cuales deberá ser juzgado por un tribunal común si no logra probar que podrá aprovechar los fines del procedimiento juvenil por sobre los del adulto. Así por ejemplo, si ha cometido delitos graves o supera cierta edad⁸⁸.

Los Estados pueden otorgarle la facultad al fiscal para que sea quien decida quien juzga. Este último caso ocurre cuando es la ley la que determina los criterios, p.ej., en base al delito por el que se procesa. Por lo tanto al momento en que el fiscal acusa a un adolescente de aquellos delitos, estaría tomando la decisión de transferencia por sí mismo⁸⁹.

La forma en que un Estado determina las condiciones de transferencia, se vio influenciado por las corrientes punitivistas de las últimas décadas. Si bien en los años 70 primaba la transferencia judicial, mediante audiencia y prueba rendida, actualmente los Estados han legislado el tema, primando la transferencia que se realiza solo cumpliendo los requisitos establecidos por la ley⁹⁰.

El tercer criterio, como reconoce ampliamente la doctrina estadounidense, es el fin primario de la justicia adolescente, al menos teóricamente, el tutelaje. Traducido en la protección y educación, que al menos en antiguos tiempos debía prevalecer por sobre los

⁸⁸ Hasta la década del 70, los estados transferían a los jóvenes sólo de acuerdo a la decisión del juez de la causa. Es decir, era la transferencia judicial la más utilizada. Sin embargo, hoy la transferencia legal es la que está primando. Es la ley la que determina cuándo un infractor debe ser juzgado por un tribunal criminal adulto, de acuerdo a la edad de éste y la gravedad de la ofensa”. WERTH Wainer, Francisca. 2005. Sistemas de justicia juvenil: La experiencia comparada: Estados Unidos, Canadá y Reino Unido. [en línea] Fundación Paz Ciudadana. <<http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2005/05/sistemas-de-justicia-juvenil.pdf>> [consulta: 20 agosto 2014].

⁸⁹ “*In those jurisdictions in which all juveniles charged with certain serious offenses, regardless of age, must be tried as adults, the prosecutor effectively decides where the child will be prosecuted, either by determining what degree of charge to lodge or by deciding in which court to file the charges. In the majority of jurisdictions there is discretion beyond that inherent in the charge selected, which must be exercised by a state official before the decision is made in which court the young person is to be prosecuted. In these jurisdictions typically the juvenile court judge is empowered to decide whether to transfer and must hold a hearing before making a transfer order, or, as it is sometimes called, an order ‘waiving’ juvenile court jurisdiction*”. HERTZ, et. al. Op.cit.

⁹⁰ En la visión de los defensores de Tribunales juveniles, la transferencia a un tribunal adulto puede tener tanto una dimensión positiva como otra negativa. En cuanto a sus efectos positivos, están que al estar en un sistema de Corte Criminal, deben respetarse todos los derechos al debido proceso, incluso aquellos que son debatidos para los Tribunales juveniles, como el juicio por Jurado y la proporcionalidad de las penas, que puede arrojar penas más cortas que una medida de protección de Tribunales Juveniles, esto último con énfasis en los delitos menos graves.

En cuanto a los efectos negativos, la sanción impuesta puede terminar siendo cumplida en recintos no adecuados para menores o derechamente de adultos, y especialmente en delitos graves, al no existir la finalidad de rehabilitación y protección, las sanciones pueden extenderse mucho más allá de lo que podría ser asignado por un tribunal juvenil, y sin contar la rehabilitación como parte de la misma, con la única salvedad de no poder aplicar la pena de muerte y la cadena perpetua sin derecho a beneficios.

finos retributivos de una pena. El tutelaje nace en los tribunales de menores estadounidenses, cuando los jueces conocían de casos juveniles como “padres benevolentes” preocupados del bienestar del menor⁹¹, el llamado principio del *Parens Patriae*⁹². Al respecto, en el caso *Schall*, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que “De los niños, por definición, no se asume que tengan la capacidad de cuidarse por sí mismos. Se asume que estén en control de sus padres, y si el control parental falla, el Estado debe jugar su rol como *Parens Patriae*” (la traducción no es oficial)⁹³. Este principio funciona acorde a antiguas visiones del Derecho Penal de menores chileno, que veía a los adolescentes como objetos de derechos de otro, no como sujeto de derechos⁹⁴.

Han sido múltiples las críticas formuladas por los ejecutores de las medidas impuestas por los tribunales juveniles, desde la inutilidad de los mismos a la correlación o incluso relación de causalidad con la sobrepoblación carcelaria en cumplimiento de las adjudicaciones o de los centros de pre-adjudicación⁹⁵ (asimilables a los Centros de Internación Provisoria del SENAME en Chile), que a su vez puede explicarse por la oferta insuficiente de tratamiento y asistencia social en medios fuera de los centros correccionales.

El sistema, al orientarse por un principio proteccionista, generaba consecuencias tan dispares como las *estatus offenses*⁹⁶ y los sistemas de derivación⁹⁷, contrapuestos por la

⁹¹ “Rather than serving as neutral and impartial fact finders, judges were instructed to act very interested and engaged and to behave like benevolent parents, a *parens patriae* figure who was concerned primarily with the best interests of the child (Dunham, 1958; Lou, 1927; Mack, 1909). Although there is reason to question how benevolent and parental juvenile court judges have ever been (*In re Gault*, 1967), the parental expectations of these judges remained largely unchanged and unchallenged until 1967...” SANBORN, Joseph B. 2001. A *Parens Patriae* Figure or Impartial Fact Finder: Policy Questions and Conflicts for the Juvenile Court Judge. *Criminal Justice Policy Review*. Volume 12(4): 311-332.

⁹² El *Parens Patriae* se mantiene en Estados Unidos hasta la actualidad, pero temperado por las transferencias al sistema de adultos y la aplicación de castigos que incluso se miden por la crueldad de los efectos del delito cometido. Vid. *Roper v. Simmons* (03-633) 543 U.S. 551 (2005).

⁹³ “Children, by definition, are not assumed to have the capacity to take care of themselves. They are assumed to be subject to the control of their parents, and if parental control falters, the State must play its part as *parens patriae*...” *Schall v. Martin*. 467 U.S. 253 (1984).

⁹⁴ BUSTOS, Juan (dir.) *Un derecho penal del menor*, Santiago, ed. Jurídica Conosur, 1992.

⁹⁵ Vid. MIGDOLE, Scott y ROBBINS, Judith. 2007. Commentary: The Role of Mental Health Services in Preadjudicated Juvenile Detention Centers. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* (35): 168-171.

⁹⁶ Las *estatus offenses* son hechos que constituyen faltas sólo cuando las comete un menor de edad (por ejemplo, el ausentarse a la escuela o la ebriedad en la vía pública), y por las que se puede recibir una medida de protección, no dependiendo de la culpabilidad, sino más bien de la vulnerabilidad del menor.

⁹⁷ Procedimentalmente, cuando se detiene a un menor, pasará primero al funcionario policial, quien podrá decidir liberarlo para que regrese solo a la audiencia de adjudicación, o incluso, si es recibido por el funcionario encargado en el Tribunal de menores, este podrá decidir de inmediato la utilización de programas alternativos o medidas extrajudiciales, evitando la realización de un juicio de adjudicación, en conjunto estos son los sistemas de derivación.

actitud que toma el sistema jurídico al respecto y la oficialidad con que las trata⁹⁸. Por un lado, se juzga y “castigan” faltas que no son iguales para todos los ciudadanos, y por el otro, habiéndose cometido un delito, se juzga de mejor manera al sujeto infractor. Por ejemplo, al limitarse la indemnización del afectado, evitarse por completo el juicio y eventualmente la estigmatización que conlleva el mismo.

En un proceso ya iniciado, cobran vital importancia las defensas alegadas que van desde la especial consideración de quien decide al momento de medir la sanción a imponer hasta, incluso, modificar por completo la medida o dejar en libertad al menor juzgado. Al no tener ninguna relevancia la *infancy defense*, la defensa más importante para nuestros intereses, es la *insanity defense*.

Por último, el cuarto criterio, la *insanity defense* o *NGRI defense* (*not guilty by reason of insanity*), nace del derecho penal común como una defensa para desvirtuar la responsabilidad penal bajo la proclamación del tribunal de que el individuo juzgado es autor de un hecho delictivo, pero no recibirá una pena por no considerársele sano mentalmente.

La inimputabilidad por enfermedad mental en Estados Unidos es una defensa que debe ser invocada y argumentada en juicio con la debida concurrencia de especialistas, peritos y testigos. Ello conlleva a que los jóvenes que la aleguen en tribunales juveniles perderán casi por completo cualquier protección que les brinde un juicio juvenil, como la desjudicialización y la informalidad del procedimiento.

La *insanity defense* en tribunales juveniles es un tema controvertido, ya que no todos los Estados la han regulado. Luego de que Wisconsin⁹⁹ aceptara en 1966 la *insanity defense*, fue consecutivamente adoptada en Estados como California, Louisiana, Nevada, Oregon, Texas y New Jersey¹⁰⁰. Estados como Arkansas, Ohio, Michigan y Virginia no la contemplan

⁹⁸ Oficialidad en el sentido de ser sometidas a un proceso judicial acorde al principio de legalidad fundamentado teóricamente por la concepción retribucionista de las penas. Vid MATURANA Miquel, Cristián y MONTERO López 2010. Derecho Procesal Penal. Santiago, Chile. Legal Publishing. Tomo I (Colección Derecho y Proceso). El principio de legalidad, siguiendo la comparación al Derecho chileno, podría ser contrapuesto con las salidas alternativas existentes en nuestro ordenamiento.

⁹⁹ “*Intent is a factor in the determination of juvenile delinquency in Wisconsin*”(p.163) “*The juvenile petition was based upon violation of §940.01 Stats –first degree murder- that requires ‘intent to kill’. A petition based on a violation that requires criminal intent cannot result in a finding of delinquency when the conduct was either unintended or when, because of insanity, there was a failure to form the requisite intent*”. (p.165)”. Winburn v. State 145 N.W.2d 178 (Wis. 1966), citado en WISCONSIN LEGISLATIVE COUNCIL. 1967. Report of the Judiciary Committee and its advisory committee on the children’s code. [en línea] p. 18 <<http://books.google.cl/books?id=a7gnAQAAMAAJ&printsec=frontcover>> [consulta: 1 octubre 2014].

¹⁰⁰ Estado que en un principio a través de su Suprema Corte se mostró en contra, pero luego se vio sobrepasada al aprobarse una ley estatal sobre el tema.

en su regulación¹⁰¹. Para estos Estados, la *insanity defense* solo podrá ser invocada en juicios penales de adultos, por lo que si un menor (o su abogado) considera como la mejor estrategia de defensa alegar la *insanity defense*, deberán esperar una eventual transferencia al sistema de adultos, ya que en un juicio criminal común podrán alegarla como defensa.

Esta alegación en adultos ha sido aceptada en tribunales desde 1895. Actualmente los 50 Estados más el gobierno federal son garantes del derecho a la invocación de esta excusa en procesos penales¹⁰².

El estándar con que se determina la existencia de una *insanity defense* en varios de los Estados es la *M'Naghten Rule*, regla tradicional proveniente del caso M'Naghten, en cuyo fallo se declaró "...Que para establecer una defensa en el terreno de la insanidad, debe ser claramente probado que al tiempo de la comisión del acto, la parte acusada estaba obrando por un defecto de la razón tal, desde una enfermedad de la mente, que no le permitiese conocer la naturaleza y calidad del acto que estaba cometiendo, o si lo sabía, que no supiera que lo que hacía era incorrecto" (la traducción es nuestra)¹⁰³. Esta regla ha sido incorporada en algunas leyes estatales, como en el caso de Nueva York¹⁰⁴.

La aplicación en adolescentes de la regla M'Naghten ha sido cuestionada en Estados como Minnesota, donde la Suprema Corte de ese Estado ha sostenido que la necesidad imperante de diseñar un nuevo estándar (o buscar uno ya diseñado) que considere el evidente estado incompleto de desarrollo mental en que se encuentran los jóvenes

¹⁰¹ Vid. ROGERS, Jamison y MYERS, Wade op. cit. p. 498.

¹⁰² "Today, all 50 states plus the federal government guarantee an adult accused the right to assert the defense of insanity in criminal proceedings. If found legally insane, an accused is thus excused from criminal responsibility and its attendant punishment (usually with court-ordered psychiatric treatment as an alternative disposition)". HARRINGTON, Maxine y KEARY, Ann op. cit. p. 274.

¹⁰³ "The traditional M'Naghten rule, which is still employed in many States (...) asks only the "moral incapacity" question of "whether a mental disease or defect leaves a defendant unable to understand that his action is wrong" and not the "alternative" "cognitive incapacity" question of "whether a mental defect leaves the defendant unable to understand what he is doing". HERTZ, et. al. Op.cit. p. 267.

¹⁰⁴ "The provisions of articles twenty-five, thirty-five and forty and section 30.05 of the penal law shall be applicable to juvenile delinquency proceedings" N.Y. FCT. LAW § 303.3: NY Code - Section 303.3: Defenses; "In any prosecution for an offense, it is an affirmative defense that when the defendant engaged in the proscribed conduct, he lacked criminal responsibility by reason of mental disease or defect. Such lack of criminal responsibility means that at the time of such conduct, as a result of mental disease or defect, he lacked substantial capacity to know or appreciate either: 1. The nature and consequences of such conduct; or 2. That such conduct was wrong". N.Y. PEN. LAW § 40.15: NY Code - Section 40.15: Mental disease or defect.

enjuiciados; la Corte Suprema de Minnesota ha evitado pronunciarse al respecto¹⁰⁵, indicando que el cambio debe venir desde la legislatura¹⁰⁶.

Otros Estados han incorporado al estándar aplicable a procedimientos donde se invoque una “*insanity defense*” criterios fuera del terreno estrictamente jurídico. Muchos de los Estados atienden al examen propuesto por la *American Law Institute* (ALI), que indica que una persona no será penalmente responsable si “*al tiempo de la conducta criminal, como resultado de una enfermedad o tara mental carece la capacidad substancial ni para apreciar la criminalidad (lo injusto o equivocado) de su conducta o de adecuar su conducta a los requerimientos de la ley*” (traducción no oficial)¹⁰⁷.

Procedimentalmente, la *insanity defense* puede invocarse en tribunales juveniles una vez que se ha determinado que el menor no será derivado a cumplir otras medidas de índole proteccionista.

Si se trata de un Estado en el que no se acepte la “*insanity defense*” en tribunales juveniles, puede aun así tenerse en cuenta los antecedentes que determinen la capacidad mental del adolescente, pero posterior a la declaración de imputabilidad. Esto se lleva a cabo al momento de la *adjudication*, para determinar una medida o sanción a imponer, en la que se tendrá en consideración el cuidado necesario requerido por el joven.

Se ha discutido en doctrina la necesidad de determinar la competencia legal con anterioridad al fallo, e incluso antes de la decisión sobre la competencia y transferencia entre tribunales, basándose en la necesidad práctica de evitar la, ya saturada, red de *pre-adjudicated centers*¹⁰⁸, que se manifiesta en una prevalencia de enfermedades mentales preocupantemente alta¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Vid. KAPOOR, Reena y DIKE, Charles C. 2008. *Adolescents and the insanity defense*. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. Volume 36 (1): 145-147.

¹⁰⁶ “Although the M’Naghten rule has been “defended, supported, condemned, and reviled,” it has served as the legal test of insanity in Minnesota since 1868. *Rawland*, 294 Minn. at 31-35, 199 N.W.2d at 782-84. And despite the criticism our court has sometimes directed toward aspects of the M’Naghten rule, we have stated unambiguously that any changes to M’Naghten must come from the legislature” *State v. McLaughlin*, 725 N.W.2d 703 (Minn. 2007).

¹⁰⁷ HERTZ, et. al. Op.cit.

¹⁰⁸ Vid. MENTAL HEALTH Care in Juvenile Detention Facilities: A Review. 2006. Desai, Rani “et al”. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. Volume 34 (2): 204-214.

¹⁰⁹ “First, the most conservative estimates for rates of psychiatric disorders expected in detention would be those that mirror prevalence in the general population. Roberts et al., in a review of several decades of research on psychiatric disorders in children, determined that prevalence rates for current psychiatric disorders were estimated to be 16.5 percent in adolescents. We can thus expect that at least 16 percent of the detention population will have a diagnosable psychiatric disorder. Recent studies, however, have indicated that the actual rates in detention are likely to be much higher. Although only a few studies have been conducted with rigorous methodology (...),

Independiente de si estas enfermedades tienen la magnitud necesaria para excluir la responsabilidad penal, se ha llegado a hablar incluso de un mal uso del sistema de tribunales juveniles para compensar la falta de opciones comunitarias de acceso a un sistema de salud mental.

Para los casos en que se invoca la “*insanity defense*”, existen regulaciones estatales que determinan los pasos a seguir. Por ejemplo, en el Estado de Oregon se cita al adolescente a una audiencia en la que se determinará si éste joven posee una condición mental de seriedad o mantiene una enfermedad o defecto que presente preliminarmente un peligro substancial para otros¹¹⁰. En tal caso se redirigirá a otra audiencia con un organismo creado especialmente para el efecto, el “*Juvenile panel of Psychiatric Security Review Board*”, panel conformado por especialistas que determinarán la competencia para una eventual audiencia de adjudicación. Pueden incluso, de considerarse que si se le libera el adolescente no podrá ser controlado adecuadamente, enviarlo retenido a un hospital o centro especialmente designado para tales efectos.

Los especialistas considerados para integrar el panel abarcan distintas áreas de experticia, como un psiquiatra, un psicólogo con experiencia en justicia criminal, un oficial de libertad condicional, un abogado con experiencia en juicios penales y un miembro del público general.

A raíz de casos de connotación pública¹¹¹, y por el alto índice de prevalencia de enfermedades señaladas, la temática de la salud mental ha generado la necesidad de enfocar la problemática del enfrentamiento con la justicia desde una perspectiva que abarque la mayor cantidad de disciplinas posibles. Así, la psiquiatría y la psicología han tenido un papel preponderante en el desarrollo de las políticas públicas, como contribución a la formación de opinión en la jurisprudencia y elaboración de estatutos, manteniendo ideas, que a nivel histórico se han basado en hechos y estadísticas, que avanzan más rápido que el derecho.

they all have come to similar conclusions: as many as 65 percent of youths in the juvenile justice system have a diagnosable psychiatric or substance abuse disorder. Desai, Rani “et al”. Op. Cit. p.206.

¹¹⁰ “(2) *In Every hearing before the juvenile panel, the juvenile panel shall determine whether the Young person: (a) Has a serious mental condition; or (b) Has a mental disease o defect other tan a serious mental condition and presents a substantial danger to others*”. Hearings of juvenile panel of Psychiatric Security Review Board. 2011 ORS §419C.532.

¹¹¹ Vid. Andrew Douglas Golden v. State of Arkansas.

GRISSO distinguía 4 etapas fundamentales en lo que él describe como el movimiento de salud mental y justicia juvenil¹¹²; Así:

1. La primera fase, a principios del siglo XX, marcada por el *parens patriae*, donde los jueces, actuando como padres benevolentes, actuaban primariamente en el mejor interés del niño;

2. La segunda fase, que comienza en la década de los 60, va desde el *parens patriae* con casos como Kent y In re Gault, ya citados;

3. La tercera fase, a comienzos de los 90, surge con la idea del “súper depredador”, el adolescente peligroso, posiblemente loco, imposible de rehabilitar, expuso la visión de que la rehabilitación no podía ser el único fin del sistema penal de menores. Esto, junto al colapso del sistema comunitario, impulsó el movimiento de salud mental como tal así como las críticas de los actores de los centros que recibían a los adolescentes, quienes señalaban que se habían transformado en un “depósito” de todos aquellos que no podían recibir la atención mediante otros medios;

4. La cuarta y actual fase, se enfoca en la necesidad de tratamiento de los niños ya encarcelados. Protestan en contra de los excesos del punitivismo de la era que le antecedió, por haber contribuido a exacerbar el problema de salud mental ya existente¹¹³. Esta última fase, se introduce también en el sistema legal que lleva a ese punitivismo que puebla los centros de detención y correccionales que deben recibir a jóvenes que podrían tener el mismo tratamiento en otros lugares, solo por aplicarse el mismo estándar que a los adultos, pidiendo crear una regla estatal adecuada al grado de desarrollo mental de los adolescentes.

Estados Unidos ha llevado a cabo un proceso inverso al chileno. El proceso penal juvenil nace desde una génesis opuesta. Mientras ellos, en un paradigma ampliado en el tiempo de la interrupción de la delincuencia mediante la irrupción en la vida del adolescente en el mayor ámbito posible, a partir de esta lógica de tratamiento se cuestiona el por qué se imparte el castigo penal, si puede haber un tratamiento diverso.

Desde la LRPA, Chile parte de la vereda contraria. Todas las personas que cometan delitos deben ser castigadas, los adolescentes también. En esta muestra de retribucionismo, no se pierde la oportunidad, en la medida de lo posible, para realizar un tratamiento, el que

¹¹² GRISSO, Thomas. 2007. Progress and Perils in the Juvenile Justice and Mental Health Movement. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law. Volume 35 (2): 158-167.

¹¹³ Citando a Grisso, también MIGDOLE, Scott y ROBBINS, Judith. Op. cit. p. 169.

para los adolescentes cobra especial importancia por los fines preventivos especiales contemplados. Además, como apartado, si alguno presenta anomalías mentales también deberá ser tratado si es que cumple con lo necesario para que le sea atribuida responsabilidad penal.

El derecho estadounidense no está exento de críticas. Recién está avanzando en el camino del debido proceso. Es un modelo que debe definirse respecto a sus fines, entre el tutelaje, la educación, la responsabilidad y el castigo. Finalmente, la orgánica del proceso penal juvenil debiese ser articulada de mejor manera a nivel federal, puesto que la libertad que posea cada Estado para regular lleva a una desigualdad que para un observador extranjero no resulta aceptable. Esto puede obedecer a un motivo cultural.

Una de las complejidades de este sistema, que podría dificultar su incorporación, es la tecnificación y enfoque multidisciplinario otorgados al fenómeno de la delincuencia juvenil, que si bien permite una actualización e instauración de nuevos modelos más rápida que esperar la dictación de nuevas legislaciones, entrega competencia incluso decisoria a especialistas de campos externos al jurídico.

2.2. Derecho penal juvenil alemán

El Derecho penal adolescente germano desde 1900¹¹⁴ ha proclamado como fin último la educación de los menores que enfrentan la justicia, abordando desde el derecho penal sustantivo común la responsabilidad que conlleva la comisión de un hecho ilícito que revista las características de un delito, configurándose de este modo un “derecho penal especial”¹¹⁵.

A diferencia del Derecho penal y procesal penal de Estados Unidos, la regulación alemana de jóvenes y adultos se concentra en leyes federales, unificando el sistema para todo el país.

¹¹⁴ “El 2 de julio de 1900 surge la “Ley Alemana de Educación Previsora” que inicia cambios favorables para la juventud delincuente, ya que en fechas anteriores poco es lo que se había logrado, encontrándose datos que revelan la aplicación de la pena de muerte a niños menores de ocho años todavía en el siglo XVIII. La figura del juez de menores aparece en 1908 presagiando el surgimiento de la “Ley de Tribunales para Menores” de 16 de febrero de 1923 que trajo consigo grandes reformas legales: se ocupó del derecho de menores dejándolo por primera vez fuera del ámbito del Código Penal; declaró inimputables a los niños de menos de catorce años; y determinó para los jóvenes entre los catorce y dieciocho años la aplicación de penas atenuadas”. BLANCO Escandón, Celia. s.d. Estudio Histórico y Comparado de la Legislación de Menores Infractores [en línea] < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/7.pdf>> [consulta: 15 de septiembre 2014].

¹¹⁵ Vid. CANO Paños, Miguel Ángel. 2011. ¿Supresión, mantenimiento o Reformulación del pensamiento Educativo en el derecho penal juvenil?.[en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 30 noviembre 2011 <<http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-13.pdf>> [consulta: 16 septiembre 2014].

Aunque históricamente ya existía la figura de los jueces de menores, al vislumbrarse la especialidad que necesitaba el segmento, en 1953 se promulgó la “Ley de Tribunales para menores”: la “*Jugengerichtsgesetz*” (en adelante JGG), que funciona como ley especial en el marco del Código penal alemán (*Strafgesetzbuch*, en adelante StGB).

Luego de la reunificación de Alemania y la dictación del primer StGB en 1871, se regulaba en el Código penal común y se trataba a los menores de edad como un segmento inimputable bajo los 12 años, y de imputabilidad condicionada a la conciencia de la culpabilidad entre los 12 y 18 años, lo que se llevaba a cabo bajo examen del juez quien determinaba si existía esta conciencia. Si no existía conciencia se absolvía. De existir, se aplicaba una pena atenuada.

Esta modalidad, que por cierto aun subyace en el sistema alemán, se asemeja bastante a la legislación chilena a la entrada en vigencia del Código penal chileno (1874 en adelante), que establecía una exención a los menores de 10 años y a los mayores de 10 y menores de 16, a no ser que constare ante el juez que obró con discernimiento, tratándose al discernimiento como el conocimiento del bien y el mal del contenido de la conducta, cercano al examen germano.

No es posible asimilar del todo la noción de discernimiento, el estar obrando “bien o mal” con la culpabilidad y lo que encierra la incapacidad de entender la dirección de los propios actos por efecto de un trastorno o enfermedad mental.

A partir de la dictación de la primera ley de tribunales juveniles en 1923 se ordenaba la imposición de medidas educativas exclusivas para los menores que no tuvieran conciencia de culpabilidad, y de manera preferente a la pena para aquellos que si resulten punibles.

En 1953, luego de la fundación de la República Federal Alemana, se dicta una nueva versión de la Ley de Tribunales Juveniles (la JGG), que si bien no tiene grandes modificaciones respecto a su antecesora, introduce la nueva segmentación etaria que rige hasta hoy. En su sección 19 previene la completa inimputabilidad de los menores de 14 años¹¹⁶. Luego, la JGG regula y distingue en su sección 1 entre jóvenes (*Jugendliche*) que ya cumplieron 14 años pero no los 18, y los adultos jóvenes (*Heranwachsende*) que ya han cumplido los 18 pero no tienen 21 años. A ambos grupos se les aplica la JGG, en la

¹¹⁶ “Section 19. Lack of criminal capacity of children. Persons who have not attained the age of fourteen at the time of the commission of the offence shall be deemed to act without guilt”. ALEMANIA. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. 1871. *Strafgesetzbuch*. 15 mayo 1871.

comprensión de tratarse con sujetos en desarrollo. A pesar de que la ley es muy anterior a la CIDN, en todo su articulado contiene disposiciones que descansan en los principios rectores de la convención.

La JGG no resulta controvertible -como su par chileno- en cuanto a la supletoriedad de la ley penal común, porque simplemente hace aplicable la StGB a todo lo que no esté regulado por la primera¹¹⁷. A diferencia de la LRPA, la JGG abarca tantas materias que hace poco necesario recurrir a la legislación penal común.

En cuanto a las medidas aplicables, es necesario señalar que éstas surgen con la existencia de un hecho delictivo, luego, la responsabilidad penal solo podrá declararse si el juez estima que el joven ha alcanzado el nivel de madurez moral e intelectual suficiente (*Verantwortungsreife*) para entender la ilicitud de su actuar y conducirse de acuerdo al entendimiento que tiene¹¹⁸. Si no posee tal comprensión, el juez puede decretar las mismas medidas que los jueces de familia y tutela, asesorado por la “Asistencia Judicial a la Juventud” (*Jugendgerichtshilfe*), organismo multidisciplinario formado por educadores, psicólogos y trabajadores sociales.

En el caso que el joven entienda la ilicitud de su actuar y pudiese conducir el mismo en sentido contrario, pero aun así exista el acto delictivo, el juez podrá finalmente tener varias opciones dependiendo de la gravedad del hecho.

Por un lado, están las “medidas educativas” (*erziehungsmaßregeln*), y los “medios coercitivos” (*zuchtmittel*), ambos tienen una finalidad educativa. Por otro, están las “penas juveniles” (*jugendstrafe*)¹¹⁹, cuyo objetivo es más bien retributivo.

¹¹⁷ “Section 2. Goal of criminal law relating to young people; application of general criminal law. (1) The application of criminal law relating to young people is above all to counter renewed criminal offences on the part of a youth or young adult: In order to achieve this goal, the legal consequences, and with respect for the parental right of upbringing also the procedure, shall be orientated primarily in line with the educational concept. (2) The provisions of general law shall apply only insofar as not otherwise provided for in this Law”. ALEMANIA. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. 1953. Jugendgerichtsgesetz. 4 octubre 1953.

¹¹⁸ “Section 3. Criminal liability. A youth shall bear criminal liability if, at the time of the act, he has reached a level of moral and intellectual maturity sufficient to enable him to understand the wrongfulness of the act and to conduct himself in accordance with such understanding. For the purposes of bettering a youth who bears no criminal liability due to a lack of maturity the judge may order the same measures as the judge responsible for family and guardianship matters”. Jugendgerichtsgesetz Op cit.

¹¹⁹ “Section 5. Consequences of youth offences. (1) Supervisory measures may be ordered in response to a criminal offence committed by a youth. (2) Where supervisory measures do not suffice, disciplinary measures or youth penalty may be imposed to punish an offence committed by a youth. (3) Disciplinary measures or youth penalty shall be dispensed with if placement in a psychiatric hospital or institution for withdrawal treatment renders punishment by the judge dispensable”. Idem.

Estas medidas o sanciones pueden ser aplicadas a adultos jóvenes (*Heranwachsende*), aunque con ciertas salvedades, como si se demuestra, según las características del hecho, que su desarrollo moral e intelectual equivaldría al de un joven (*Jugendliche*) al momento de la comisión del delito. Si no, se les aplicará las medidas cautelares y sanciones del derecho penal común pero mitigado¹²⁰. Para determinar este desarrollo se requiere de un proceso en donde el juez ya se haya pronunciado sobre la *Verantwortungsreife*¹²¹.

La distinción entre medidas educativas y penas es el sello del derecho penal juvenil alemán. La doctrina la define como un sistema jurídico que se torna ambiguo al convertirse en un “Derecho penal educativo”¹²², que en sí contiene dos conceptos antagónicos, “educación” y “pena”.

El derecho penal juvenil alemán ha sido interpretado incluso como un derecho penal de autor (*Täterstrafrecht*), al tener preponderancia la personalidad del menor por sobre la búsqueda de sanción. Lo anterior al contrario del derecho penal de adultos, que sigue siendo guiado por los hechos ilícitos cometidos (*Tatstrafrecht*)¹²³.

Respecto a los jóvenes con problemas mentales que enfrentan la justicia penal, es posible señalar que la regulación es abundante y abarca el problema más allá del mismo sistema penal, como una materia de salud pública. Los jóvenes pueden recibir medidas educativas, y si éstas no resultan suficientes se podrán aplicar medios coercitivos y penas.

¹²¹ Section 105. Application of youth criminal law to young adults. (1) Where a young adult engages in misconduct punishable under the provisions of general law, the judge shall apply the provisions applicable to a youth set out in sections 4 to 8, section 9, number 1, sections 10 and 11, and 13 to 32, mutatis mutandis if: 1. the overall assessment of the perpetrator's personality, taking account of his living environment, demonstrates that at the time of the act he was still equivalent to a youth in terms of his moral and intellectual development, or; 2. the type, circumstances and motives of the act indicate that it constituted youth misconduct” Idem.

¹²² La Segunda Ley de Reforma de la Ley de los Tribunales Juveniles y otras Leyes (Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes und anderer Gesetze), de 13 de diciembre de 2007 introdujo expresamente en la sección 2 la finalidad educativa del Derecho Penal Juvenil.

¹²³ “La regulación en la JGG de, por un lado, “medidas educativas” (“ErziehungsmafregeIn”) (§ 9 JGG) y de la pena juvenil (“Jugendstrafe”) (§ 17 JGG) por otro, como posibles reacciones a la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor, lleva en principio a una “tensa relación” entre los conceptos de “pena” y “educación”, en referencia a la cuestión de cuál de los dos principios marca la naturaleza de la Ley. Esa relación entre educación y pena se ha resuelto mediante un compromiso, el cual tiene como contenido esencial el hecho de que no es el pensamiento expiativo (“Suhnegedanke”) sino el pensamiento educativo (“Erziehungsgedanke”) el que debe dominar en el Derecho penal juvenil. Así este “Erziehungsgedanke” desplaza el Derecho penal puramente retributivo”. CANO Paños, Miguel Ángel. 2002. ¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica. [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Vol. LV 2002 <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/miguelangelcano.pdf> [consulta: 16 septiembre 2014].

Dentro de las medidas educativas, el juez puede determinar, con el consentimiento de los representantes legales del menor o de él mismo si es mayor de 16 años, que asista a un tratamiento de rehabilitación con un especialista, a no ser que exista otro requerimiento. El joven podrá cumplir la medida educativa en libertad incluso antes de la primera audiencia, evitando una probable estigmatización. Para los adultos jóvenes se aplican medidas similares, pero dentro de un proceso ya iniciado.

Abarcando a jóvenes y adultos jóvenes, la sección 7 de la JGG se refiere a las medidas coercitivas dirigidas a la reforma y prevención, especificando las contenidas en la sección 61 de la StGB¹²⁴, en particular, medidas de rehabilitación e incapacitación.

Entre las medidas coercitivas aplicables a los jóvenes, se encuentra la ubicación en hospitales psiquiátricos (*Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*). A diferencia de todas las demás medidas coercitivas, la competencia para ordenar la internación en hospitales psiquiátricos le corresponde a los tribunales comunes¹²⁵ y son decretadas de acuerdo al principio de proporcionalidad respecto del delito cometido o a la espera de ser cometido, y al grado de peligrosidad de la persona¹²⁶.

Asimismo, la StGB regula las medidas de custodia, sin distinguir el grado de privación de libertad que éstas conllevan. Al igual que el sistema chileno para la aplicación de medidas de seguridad, ordena la elaboración de un informe que se pronuncie sobre la peligrosidad del joven.

El año 2008 se incorporó la “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*)¹²⁷, institución que surge acorde a los movimientos punitivistas y retributivos, buscando incluso

¹²⁴ “Section 61. Overview. The measures of rehabilitation and incapacitation are: 1. mental hospital orders; 2. custodial addiction treatment orders; 3. detention for the purpose of incapacitation; 4. Supervision orders; 5. disqualification from driving; 6. disqualification from exercising a profession”. Strafgesetzbuch op. cit.

¹²⁵ “Section 39. Substantive jurisdiction of the youth court judge. (1) The youth court judge shall have jurisdiction to deal with youth misconduct providing only supervisory measures, disciplinary measures, incidental penalties and consequences permissible under this Law or the withdrawal of permission to drive are to be expected and providing the public prosecutor files charges before the criminal court judge. The youth court judge shall not have jurisdiction to deal with matters brought against youths and adults joined pursuant to section 103 if the judge at the local court would not have jurisdiction to deal with the adults under the provisions of general law. Section 209, subsection 2, of the Code of Criminal Procedure shall apply mutatis mutandis. (2) The youth court judge may not hand down youth penalty exceeding one year’s duration; he may not order placement in a psychiatric hospital”. Jugendgerichtsgesetz. Op. Cit.

¹²⁶ “Section 62. Principle of proportionality. A measure of rehabilitation and incapacitation must not be ordered if its use is disproportionate to the seriousness of the offence committed by or expected to be committed by the convicted person and to the degree of danger he poses to society”. Strafgesetzbuch. Op. cit.

¹²⁷ “Por medio de la custodia de seguridad posterior es posible, bajo ciertas condiciones, encerrar a personas condenadas por un delito después del cumplimiento de la pena en un establecimiento penitenciario, aun cuando la custodia de seguridad no hubiese sido ordenada en la sentencia condenatoria (§ 66 StGB) o establecido en dicha resolución la posibilidad de ordenarla (§ 66a StGB). El caso de la custodia de seguridad posterior refiere a la

eliminar el componente educativo de las medidas impuestas. Una eventual privación de libertad en hospitales psiquiátricos o el cumplimiento de otra medida, puede ser indefinida y permanente para los jóvenes internados.

Esta custodia, que puede extenderse incluso más allá del cumplimiento de la pena asignada al delito cometido, puede ser decretadas si se cumplen determinados requisitos:

1. Que la pena juvenil sea por lo menos de siete años de internamiento, lo que ya habla de la gravedad que debe tener el delito (el período máximo de pena juvenil para jóvenes adultos es de diez años).
2. Que el delito sea de aquellos contra la vida, la integridad física o la autodeterminación sexual, robo con resultado de muerte, con daño en las personas o chantaje usando fuerza en contra de una persona.
3. Que la víctima haya sufrido un grave daño físico o psicológico o que haya estado expuesta a un peligro grave.
4. Que se considere altamente probable que el joven cometa nuevamente delitos de la misma naturaleza.

La orden de custodia deberá ser revisada anualmente, a fin de verificar si las causales que la motivaron cesan o la hacen desproporcionada. Sin embargo, de encontrarse el joven procesado por otros delitos, podría quedar en detención preventiva, a la espera de de un nuevo proceso penal o bajo supervisión, otra medida de la StGB.

Si se mantiene la causal que motivó la adopción de esta medida, su duración puede prolongarse indefinidamente. Ante esto, puede moderarse la intervención, ordenando el internamiento en un recinto especializado (ya sea para tratar problemas de patologías mentales como las adicciones), pero cumpliendo el estándar mínimo de adecuarse al tiempo de una posible condena, o al menos no superando el máximo de la misma.

Si bien Alemania ratificó la CIDN en 1992, estas medidas siguen sin adecuarse a las normas de dicho tratado internacional.

aparición de un pronóstico de peligrosidad en el tiempo que media entre el pronunciamiento de la sentencia y el fin del cumplimiento de la condena". MEDINA Schulz, Gonzalo. 2006.
Sistemas penales comparados: Principales reformas en la legislación penal y procesal (2003-2006). [en línea] Revista Penal N° 18 (2006). <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/294/285>> [consulta: 16 septiembre 2014].

CAPÍTULO 3. LEGISLACIÓN NACIONAL: LEY N°20.084

Son diversos los cuerpos normativos que regulan y protegen los derechos de la infancia y adolescencia, el ordenamiento jurídico nacional contempla una ley especial que establece garantías y derechos aplicables a los adolescentes infractores de ley.

En este sentido, la Constitución Política de la República, consagra en su artículo 19 los derechos humanos de todos los habitantes. El numeral N° 1 de dicho artículo consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. El numeral N°2 establece la igualdad ante la ley y la no diferenciación arbitraria. El numeral N° 3, quizás el más importante a efectos de tratar un debido proceso para adolescentes infractores, garantiza a todas las personas en su inciso primero *“la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”*. Este numeral trata de las garantías propias del llamado “debido proceso”. Dentro del mismo numeral, se contempla el derecho irrenunciable a ser asesorado por abogado defensor, y las garantías básicas, como que la conducta sancionada se encuentre expresamente tipificada, y que haya sido establecido legalmente con anterioridad a la comisión del hecho.

Por otro lado, el numeral 7° establece el derecho a la libertad personal y seguridad individual, pronunciándose en forma similar a los tratados internacionales al señalar que *“b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;”*. Asimismo, la privación de la libertad personal solo podrá ser mantenida en la casa del afectado o en lugares públicos destinados al objeto, y sólo mientras sea estimada por el juez como necesario para las investigaciones, para la seguridad del ofendido o de la sociedad¹²⁸.

¹²⁸ “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes; (...)d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.(...) e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9°, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;”

Además de la Constitución Política, existen leyes que regulan temas de infancia y adolescencia haciendo operativos los derechos y garantías consagrados en la carta magna, otorgándoles una aplicación práctica.

3.1. Principios y garantías de la Ley N° 20.084

El profesor BERRIOS¹²⁹, sistematiza los principios y garantías de la ley N° 20.084 y establece como objetivo transversal la diferenciación del sistema penal de adultos del adolescente. Determina cuatro objetivos, a saber:

- a) Privilegiar la desjudicialización y las alternativas a la sanción penal;
- b) Privilegiar las sanciones no privativas de libertad;
- c) Legalidad, excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad cautelar y sancionatoria y;
- d) Favorecer la conducta conforme a derecho, promover la integración social de los adolescentes y evitar la reincidencia delictiva.

Sin la intención de entrar a discutir sobre la especialidad del derecho penal adolescente, es posible notar que en las exposiciones de aquellos derechos y garantías se refuerza notoriamente el aspecto que cobran un carácter especializado por sobre el derecho penal de adultos, obviando los derechos que les corresponden a ambos grupos.

El profesor DUCE¹³⁰ estima que deben ser especialmente tratados los adolescentes en cuanto:

- Al reforzamiento del debido proceso
- A la estructura procesal
- Una política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos.

¹²⁹ BERRÍOS, Gonzalo. 2011. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. [en línea] Política Criminal vol. 6 N°11 (junio 2011) pp.163-191. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A6.pdf> [consulta: 13 noviembre 2013]

¹³⁰ DUCE, Mauricio. 2009. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. [en línea] *Ius et Praxis*. Año 15 (1):73-120 < <http://ref.scielo.org/3857y2>> [consulta: 19 agosto 2014]

Complementando esta visión¹³¹, el profesor COUSO¹³² ordena el análisis de cumplimiento de garantías, al exponer lo necesario para una buena decisión judicial en el derecho penal adolescente, a partir del análisis de dos “escalones”. El primero lo configuran los principios básicos orientadores para la formulación de políticas de justicia penal de adolescentes, manifestados con mayor o menor claridad en los instrumentos internacionales y en la LRPA.

Estos principios al ser meramente orientadores deben pasar a ser traducidos en términos más prácticos, a partir del análisis del “segundo escalón”, como principios operativos de juzgamiento, que deberían ser directamente aplicables como estándares de juzgamiento.

Dichos principios son la responsabilidad penal especial, la especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente y la especial orientación del derecho penal adolescente a la prevención especial positiva.

3.1.1. Responsabilidad penal especial

En este punto, se aprecia la consideración en cuanto a la gradualidad por edad y culpabilidad al momento del enjuiciamiento, basado principalmente en postulados de la psicología del desarrollo, incluso pensando en lo cuestionable de la apreciación del injusto.

Del principio de responsabilidad penal especial, se deriva un primer estándar, el juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal, que abarca a todos los demás estándares y principios, enfocándose en el establecimiento y la valoración del injusto, situándose en el hecho típico y antijurídico.

Este estándar apunta a la lesividad social ligada a cada tipo penal, la que de acuerdo al particular comportamiento adolescente puede disminuir o desaparecer. El autor expone visiones doctrinarias en que las representaciones normativas no se identifican con los mandatos y prohibiciones normativas de los adultos.

¹³¹ Vid. DUCE, Mauricio y COUSO, Jaime. 2012. El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado [en línea] Política Criminal vol. 7(13): pp.: 1-73. <<http://ref.scielo.org/fycvzw>> [consulta: 8 agosto 2014].

¹³² COUSO, Jaime. 2012. La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre): 267-322 < <http://ref.scielo.org/wgd2jy>> [consulta: 20 agosto 2014].

El profesor Couso citando a Albrecht, refiere que “*detrás de hechos que tienen una estructura de la acción semejante en lo formal, se esconden diferencias de significado relevantes por faltar en el adolescente precisamente una exigencia típica subjetiva*”¹³³. Exigencias típicas como el ánimo de lucrar o incluso los casos de error de tipo, han sido consideradas por la jurisprudencia alemana como situaciones susceptibles de ver reemplazada la intencionalidad adulta común injerta en el tipo con intenciones típicamente adolescentes, como la “experimentación y prueba”.

Además de la falta de una exigencia típica subjetiva, también la valoración del injusto puede ser interpretada diferenciadamente mediante los complementos valorativos del tipo, en términos típicos de la legislación alemana, como “maliciosamente” o “impúdico”.

También puede juzgarse diferenciadamente el injusto penal desde la perspectiva de la gravedad del delito, como lo hace la legislación española, flexibilizando la determinación de la sanción.

El ejemplo máxime de la diversa significación de los hechos que repercute en la necesidad de un juzgamiento diferenciado es en materia de delitos sexuales, específicamente en aquellos que la lesividad social se presume por ser uno de los intervinientes menor a la edad definida como de consentimiento para una determinada conducta. Al parecer, no existiría afectación al bien jurídico protegido si entre los intervinientes no existe una interacción abusiva, que en el derecho chileno, está dada por diferencias etarias, según el artículo 4° de la LRPA¹³⁴.

La significación del hecho acorde al comportamiento adolescente, según la doctrina, debe resolverse mediante mayores facultades para desestimar causas por vías procesales, a través del principio de oportunidad, u otras vías de resolución alternativa de conflictos. En la práctica, sin recurrir al derecho penal sustantivo, delitos de bagatela o poca monta son objeto de consideración diferenciada por el órgano persecutor.

Un segundo estándar, es la culpabilidad disminuida del adolescente y tratamiento punitivo privilegiado, prohibiendo un tratamiento punitivo más severo que el del adulto.

¹³³ Couso. Op. Cit. p. 293.

¹³⁴ Artículo 4°.- Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concorra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.

Por culpabilidad disminuida frente al adulto, la doctrina española ha entendido como la menor exigibilidad de conducta conforme a derecho, “en base a la fragilidad del proceso de socialización en que aún se encuentra inmerso el adolescente, así como su menor experiencia sobre el funcionamiento de las normas penales y las consecuencias de su infracción”¹³⁵.

Mientras, la doctrina costarricense ha situado la menor culpabilidad en la corresponsabilidad de la sociedad en la conducta delictiva adolescente, así como en la menor madurez del sujeto de reproche.

Dentro del derecho anglosajón por su parte, Zimring concibe a la adolescencia como un período en que los jóvenes no debiesen cargar con todos los costos de sus errores, al estar aprendiendo a tomar decisiones responsables¹³⁶. La adolescencia es entonces un período de prueba.

La culpabilidad disminuida es posible desglosarla entre un sistema de penas atenuadas, y un tratamiento punitivo privilegiado.

El sistema de penas atenuadas ha fijado tiempos máximos de duración de las sanciones aplicables a adolescentes, en específico respecto de aquellas privativas de libertad, con ejemplos en el derecho alemán, español y costarricense. También aplicado en Chile, en los artículos 18 y 21 de la LRPA¹³⁷.

Los adolescentes, son merecedores de menos pena que los adultos, porque la capacidad de control de la propia conducta y el pensamiento a largo plazo también es menor respecto de los primeros. No resulta proporcional la retribución si la culpabilidad o reprochabilidad de la conducta ya es disminuida. En otras palabras, de aplicar la misma pena, el reproche resultaría más severo para un adolescente que para un adulto.

¹³⁵ Vid. CRUZ Márquez, Beatriz. 2006. Educación y prevención general en el Derecho penal de Menores. Madrid. Marcial Pons. pp. 114-115.

¹³⁶ Couso. Op.cit. p. 297.

¹³⁷ “Artículo 18.- Límite máximo de las penas privativas de libertad. Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad”. “Artículo 21.- Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”. También se contiene en los artículos 13 y 14 de la LRPA, en sus últimos incisos respectivos.

La contraparte de la existencia de límites temporales en la aplicación de sanciones, es la aplicación de leyes penales de adultos a adolescentes. Como se señaló en el apartado de derecho estadounidense, la aplicación indiscriminada de la pena de muerte y presidio perpetuo sin derecho a libertad condicional ha perdido terreno con los años, reconociéndose progresivamente la culpabilidad disminuida de los menores.

La aplicación de menores sanciones para los adolescentes se traduce a la vez, en que el castigo, traducido en una sanción o pena, no puede ser mayor que el que recibiría un adulto. A nivel histórico en la legislación comparada, los modelos cautelares y educativos, con mayor recurrencia en el tratamiento de la criminalidad leve permitieron la aplicación de medidas (protectoras o educativas), en circunstancias que un adulto podría haber recibido una salida alternativa, o una pena inferior.

Actualmente, la legislación española prohíbe expresamente la aplicación de penas privativas de libertad que excedan la duración que habría tenido la misma de ser un adulto el declarado penalmente responsable, en el mismo sentido la legislación costarricense de acuerdo al tipo penal y la legislación chilena en el artículo 26 de la LRPA como límite a la imposición de una sanción privativa de libertad.

Para el tratamiento punitivo privilegiado, por su parte, el autor no reconoce fuentes en el derecho comparado, más bien sería un principio operativo basado en la doctrina y práctica judicial. El tratamiento punitivo representa los aspectos que serán valorados al medir la culpabilidad para imponer una pena, como límite a ella y no como su fundamento. El tratamiento privilegiado, se traduce en la consideración subjetiva de la reprochabilidad del hecho delictivo.

Un tercer estándar va más allá de la culpabilidad disminuida como concepto genérico, y se encarga de cada uno de sus elementos, imponiendo el deber operativo de considerar a las diferencias físicas, fisiológicas y emocionales, de acuerdo a la Observación General N°10 como “la base para afirmar la ‘menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia’”¹³⁸. Es el estándar de “juzgamiento diferenciado de los elementos de la culpabilidad”.

La consideración de diversos elementos, lleva al autor en primer lugar a cuestionar si a pesar de ser cronológicamente adolescente, un menor de edad puede demostrar madurez insuficiente para responder penalmente. Eso lo lleva a recurrir al derecho comparado, donde

¹³⁸ Couso. Op. Cit p. 280.

en Alemania encuentra el concepto de “Madurez de responsabilidad” determinada judicialmente sobre todo joven entre 14 y 18 años. Las medidas a aplicar dependerán de la decisión judicial.

En España, excepcionalmente el juez podrá apreciar la madurez presumida con anterioridad, apreciando el discernimiento del joven. Lo que no excluiría, según la doctrina, la valoración sobre la madurez al momento de indagar en la exigibilidad de otra conducta.

También se señala por la doctrina como solución parcial ante una inmadurez de envergadura tal que resulte anómala, la inimputabilidad por anomalía psíquica. Otras consideraciones también han sido hechas para la privación temporal de razón, con efecto eximente o atenuante con un umbral distinto para la imputabilidad del adolescente.

Otro elemento que ameritaría juzgamiento diferenciado es el conocimiento de la antijuridicidad, respecto de la vencibilidad del error de prohibición, condicionado – según la doctrina- por rasgos propios del comportamiento adolescente, por ejemplo la impulsividad o la necesidad de experimentación, como se adelantaba en el primer estándar.

En cuanto a la exigibilidad de otra conducta, como sustento del reproche penal mismo, que en los adolescentes estaría disminuida, el análisis se centra no en si es ésta la base para afirmar a la adolescencia como un estado general del ser humano que amerita la culpabilidad disminuida, sino que en las situaciones específicas y como estas afectan comparativamente de forma más grave a un adolescente, de lo que se derivaría su capacidad de comportarse de acuerdo a la exigencia legal (por ejemplo, la participación de familiares en el actuar delictivo, o la presión de grupos de pares).

Un último estándar derivado del principio de responsabilidad penal especial, es el juzgamiento diferenciado de la coautoría y la complicidad.

Como fenómeno de la criminalidad, el actuar grupal de los adolescentes ha sido objeto de estudio y un problema al momento de determinar la tipicidad de la intervención de cada menor, así como la culpabilidad de los mismos.

Por un lado, la tipicidad de la intervención en la acción delictiva se ha visto cuestionada por la jurisprudencia alemana –así lo señala Couso- al exigir en el actuar del adolescente “la contribución efectiva, facilitadora de la conducta del ejecutor”¹³⁹.

La imputabilidad, podría excluirse o reducirse en el contexto de actuaciones en grupos de adolescentes, toda vez que existe un grado de dependencia a la aceptación y susceptibilidad a la presión de los pares, lo que coartaría la capacidad del menor de ajustar su comportamiento a la comprensión del injusto.

Finalmente, sostiene que existe una diversa culpabilidad para el adolescente que resulta también del nivel de participación en la planificación y ejecución de los delitos, que matizaría la responsabilidad personal que lo llevaría a un castigo penal.

3.1.2. Especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, orientación a la prevención especial positiva

Este principio se manifiesta tanto en lo perjudicial de la intervención penal misma, como en las consecuencias de ésta, por ejemplo, la privación de libertad.

Un primer estándar para este principio es el de “Intervención mínima y desjudicialización”. Surge la idea de intervención mínima sustentado en la evidencia empírica que refiere al carácter generalmente episódico de la delincuencia juvenil, asociado al riesgo de estigmatización, daño en el desarrollo y riesgo criminógeno en la reacción penal formal, y la desocialización producida por la privación de libertad. El autor infiere el principio desde normas de derecho internacional, como la CIDN en su artículo 40 N°3 b), que se dirige a evitar el contacto del menor con el sistema penal.

El profesor Couso, trata a la intervención mínima y desjudicialización, como un estándar operativo expresado en el proceso penal, y dentro del marco de la política criminal. Así también, lo analiza como actor incidental en el derecho penal sustantivo en materia del injusto y culpabilidad, siendo partícipe en menor medida del principio de responsabilidad penal especial.

¹³⁹ COUSO. Op. Cit. p. 307.

Del principio también se desprende el estándar de “Excepcionalidad de la privación de libertad” fundado en el artículo 37 b) de la CIDN y reafirmado en la Observación General N° 10¹⁴⁰, que limita de manera estricta la concurrencia de privaciones de libertad.

De dicho estándar también se desprende la aplicación del principio de proporcionalidad, que “*al valorar la intensidad de la restricción de derechos impuesta por la pena, necesariamente debe tener en cuenta al sujeto concretamente afectado por la misma*”¹⁴¹. El foco de atención se centrará en el sujeto al que le será aplicada la sanción penal, estableciendo una prioridad en las sanciones ambulatorias, en desmedro de la privación de libertad.

Los modelos tutelares y educativos, situaban a la necesidad de cautela o de reinserción, como una situación de prevención especial, que requería del sometimiento a la privación de libertad. El desuso de los mismos en favor de la responsabilización y consideración de la culpabilidad en los sistemas penales juveniles, desplazó la justificación de estarle “haciendo un bien al menor” privándolo de su libertad. En la actualidad, al principio educativo se le ha dado una interpretación en clave negativa, para evitar las consecuencias nocivas de la intervención penal.

Dicho principio se incorporó a la legislación chilena, considerando la privación de libertad solo aceptable en la prevención general, permitiendo como fundamento único su utilización ante delitos extremadamente graves.

Siguiendo la misma línea, se erige como estándar separado el de “mayor brevedad posible de la privación de libertad”. Esto se expresa en materia penal sustantiva, por una parte, en la individualización judicial de las sanciones, en donde aun con una culpabilidad disminuida que reduzca la extensión de la sanción aplicable, es posible pensar en una nueva reducción de su duración, para impedir el perjuicio en el desarrollo del menor.

Por otra parte, dicho estándar se aplica en la posibilidad de ponerle término anticipado a las sanciones privativas de libertad, como menciona la Regla 28 de las Reglas de Beijing, utilizando mecanismos como la libertad asistida, sustitución de condena o inclusive la remisión de la pena.

¹⁴⁰ Vid. Observación General N° 10.

¹⁴¹ Couso Op.Cit. p.309.

La privación de libertad y aplicación de otras sanciones solo tendrá justificación de acuerdo a los fines por ellas perseguidas, del cual el autor deriva un tercer principio directamente relacionado al anterior, la “especial orientación a la prevención especial positiva”, de la cual se erige como estándar la “Proscripción de la incapacitación en la determinación individual de las sanciones”, ya sea al momento de la individualización de la sanción a nivel judicial, o en la revisión de su ejecución.

Esto se fundamenta en que el principal motivo de la aplicación de sanciones penales a adolescentes debe estar orientado a la integración social del menor, por lo tanto si tal fin no es cumplido por la sanción, esta deberá ser modificada. En ningún caso la integración social podrá motivar el encierro del adolescente infractor.

Siguiendo las reglas de Beijing, al ser breves los períodos en que un adolescente se encontrará privado de libertad, no se justifican los potenciales efectos perniciosos de la misma al mantenerlo separado de su entorno social y redes primarias.

Por último, dentro de este principio también toma parte el estándar de “juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto”, enfocado hacia el fin de las sanciones en general, ya sean educativas, resocializadoras, o responsabilizadoras, el que siguiendo el mecanismo utilizado predominantemente por el país que las imponga, deberá siempre tener presente fin preventivo especial positivo, traducido en la protección de la sociedad de la comisión de nuevos delitos mediante la reintegración del adolescente juzgado.

Remitiéndose exclusivamente a la CIDN, Berríos¹⁴² citando a CILLERO¹⁴³, extrae aquellos elementos claves en materia penal. Quizá la muestra más específica de garantías vinculantes para Chile fuera de la misma LRPA, distingue las siguientes:

- 1)El niño como sujeto de derechos –no objeto- con responsabilidad progresiva;
- 2)Atribución de responsabilidad por participación en un hecho punible;
- 3)Principio de legalidad penal;
- 4)Aplicación del principio de oportunidad y de fórmulas de remisión del procedimiento como regla general;

¹⁴² BERRÍOS op. Cit. p. 168.

¹⁴³ Vid. CILLERO, Miguel. 2000. Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño.[en línea] Justicia y Derechos del niño N° 2 pp. 101-138 <http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos2.pdf> [consulta: 21 agosto 2014].

- 5) Aplicación intensiva de garantías penales y procesales;
- 6) Dignidad personal, integración social y responsabilidad como principios fundamentales de las consecuencias jurídicas aplicables;
- 7) Reconocimiento de la naturaleza restrictiva de derechos de las sanciones; y
- 8) Regulación estricta del uso, duración y condiciones de la privación de libertad.

Por su parte, el SENAME¹⁴⁴ ha enumerado los principios que establece la LRPA, señalando:

- 1) Legalidad: entendiéndose como el principio de legalidad de las sanciones, y la tipificación de la conducta castigada.
- 2) Especialización: de los actores intervinientes en el proceso, extraído desde el artículo 29.
- 3) Reinserción social: como parte de los fines de las sanciones.
- 4) Interés superior del niño: en la totalidad de las actuaciones penales.
- 5) Derecho a defensa: La asistencia por un abogado en todas las partes del proceso.
- 6) Proporcionalidad y diversidad de las sanciones: ajustado a la gravedad del hecho y edad del imputado
- 7) Legalidad de las medidas cautelares personales: solo en los casos y la forma permitida por la ley
- 8) Control jurisdiccional de la sanción: realizado por los jueces de garantía
- 9) Privación de libertad como medida de último recurso
- 10) Concentración del procedimiento: debido al impacto que genera en el adolescente ser sometido a un proceso penal

Los principios, elementos o garantías, independiente a cual sea su fuente, mientras resulten obligatorios para el Estado chileno deben ser seguidos proveyendo los recursos para los mismos, y asegurándolos en todos sus aspectos desde una perspectiva abstracta o programática, como el diseño de políticas criminales, hasta el último detalle de la ejecución de una sanción, desde lo eminentemente jurídico, como la dictación de una ley especial para

¹⁴⁴ Marco Legal Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. 2014. [en línea] Servicio Nacional de Menores <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=529>> [consulta: 10 septiembre 2014].

el tema, hasta la dictación de Orientaciones técnicas por el organismo encargado de cumplirlas.

3.2. Ley N° 20.084

Sin duda, analizar el supuesto de un adolescente con antecedentes que permitan inferir una posible inimputabilidad por enfermedad mental en el marco de un proceso penal llevado en su contra, implica el análisis del proceso al que es sometido y su regulación. En Chile, ley N° 20.084 que “Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”, llamada “Ley de Responsabilidad Penal Adolescente”¹⁴⁵, regula estas materias.

Atendido la promulgación y publicación de la CIDN en el año 1990, se requería adecuar la legislación nacional que se encontraba en abierta contradicción con lo establecido en la convención, como la legislación penal sobre menores¹⁴⁶.

El proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.084, según menciona el mismo mensaje, fue presentado paralelamente con la ley N°19.968, y otros proyectos que aún no han sido aprobados (como las nuevas legislaciones de protección a la infancia y adolescencia que derogarían a la ley de menores que aún permanece vigente, y leyes que pretendían renovar orgánicamente al Servicio Nacional de Menores y a su sistema de financiamiento¹⁴⁷).

La LRPA introdujo un cambio paradigmático en cuanto al enfoque sobre los adolescentes. De la visión del menor de edad como objeto de derechos¹⁴⁸, se transitó al enfoque del adolescente como un sujeto de derechos¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Promulgada el 28 de noviembre de 2005, y publicada el 7 de diciembre del mismo año, teniendo programada su entrada en vigencia originalmente para 6 meses después, pero viéndola retrasada por un año debido a la falta de infraestructura y programas necesarios, entró en vigencia finalmente el 8 de junio de 2007.

¹⁴⁶ Sobre esto el mensaje: “Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos.”

¹⁴⁷ En el mismo sentido se pronuncia el mensaje con el que el 2 de agosto de 2002 se daba inicio al proyecto de ley: “El Gobierno se ha propuesto, como un importante desafío, la completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile”. Boletín 3021-07.

Los modelos del discernimiento y atenuación de la pena, propios del siglo XIX y el de medidas de protección de los modelos de tutelaje utilizado durante el siglo XX, quedaron obsoletos.

Si bien durante la misma tramitación de la LRPA se intentó mantener el procedimiento de discernimiento bajo la introducción de nuevos incisos al proyecto -que facultaban al juez para que fuesen los padres los que tomaran una decisión, realizando el “encauzamiento correspondiente” decretado por el juez para menores entre 14 y 16 años¹⁵⁰-, dicha indicación fue rechazada por unanimidad en el segundo informe de la Comisión de Constitución. Aunque no son consignadas las causas del rechazo, de la misma indicación se desprendería un espíritu contrario al que propendía el proyecto en su globalidad, que era el “modelo de responsabilidad”, o principio de responsabilización, acorde con las legislaciones comparadas y sus modificaciones¹⁵¹.

El modelo de responsabilidad no deja de lado el compromiso estatal con los adolescentes y su desarrollo por lo que dentro de la especialización del sistema, y de los fines preventivo- especiales y generales de la pena (o sanción, en este caso), se contempla un tinte socio educativo con mayor énfasis en la determinación de las sanciones y su ejecución, teniendo como última meta la incorporación del adolescente a la sociedad en forma plena.

Dentro de los cambios que trajo la promulgación de la LRPA está la noción acerca del papel punitivo que desempeñan los tribunales penales, ya que estos no impondrán las penas establecidas por el ordenamiento jurídico para los adultos, porque han sido sustituidas por la aplicación de la escala general de sanciones penales para adolescentes (artículo 6 LRPA), escala que tiene un orden taxativo. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, al señalar que no serán aplicables sanciones comprendidas en otros cuerpos legales. Por

¹⁴⁹ “Como dijo el señor ministro, esta iniciativa es un avance y una deuda que la sociedad tiene con los adolescentes. Hoy no sólo los hacemos sujeto de derechos, sino también de deberes”. Diputada Laura Soto, durante la sesión 09 en la Cámara de diputados, de fecha 23 de junio 2004.

¹⁵⁰ “19.- Del Honorable Senador señor Ríos, para agregar los siguientes incisos nuevos:

“Aquellos delitos cometidos por menores de 16 y mayores de 14 años, se acreditará su discernimiento para ser juzgados. En caso de que ello no fuera confirmado, no podrán ser sujeto de proceso.

En aquellos adolescentes, que se acredite su discernimiento mayores de 14 años y menores de 16, sus padres o personas responsables de su cuidado, serán parte del encauzamiento correspondiente si así el Juez lo resuelve.”. Senador Ríos en el boletín de indicaciones de fecha 17 de noviembre de 2004.

¹⁵¹ Además, y referido al tema, una indicación al artículo 8 del proyecto (eliminado en la versión final de la ley), agregaba 34.- Del Honorable Senador señor Ruiz-Esquide, para agregar el siguiente inciso nuevo:

“Para los efectos de esta norma, todo menor de 16 años a quien se impute una conducta constitutiva de infracción a la ley penal, deberá someterse a un examen psiquiátrico, con el objeto de acreditar que no sufre de enfermedad mental alguna.”.

ejemplo las medidas accesorias contempladas en la ley N° 20.066, ley de violencia intrafamiliar, las cuales han sido rechazadas en su aplicación dentro de un proceso penal con acusados adolescentes, argumentando que estas estaban fuera del catálogo de sanciones de la LRPA¹⁵².

La jurisprudencia ha limitado el actuar del Estado sancionador respecto de adolescentes, restringiendo la aplicabilidad de toda medida contenida en cuerpos normativos diversos de la ley N°20.084. No ha permitido la aplicación de medidas de protección temporales a víctimas en virtud de no sancionar adolescentes si no es mediante la aplicación de la LRPA.

El Código Procesal Penal, es un cuerpo normativo distinto de la LRPA, que establece medidas de seguridad que pueden privar o restringir la libertad de un sujeto ante la comisión de una conducta tipificada como delito, y sin embargo, la jurisprudencia si las ha considerado aplicables a adolescentes.

En este sentido¹⁵³, una parte de los tribunales nacionales ha sustentado su aplicabilidad en base al artículo 27 de la ley N° 20.084 inciso primero, el que señala que *“Reglas de procedimiento. La investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal”*.

De esta regla se desprende que en cuanto al procedimiento¹⁵⁴, la investigación¹⁵⁵, juzgamiento¹⁵⁶ y ejecución¹⁵⁷ podrán regirse supletoriamente por las normas del CPP, por el

¹⁵² “4° Que en efecto, el artículo 6° de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente dispone que “en sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley sólo se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes”, sin que dentro de la enumeración siguiente se encuentre la reclamada por el Ministerio Público, que efectivamente corresponde a una sanción accesoria posible de aplicarse en los casos de Violencia Intrafamiliar”.

^{8°} Que así, tratándose la ley N° 20.066 sobre Responsabilidad Penal Adolescente (sic) de un cuerpo legal que ha normado en forma especialísima y privilegiadamente el estatuto penal de los jóvenes, no cabe, en opinión de esta Corte la aplicación a los adolescentes de ninguna otra clase de sanciones no contempladas expresamente en la Ley de la Materia, lo cual resulta vedado para el juez y toma improcedente su imposición”. Corte de Santiago, 6.5.2009, GJ 347 (2009) (206).

¹⁵³ Vid. Corte de Santiago, 20.11.2009, GJ 353 (2009).

¹⁵⁴ El procedimiento, según lo ha definido la doctrina nacional, “Consiste en el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y los litigantes en la tramitación del proceso” RODRIGUEZ Papic, Ignacio. 2005. Procedimiento Civil, Juicio ordinario de mayor cuantía. Séptima edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 314p.

¹⁵⁵ Extrayendo elementos de los fines de la etapa de investigación del proceso penal reconocidos por la doctrina, es posible operativizar un concepto de investigación, como la actividad dirigida por el fiscal, destinada a allegar antecedentes que servirán para fundar una eventual acusación en contra de un posible acusado, y asimismo, le servirán a este para sustentar su defensa.

¹⁵⁶ Entendido como la “Instrucción o sustanciación legal de los asuntos en que entienden los jueces o tribunales”.

lugar en que está recabada la norma, (Título II de la ley. Procedimiento), funciona especificando lo contenido en el artículo 1° inciso segundo de la LRPA¹⁵⁸. El hecho que el artículo 27 emplee sustantivos específicos y no una supletoriedad general, como lo hace su símil alemán, amerita un ejercicio interpretativo para determinar si correspondería una supletoriedad que conlleve la aplicación de un procedimiento especial no regulado – y ni siquiera mencionado- por la LRPA.

Desde el punto de vista de la teoría del Derecho, cuando la LRPA establece la supletoriedad, se estaría realizando una heterointegración normativa, práctica común para suplir lagunas de derecho sin tener que recurrir a legislar cada asunto en específico, o evitar la aplicación de analogías. Se distingue, en cuanto a normas especiales susceptibles de supletoriedad (el caso de la ley N°20.084) y leyes especiales autónomas. En términos generales, la ley N° 20.084 se encontraría en el primer grupo. VERGARA BLANCO¹⁵⁹, señala que: *“Son aquellas que tienen una relación de norma especial de frente a otra general o común. Tales normas especiales son susceptibles de ser rellenas, completadas por otras, pues sus lagunas son colmadas por las normas generales o comunes, todas las cuales comparten bases y principios esenciales”*¹⁶⁰.

A lo largo del trabajo, se han evidenciado las diferencias de principios, regulación de sanciones y tratamiento diferenciado entre el sistema procesal penal común y el sistema especial para adolescentes infractores. La LRPA hace un esfuerzo por diferenciar el tratamiento de este grupo etario con el régimen común. Lo anterior implica que la supletoriedad del régimen común debe ser armónica con los principios orientadores de la ley N° 20.084.

¹⁵⁷ Como concepto adecuado al ámbito penal: “La ejecución penal es la última fase, la etapa final del sistema punitivo, el escenario en el cual se ponen a prueba los segmentos precedentes y el sistema penal se somete a un escrutinio público, frente a la comunidad a la que debe brindar protección a través de la ley y la ejecución de las sentencias que, conforme a ella, se dictan”. KUNSEMÜLLER Loebenfelder, Carlos. 2005. La Judicialización de la ejecución penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 26 (1): 113-123.

¹⁵⁸ “Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas. En lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales”.

¹⁵⁹ VERGARA Blanco, Alejandro. 2009. Derecho Administrativo y supuesta supletoriedad del Código civil. En: La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss. Santiago, Chile, Legal publishing-Abeledo Perrot en coedición con Universidad de Los Andes. Pp. 259-280.

¹⁶⁰ VERGARA Blanco. Op cit. p.261.

En este sentido, incluso el inciso segundo del artículo 27¹⁶¹ hace específicamente aplicables al conocimiento y fallo de infracciones para las que se requiera una pena no privativa de libertad (la ley se refiere a pena, el término debería ser sanción) las reglas del procedimiento simplificado o monitorio según sea el caso, regulados en el libro cuarto del Código Procesal Penal, mismo libro que entre otros procedimientos especiales regula el procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad.

Con mejor claridad se advierte que el artículo mencionado en el párrafo anterior hace específicamente aplicables procedimientos especiales bajo ciertas condiciones, que no necesariamente involucran la privación de la libertad, pero no señala esa aplicabilidad para el procedimiento de aplicación de medidas de seguridad, que en la práctica si pueden involucrarla.

Sin embargo, la aplicación en la práctica de medidas de seguridad a adolescentes obliga a estudiar su fundamentación ontológica. Podría argumentarse que a pesar que una interpretación exegética no permite la aplicación supletoria, esta se realiza porque las medidas de seguridad forman parte del ordenamiento procesal penal común en su conjunto, y que se aplican sin ser sanciones, como parte del juzgamiento. Esto no es más que afirmar una noción de las medidas de seguridad como algo distinto de una sanción. Al momento de analizar las penas, más allá de cualquier nombre, ya sea medida (como las llama el derecho Brasileño¹⁶², Español¹⁶³ y Alemán¹⁶⁴), sanción o pena, éstas deben analizarse por su contenido material para calificarlas como tales¹⁶⁵, y una medida de seguridad no puede

¹⁶¹ “Artículo 27.- Reglas de procedimiento. La investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal.

El conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el Ministerio Público requiera una pena no privativa de libertad se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, según sea el caso, regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal”.

¹⁶² “Art. 105.. Al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101”.

“Art. 101..Verificada cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 98, la autoridad competente podrá determinar, entre otras, las siguientes medidas:

I. Encaminamiento a los padres o responsable, mediante declaración de responsabilidad; II. orientación, apoyo y seguimiento temporarios; III. matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental; IV. inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; V. solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o tratamiento ambulatorio; VI. inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; VII. abrigo en entidad; VIII. colocación en familia sustituta”.

¹⁶³ “Artículo 7. Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. 1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:...”.

¹⁶⁴ “Erziehungsmaßregeln” Op. Cit.

¹⁶⁵ “...desde la perspectiva del funcionamiento efectivo, o de una dogmática abierta, se observa que el sistema jurídico había desarrollado mecanismos de castigo penal, al margen del sistema penal formal, esto es, eludiendo el conjunto sistemático de garantías sustantivas y procesales. En la práctica de la argumentación dogmática

desligarse de la privación de libertad que conlleva el internamiento, o la limitación a la misma de la custodia y tratamiento.

Sin adentrarnos al estudio profundo de las medidas de seguridad¹⁶⁶ en cuanto a su naturaleza, si es posible afirmar algunas premisas establecidas por la doctrina y legislación, en lo que respecta a función, concepto y contenido material. El profesor Silva Sánchez¹⁶⁷ señalaba que las medidas de seguridad y las penas, en cuanto a su función y concepto, son radicalmente distintas.

La función de una medida de seguridad, “es la prevención de la peligrosidad del enajenado mental que se exterioriza en la comisión de hechos punibles y se pretende realizar a través de medidas de seguridad”¹⁶⁸. Ni siquiera logra un fin preventivo general, porque de por sí, aquellos considerados inimputables, son considerados por la sociedad como un individuo “distinto al resto”. La única función sería la de una prevención especial. La inoculización del sujeto.

Su concepto, por otro lado, forma parte del binomio peligrosidad-medida de seguridad, el que a su vez está intrínsecamente unido a la noción de inimputabilidad (o el decaimiento de la imputabilidad) que se maneje en el sistema penal, por esto, podemos señalar, que la inimputabilidad se da cuando el individuo, “por la fase vital de desarrollo en que se

sobre la imputabilidad penal se convierte en un eufemismo que encubre la realidad, situación que se prolongará – profundizándose- (...) Desde un punto de vista sustancial, o dicho de otro modo desde un pensamiento dogmático abierto, la pregunta de clave no es si las personas menores de edad son capaces de recibir castigo penal, sino si las leyes, civiles o penales autorizan ese castigo cualquiera que sea el nombre que reciba. Asimismo deberá dar cuenta de la relativa a qué garantías tiene el sujeto frente a esa pretensión punitiva” CILLERO, Miguel. 2003. Op. Cit. p.20.

¹⁶⁶ Para referirnos con propiedad sobre el tema, un concepto de medida de seguridad lo entrega Terradillos (citado por Vera), al nombrarlas como “aquella privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado, con un fin reeducador, inocuizador o curativo, a una persona socialmente peligrosa, con ocasión de la comisión de un delito”. En: VERA Vega, Jaime. 2012. Las medidas de seguridad en la ley de responsabilidad penal adolescente (un análisis de sus disposiciones desde la perspectiva de la peligrosidad criminal). Doctrina y Jurisprudencia Penal 12. 57p. De esta definición pueden desprenderse los elementos constitutivos básicos de una medida de seguridad, es decir: a) que constituyen una privación o restricción de bienes jurídicos, porque solo así pueden cumplir una finalidad preventiva; b) Deben ser impuestas por el órgano jurisdiccional competente, por lo tanto sujetarse a sus principios; c) Cumplen una función preventiva especial, asegurativa, de inocuización, reeducativas, terapéuticas de ser posible, de resocialización; d) Requieren la comisión de un hecho delictivo, típico y antijurídico, demostrativo de la peligrosidad del sujeto; y e) tienen como presupuesto la peligrosidad del sujeto, lo que implica un juicio de probabilidad en su conducta futura.

¹⁶⁷ “La finalidad del Derecho penal de las penas y del Derecho (penal) de las medidas de seguridad es, pese a la acogida del sistema vicarial y otras peculiaridades de su regulación legal en los Códigos modernos, muy distinta. Esto ya está puesto de relieve por Welzel, para quien solo la función del Derecho “de la pena” reviste naturaleza ético-social, mientras que en el de las medidas de seguridad se trata de una protección preventivo-asegurativa de bienes jurídicos. Mientras tanto, en el caso de las medidas de seguridad se pretende conseguir efectos de prevención especial (de estabilización cognitiva de la norma) que, a diferencia de los propios de las penas, tienen lugar exclusivamente por la vía causal (y no expresiva) del tratamiento terapéutico o del mecanismo asegurativo”. SILVA Sánchez, Jesús-María. 2003. Normas y acciones en Derecho Penal. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Pp. 127-128.

¹⁶⁸ Centro de Estudios de la Justicia. Op. Cit. p.105.

encuentra, sus características físicas o su estado de conciencia (...) no es capaz de comprender los mensajes normativos y, por consiguiente, no es motivable por ellas”¹⁶⁹. La medida de seguridad, por consiguiente, no es sino la consecuencia del decaimiento de la imputabilidad, sumado a la noción de peligrosidad que se maneje del individuo inimputable.

En cuanto al contenido material de la medida de seguridad, no difiere ni en sus variantes de custodia y tratamiento e internación, de ser una pena que limita o priva totalmente de su libertad al individuo en la cual recae. Sobre lo mismo se pronuncia GÓMEZ RABY, diciendo que: “ciertamente (las medidas de seguridad), desde el punto de vista material son punitivas. No basta con afirmar que materialmente tanto penas como medidas son iguales”.

Tanto las penas como medidas constituyen afectaciones de derechos. Lo que lleva conjuntamente al cuestionamiento de la función de las sanciones circunstanciadas por las características del adolescente, y la fundamentación de las mismas, señalando el autor mencionado que la sanción accesoria del artículo 7° de la LRPA, esto es, sometimiento a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas y alcohol, constituye una verdadera medida de seguridad¹⁷⁰.

En estas circunstancias ¿La LRPA amplió el espectro de intervención para cubrir a adolescentes a quienes se les hubiese reconocido una imputabilidad disminuida? La LRPA no regula ese caso. Lo anterior genera complejidades al momento de imponer una sanción ya que el juez no dispone de herramientas para aplicar un tratamiento para esta hipótesis.

El reglamento de la LRPA no contempla la posibilidad de atención psicológica o psiquiátrica que no sean los administrados por el SENAME o programas ejecutados por sus entidades colaboradoras.

Respecto a la imputabilidad disminuida, a través de iniciativas administrativas el SENAME ha venido a auxiliar la deficiencia manifiesta del sistema en materia de salud mental. En orientaciones técnicas¹⁷¹ establecen programas de intervención terapéutica para salud mental y adicción a las drogas, dentro de su oferta programática. Dicha institución

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ . GOMEZ Raby, Alejandro. *Op. Cit.*

¹⁷¹ P. ej. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA JUVENIL. 2013. Orientaciones técnicas para la intervención educativa. Programa de apoyo psicosocial para la reinserción educativa-ASR. [en línea] <http://www.sename.cl/wsename/otros/OT_03-07-2014/OOTT%20ASR%20FINAL.PDF> [consulta: 4 septiembre 2014].

considera los antecedentes de salud mental como factores de riesgo estáticos. Estas circunstancias son consideradas en la evaluación que se lleva a cabo para la construcción de planes de intervención individual ante condenas de internamiento.

Ahora bien, por la naturaleza formal y legal de las orientaciones técnicas, SENAME no tiene competencia para atender a aquellos adolescentes internados por aplicación de una medida de seguridad en un recinto psiquiátrico, dejando a los mismos, que también se encuentran privados de libertad, en una especie de “intemperie legal”, sobrepasando los límites de la responsabilización, donde la protección jurídica de la CIDN y la misma LRPA, no les alcanza.

MALDONADO señalaba respecto de las consideraciones que debía tener el Estado en lo que a modelo de intervención, que “La legítima pretensión que tiene el Estado de hacer efectiva su responsabilidad (...) (a partir del reconocimiento de su autonomía) vaya acompañada de la consideración de los naturales procesos de desarrollo que cruzan a la adolescencia, con particular énfasis en materias como la educación, la formación y la salud. Con ello, tal como la presencia de una patología disruptiva carente de implicancias en las esferas de la responsabilidad debe ser configurada como un problema propio del ámbito de la salud en torno a la población adulta (...), la presencia de dichas condicionantes en el adolescente llevan a la obligación de considerar dichos contenidos en el modelo de intervención, en atención a las particulares condiciones de la personalidad (natural) del adolescente”¹⁷².

El mismo autor, indica que aquel modelo antiguo basado en una óptica tutelar, permitiría sin necesidad de mayor cuestionamiento una intervención, mientras que en el actual modelo de “responsabilidad”, por el contrario, funcionaría como argumento para rechazar la intervención, puesto que las motivaciones de la inimputabilidad explican el delito distintamente de la existencia de una culpabilidad. Centra el tema en el criterio teleológico de la imputabilidad o la culpabilidad misma como elemento del delito, que fundamenta la necesidad de tratamiento mental en el contenido de las sanciones penales.

¹⁷²MALDONADO Fuentes, Francisco. 2013. Consideraciones generales sobre las relaciones entre salud mental y Derecho penal de adolescentes en Chile. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado N°3: 195-218.

Esta imputabilidad, no en sentido normativo sino material. Solo tendría una suerte de responsabilidad penal especial regulada por la ley N°20.084¹⁷³.

El examen de imputación debiese tomar en cuenta criterios más amplios que los aplicados a adultos. Así, desde el punto de vista técnico los exámenes médicos para establecer patologías mentales de los adolescentes pueden ser distintos o adaptados a los utilizados en adultos¹⁷⁴.

Ante la evidencia científica antes indicada, cabría tomar el criterio de especialidad para la determinación de la culpabilidad, esto es, examinar elementos vinculadas a salud mental para determinar la imputabilidad más que por el criterio etario. Al respecto se presentan dos opciones. Una que tiene en cuenta exactamente lo mismo que para los adultos. La segunda, que tiene en cuenta un criterio diferenciado en vista al individuo en desarrollo.

En la primera opción, si se le considera inimputable (enajenado, loco, demente), quedaría en libertad por no poder establecerse la responsabilidad. Si se cumplen las condiciones, ¿se podría aplicar el procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad?

Si por el contrario, se considera que tiene una imputabilidad disminuida, ¿de qué modo se manifiesta la aplicación de la atenuante en la determinación de la sanción a aplicar?, ¿podrían regirse por los parámetros temporales establecidos en la ley?

La determinación de la naturaleza de la sanción entonces podría ser flexibilizada para responder a esas necesidades especiales. Por ejemplo, en un plan de libertad asistida especialmente enfocado al control y tratamiento del trastorno mental que motivó dicha inimputabilidad.

Por otra parte, si consideramos que para determinar la responsabilidad debe hacerse un examen de culpabilidad distinto que para los adultos, se deberán considerar las especiales necesidades de los adolescentes, teniendo en cuenta su estado de desarrollo y la vulnerabilidad propia de la edad ante el proceso, además de no vulnerar sus derechos. Si aun con estas salvedades se considera al adolescente inimputable por salud mental, persiste

¹⁷³ "Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 2°. El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil".

¹⁷⁴ Vid. ZUÑIGA, Daniela, VINET, Eugenia y LEÓN, Elizabeth. 2011. Caracterización psicométrica del Psychopathy Checklist: Youth Version (PCL: YV) en adolescentes chilenos. *Terapia Psicológica* 29 (1): 25-31.

la pregunta de si es aplicable el procedimiento especial para adultos en la aplicación de medidas de seguridad. Frente a estos antecedentes, se hace más visible la respuesta, que no es posible. Si vamos a determinar la responsabilidad teniendo en cuenta la especialidad del adolescente, con mayor razón debe tomarse en cuenta al momento de someterlo a un procedimiento no regulado para los mismos.

Si por el contrario, se declara imputable teniendo en cuenta un examen distinto al de los adultos, deben también tenerse en cuenta las garantías protegidas al momento de establecer la sanción, en cuanto a su naturaleza y duración.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico nacional parecería entregar otra alternativa frente a adolescentes infractores con problemas de salud mental. La ley N°19.968, que crea los tribunales de familia, consagra en su artículo 16 el principio del interés superior del niño, niña y adolescente. Al efecto señala que este principio *“tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”*. En el mismo artículo menciona el derecho a ser oído.

En su título IV “Procedimientos especiales”, el párrafo primero “De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes”, regula el procedimiento frente a una posible vulneración de los derechos, el que sería competencia del juez de familia. En palabras de René Nuñez Ávila y Mauricio Cortés Rosso, *“este procedimiento tiene por objeto determinar la real situación de amenaza o vulneración del niño, niña o adolescente y adoptar, en consecuencia, una o más medidas de protección que neutralicen la amenaza o terminen con la vulneración de derechos”*¹⁷⁵. Es decir, constatándose una vulneración de derechos a los adolescentes (o a niños o niñas), el juez puede tomar los resguardos necesarios, que se traducen en alguna de las medidas cautelares especiales del artículo 71 de la misma ley. La letra h) permite *“La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud”*.

En el supuesto de que se declare inimputable a un adolescente en el proceso penal, y que constituya para sí mismo una amenaza o un peligro, el juez de familia está llamado, por

¹⁷⁵ Vid. NUÑEZ Ávila, René y CORTÉS Rosso, Mauricio. 2012. Derecho Procesal de Familia La Primera Reforma Procesal Civil en Chile. Santiago, Chile. Legal Publishing. 558p.

el artículo 70 de la misma ley, incluso de oficio, para aplicar una medida de protección pertinente, la que se realizará en un procedimiento formulado especialmente para atender a los requerimientos y necesidades especiales de los menores de 18 años.

En la hipótesis propuesta, si un adolescente es declarado inimputable de acuerdo al artículo 10 N° 1 del Código Penal, y resulta ser un peligro para sí mismo o para la sociedad, el ordenamiento jurídico nacional contempla un procedimiento para la aplicación de una medida de protección. Dicho proceso se encuentra regulado en los artículos 68 y siguientes de la ley N°19.968, siendo competente el Tribunal de Familia.

No obstante estas disposiciones, en el marco de un proceso penal ante los Juzgados de Garantía, dichos tribunales han extendido el ámbito de su competencia a través del sometimiento del adolescente al procedimiento especial de medidas de seguridad, regulado en el Código Procesal Penal en los artículos 455 y siguientes¹⁷⁶.

Determinar cuál es el procedimiento aplicable y tribunal competente no puede depender de la voluntad de los actores. Este es un tema de interés público. Entonces surge la pregunta: ¿Qué procedimiento debe aplicarse? Preliminarmente es posible señalar que:

1. Tal como fue dicho, el procedimiento de aplicación exclusiva de medidas de seguridad es conocido por los tribunales de garantía y eventualmente por un Tribunal Oral en lo Penal, mientras que el procedimiento de aplicación de medidas de protección es conocido por el tribunal de familia.

2. En el caso del procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad, al no estar regulado en la ley N° 20.084, se recurre necesariamente a la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, código pensado en adultos, no en adolescentes. Por el contrario, el procedimiento de aplicación de medidas de protección, regulado expresamente en la ley N°19.968, se refiere específicamente a niños, niñas y adolescentes.

A este análisis, se debe incorporar el Decreto N° 570 del Ministerio de Salud que “aprueba reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan”, el cual otorga tres vías no voluntarias para la internación de un paciente psiquiátrico – mayor o menor de edad-: la internación de urgencia no voluntaria, la internación judicial y la internación administrativa.

¹⁷⁶ Vid. Corte de Santiago, 13.09.2012, Rol 1816-2012.

La internación judicial supone el reemplazo del consentimiento de la persona internada por la orden que disponga una resolución emanada de un tribunal de justicia, sin que el reglamento, haga distinción respecto de que tribunal es el invocado a tal efecto.

La internación administrativa, por otro lado, supone la iniciativa previa de la autoridad policial, de un familiar, del médico tratante en caso de extenderse una internación de urgencia por un período superior a 72 horas, o de cualquier miembro de la comunidad, los cuales someterán a la evaluación de la autoridad sanitaria el riesgo que conlleva la conducta del sujeto a internar, y que finalmente determinará la internación. De acuerdo al artículo 14 esta podrá hacerse incluso utilizando apremio físico y auxilio de la fuerza pública.

Lo anterior releva la posibilidad de utilizar una alternativa administrativa a la aplicación de una medida de seguridad por la vía penal, evitando someter al menor imputado a una judicialización, lo que resulta acorde al artículo 40 N°3 b) de la CIDN, que propende a la adopción de medidas para evitar los procedimientos judiciales.

Esta alternativa administrativa, que forma parte del reglamento basado en los artículos 130 y 131 del Código Sanitario¹⁷⁷, ha sido criticada por una parte de la doctrina¹⁷⁸, refiriendo que el artículo 466 del Código Civil¹⁷⁹ y el artículo 83 inciso 3° de la Constitución Política¹⁸⁰, sobre el Ministerio Público, obligarían a contar con autorización judicial previa para llevar a

¹⁷⁷ “Libro vii. De la observación y reclusión de los enfermos mentales, de los alcohólicos y de los que presenten estado de dependencia de otras drogas y substancias. Art. 130. El Director General de Salud, resolverá sobre la observación de los enfermos mentales, de los que presentan dependencias de drogas u otras substancias, de los alcohólicos y de las personas presuntivamente afectadas por estas alteraciones, así como sobre su internación, permanencia y salida de los establecimientos públicos o particulares destinados a ese objeto. Estos establecimientos cumplirán con los requisitos que señala el reglamento.

Artículo 131°.- La internación de las personas a que se refiere el artículo anterior, puede ser voluntaria, administrativa, judicial o de urgencia. El Reglamento establecerá las condiciones de estos tipos de internación”.

¹⁷⁸ “A nivel reglamentario se plantean una serie de exigencias para la internación psiquiátrica de una persona las que, sin embargo, no son siempre copulativas y que generan dudas sobre la constitucionalidad de los artículos 130 y 131 del Código Sanitario. No obstante, cuando se trata de la imputación de un delito, prevalecen las disposiciones de la Constitución (art. 83 inciso 3°), que hacen perentoria la aprobación judicial previa de la internación y las del Código Procesal Penal, que prevalecen respecto de las del Código Sanitario: a) por haber sido dictadas con posterioridad a ellas (art. 24 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes) y; b) porque regulan un procedimiento particular (principio de especialidad) para el caso en que deba decidirse la internación judicial provisoria de un enfermo o enajenado mental a quien se le atribuye la comisión de un delito.” CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA. 2008. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno Revista de Estudios de la Justicia N°10.

¹⁷⁹ “Art. 466. El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros.

Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador, o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas”.

¹⁸⁰ “El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso”.

cabo actuaciones que priven, restrinjan o perturben al imputado o a terceros el ejercicio de derechos constitucionales.

Ahora bien, el artículo 466 del Código Civil permite la limitación momentánea de la libertad, mientras se obtiene autorización judicial para cualquiera de las medidas que el mismo menciona, y no conlleva necesariamente la imputación de un delito, o el actuar del Ministerio Público.

Dicho artículo colisiona dos garantías. Por una parte, la judicialización de las medidas privativas de libertad como garantía fundamental inherente a un debido proceso, y por otra, la desjudicialización de los procedimientos que propugna la CIDN, tratada en el apartado correspondiente.

La CIDN sugiere la desjudicialización de los procedimientos en un marco de respeto a los derechos humanos, pero sin embargo, esta competencia entregada a las autoridades administrativas, que sería un ejemplo de desjudicialización, no mejora las condiciones fácticas del adolescente que es internado por crisis dentro de un procedimiento penal.

Las alternativas sugeridas, no representan una solución final al problema de tratamientos de salud mental al menor de edad que se ve enfrentado con la justicia, pero si representan opciones diversas al sometimiento a un tribunal penal para los efectos de imponer una medida de seguridad.

CAPITULO 4. ESTUDIO DEL TRATO AL ADOLESCENTE INIMPUTABLE EN EL PROCESO PENAL

4.1. Recopilación de antecedentes

Con el objetivo de comprobar la hipótesis de la presente tesis, se procedió a solicitar datos numéricos-estadísticos a diversas instituciones públicas. Dicha metodología se determinó luego de las dificultades prácticas para obtener información respecto de casos y jurisprudencia vinculada a la materia. Si bien hubo instituciones que entregaron datos que fueron relevantes para esta investigación, todos los organismos públicos consultados se abstuvieron de informar respecto de causas concretas. Lo anterior, amparados en lo dispuesto en el artículo 2º, letras f) y g) y 4 de la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada¹⁸¹ por considerar que la entrega del Rol Interno del Tribunal (RIT) de la causa podría revelar la identidad del menor.

Así, de acuerdo a los actores que intervienen en el proceso penal adolescente y de las instituciones con competencia en materia sanitaria, se solicitó información al Servicio Nacional de Menores, Defensoría Penal Pública, Poder Judicial, Ministerio Público de Chile, Instituto psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak y Hospital Dr. Philippe Pinel (Hospital psiquiátrico de Putaendo) a fin de determinar las causas penales en las que se hubiera declarado la inimputabilidad de un adolescente.

El requerimiento de información se solicitó de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública¹⁸², que permite requerir información a órganos de la Administración del Estado. Esta ley establece un plazo de respuesta por parte de la autoridad, jefatura o jefe superior del órgano o servicio requerido,

¹⁸¹ "Artículo 2º.- Para los efectos de esta ley se entenderá por: "f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual". CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1999. Ley 19.628: Sobre protección de la vida privada. 28 de agosto 1999.

¹⁸² "Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales". Ley N° 20285 Sobre acceso a la información pública.

que es de 20 días hábiles, prorrogables en 10 días hábiles (cuando la información solicitada sea de difícil obtención).

De las seis instituciones requeridas, dos de ellas no cumplieron con la obligación legal de informar¹⁸³. En este sentido, tanto el Poder Judicial¹⁸⁴ como el Hospital Psiquiátrico de Putaendo, a través del Servicio de Salud de Aconcagua¹⁸⁵, no dieron respuesta a la solicitud presentada.

En cuanto a aquellas que sí lo hicieron, resulta necesario hacer algunas precisiones. En el caso del Ministerio Público, si bien en una primera oportunidad se limitó a remitir el enlace de la sección de estadísticas de su página web, ante una segunda solicitud de información¹⁸⁶, denegó formalmente los datos indicando que en *“el caso por usted consultado, ni a nivel de SAF ni de otros registros tenemos una base de datos que incluya la variable por usted indicada, por lo que no es posible responder su requerimiento”*¹⁸⁷.

Por su parte la Defensoría Penal Pública¹⁸⁸, sin denegar formalmente los antecedentes, indicó que su *“sistema de información sólo representa las “causa-imputado” ingresadas al sistema institucional antes mencionado, por lo tanto, no evidencia la realidad país en estas*

¹⁸³ “Artículo 16.- La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley. En estos casos, su negativa a entregar la información deberá formularse por escrito, por cualquier medio, incluyendo los electrónicos”.

¹⁸⁴ Siendo el contenido de la petición: “Número total de adolescentes, el RIT de las causas, el delito y el sexo de los infractores de ley sancionados bajo la Ley N° 20.084 declarados inimputables y a los que se les haya aplicado una medida de seguridad o ninguna. Lo anterior respecto de todos los tribunales del país, desde el mes de junio de 2007 al 31 de diciembre de 2013”.

¹⁸⁵ Se solicitaba: “1. Número total de adolescentes entre 14 y 18 años internados en el Hospital en atención cerrada desde el mes de junio de 2007 al 31 de diciembre de 2013. 2. Número total de adolescentes entre 14 y 18 años internados en el Hospital en atención cerrada por orden de tribunal, desde junio del 2007 al 31 de diciembre del año 2013, detallando el RIT de cada una de las causas. 3. Número total de adolescentes entre 14 y 18 años internados en el Hospital con resguardo de gendarmería, desde junio del 2007 al 31 de diciembre del año 2013, detallando el RIT de cada causa. 4. Número total de adolescentes entre 14 y 18 años sometidos a peritaje psiquiátrico forense en el Hospital desde el mes de junio de 2007 al 31 de diciembre de 2013 dentro de causa penal, señalando RIT de cada causa. 5. Número total de adolescentes entre 14 y 18 años internados provisionalmente en el Hospital por orden de Tribunal, señalando RIT de cada causa y tribunal de origen, desde junio del 2007 al 31 de diciembre del año 2013”.

¹⁸⁶ El contenido de las solicitudes fue: “El número total de adolescentes, el RUC y RIT de cada una de ellas, en que se haya solicitado por parte del Ministerio Público la aplicación de una medida de seguridad. Se solicita que dicha información sea proporcionada desde el mes de junio de 2007 al 31 de diciembre de 2013 y respecto de todas las causas en el territorio nacional”.

¹⁸⁷ ABBOT Charme, Jorge. 2 octubre 2014: Remite Carta DEN LT N°366-14 [en línea] En: <dominique.tapia@ug.uchile.cl> 6 octubre 2014 <respuestasfiscalia@minpublico.cl> [consulta: 28 junio 2015].

¹⁸⁸ Solicitud realizada en dos ocasiones con fechas distintas, ambas solicitando: El número total de adolescentes atendidos por la DPP, desde el mes de junio de 2007 al 31 de diciembre de 2013, en todo el país, en que se haya alegado ante tribunal de garantía u oral, inimputabilidad por causal contemplada en el artículo 10 N°1 del Código Penal. Se requiere el número total de causas, el RIT de cada una de ellas, la región, el delito y el sexo del adolescente”.

materias puesto que como usted sabe, existen imputados que pueden ser representados por defensores particulares”. Hicieron presente que “el sistema no cuenta con un registro sistematizado de imputados para los cuales se haya solicitado por la defensa, es decir, “alegado” ante el tribunal de garantía u oral, inimputabilidad por la causal contemplada en el artículo 10 N°1 del Código Penal...Por lo tanto, y lamentablemente, en esta ocasión no es factible acceder a su requerimiento por los motivos antes expuestos”¹⁸⁹.

En los apartados que siguen se analizarán los datos entregados por los referidos servicios. Sin embargo, por la relevancia de los datos denegados, se hace presente que la justificación dada para no acceder a la petición de esta parte es contraria a derecho. Lo anterior ya que si bien el SENAME y el Hospital Psiquiátrico tienen el deber de resguardar los expedientes que manejan a nivel interno (artículos 7¹⁹⁰ y 9 inciso primero¹⁹¹ de la ley N° 19.628 y artículo 89¹⁹² en concordancia con el artículo 35¹⁹³ del Reglamento de la LRPA), lo cierto es que esta tesista no solicitó los referidos expedientes.

No se cuestiona el secreto de los expedientes, hecho que ya ha sido respaldado por el Consejo para la Transparencia al resolver en Amparo Rol C 80-10, en el que se señala que: “*...según la doctrina, los datos personales de los menores que son tratados en el sistema educacional no pueden considerarse como provenientes de fuentes de acceso al público para proceder a su revelación (artículo 7° de la Ley N° 19.628) y merecen protección pese a las falencias de nuestra legislación en la materia, especialmente teniendo en consideración que uno de los principios de nuestra legislación es el del “interés superior del niño” (DONOSO,*

¹⁸⁹ Equipo OIRS: Respuesta OIRS N° 22804 [en línea] En: <dominique.tapia@ug.uchile.cl> 16 de octubre 2014 <defensoria@dpp.cl> [consulta: 28 junio 2015].

¹⁹⁰ “Artículo 7°.- Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo”. Ley N° 19.628.

¹⁹¹ “Artículo 9°.- Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”. Ley N°19.968.

¹⁹² “Artículo 89. Expediente. Al quedar en libertad un adolescente por cumplirse su sanción de internación, su expediente será cerrado y, transcurridos los plazos que correspondan, será destruido de conformidad a las normas legales pertinentes. En caso de haberse sustituido la sanción de internación por otra, el expediente se cerrará sólo al cumplirse un año del total cumplimiento de la segunda”. CHILE. Ministerio de Justicia. 2007. Aprueba reglamento de la ley n° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. 13 de diciembre 2006.

¹⁹³ “Artículo 35. Expediente de ejecución. Siempre que se ordene el ingreso de un adolescente, deberá formarse un expediente de ejecución completo y fidedigno que contendrá, a lo menos, lo siguiente:...” Ídem.

Lorena. “*El tratamiento de datos personales en el sector de la educación*”. *Ien/ En Foco* N° 136, Expansiva UDP, de 15 de abril de 2009 (considerando 12)”.¹⁹⁴

Lo que resulta contrario a derecho es la supuesta “afectación” a los datos personales invocada por dichos servicios. Así, el artículo 9 de la ley N°19.628 establece el principio de finalidad de los datos personales, indicando que todos aquellos datos que no provengan de fuente accesible al público deben utilizarse solo para los fines que hubieren sido recolectados. Este principio se ve morigerado por la ley N° 20.285, que regula el principio de transparencia de la función pública transversalmente, sin que por eso se genere conflicto con la esfera de atribuciones de cada organismo público comprendido en su regulación. Dicha ley recoge la definición y diferencia hecha por la ley N° 19.628 entre datos personales¹⁹⁵ y datos sensibles¹⁹⁶. Lo anterior, a efectos de establecer una de las causales legales de secreto y reserva contempladas en su artículo 21, limitando la entrega de datos sensibles¹⁹⁷.

Entre los argumentos de las instituciones para denegar la información se encontraba la posibilidad de triangular datos y llegar a la identidad de los involucrados, es decir, a su nombre. A priori se podría considerar que esta argumentación resulta concordante con la CIDH, que establece en su *artículo 16: 1 que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”*. Sin embargo, atendido el contexto de la petición y la información solicitada, la que es de naturaleza académica, resulta claro que no existe injerencia en la vida privada de los adolescentes.

Así, respecto al nombre como dato personal o sensible, el Consejo para la Transparencia lo ha contextualizado como dato personal que solo podría entregarse con el

¹⁹⁴ Consejo para la Transparencia. 6.7.2010. Rol C80-10.

¹⁹⁵ Artículo 2°.- Para los efectos de esta ley se entenderá por: f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

¹⁹⁶ Artículo 2°.- Para los efectos de esta ley se entenderá por: g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

¹⁹⁷ Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

consentimiento de su titular a menos que provenga de una fuente accesible al público o que la ley expresamente lo autorice¹⁹⁸.

Al tratarse de un dato personal, la ley N° 20.285 autoriza expresamente su entrega, al no estar comprendido dentro de la esfera de los datos sensibles.

Ahora bien, los artículos 9 y 10 de la ley N° 19.628, tienen como condición para el tratamiento de datos personales que la fuente de información sea accesible al público. La información solicitada y denegada, fueron los N° de RIT. En este sentido, resulta pertinente precisar que el RIT siempre será una actuación judicial y por lo tanto, pública¹⁹⁹.

Si bien el expediente del cual se obtiene ese dato lo crea la institución, por lo tanto, reservado por los datos sensibles que puede contener, la relevancia de los expedientes judiciales, ordenados por una resolución de carácter público, esta dado en las decisiones y argumentaciones jurídicas y no en la identidad del sujeto.

La CIDN también se pronuncia sobre las injerencias en la vida privada de los jóvenes, en los siguientes términos *“artículo 16: 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”*.

El conocimiento académico de una actuación judicial, no representa una intromisión ilegal o arbitraria en su vida privada ni en ninguna de las facetas mencionadas por el artículo toda vez que se tiene su carácter público autorizado expresamente por la ley. En efecto, el registro de las actuaciones judiciales, o expedientes judiciales, de acuerdo a la ley²⁰⁰ pueden ser consultados por terceros cuando dan cuenta de actuaciones públicas.

¹⁹⁸ “5) Que, cabe tener presente el criterio adoptado por este Consejo en la decisión de amparo Rol A91-09 (criterio ratificado posteriormente en las decisiones de amparo Rol C744-10 y C265-12), de acuerdo al cual el nombre de una persona natural es un dato personal del cual ella es titular, sin perjuicio de constituir, además, un atributo de su personalidad. Dicho dato se encuentra expresamente amparado por la Ley N° 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal, y conforme a su artículo 4°, sólo con el consentimiento de su titular se puede entregar o publicar, a menos que se obtenga de una fuente accesible al público o la ley expresamente lo autorice”. Consejo para la Transparencia. 22.3.2013. Rol C117-13.

¹⁹⁹“Art. 9° Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”. CHILE. Ministerio de Justicia. 1943. Código Orgánico de Tribunales. 9 de julio 1943.

²⁰⁰ “Artículo 44.- Examen del registro y certificaciones. Salvas las excepciones expresamente previstas en la ley, los intervinientes siempre tendrán acceso al contenido de los registros.

Por tanto, los registros judiciales podrán ser consultados por terceros, al ser toda actuación en contexto de un juicio de carácter público, salvo excepciones legales. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo para la Transparencia en Rol C843-10²⁰¹²⁰².

Las excepciones a la publicidad en materia de juicios contra adolescentes están contenidas en los artículos 12,13, 35 y 89 del Reglamento de la LRPA.

El artículo 12 del referido Reglamento trata el deber de confidencialidad en términos más amplios, y señala que *“En toda actuación, así como en la ejecución de las medidas y sanciones establecidas en la Ley Nº 20.084, los funcionarios y operadores de las entidades correspondientes, deberán respetar la confidencialidad o reserva de la información personal de los adolescentes, para lo cual tendrán especialmente en cuenta lo dispuesto por la Ley Nº 19.628, sobre protección de la vida privada, y en el artículo 303 en relación con los artículos 220 y 304 del Código Procesal Penal”*, al tenor del artículo 1º del mismo cuerpo reglamentario²⁰³, no alcanza al Poder Judicial, al regular solo la ejecución y cumplimiento de las medidas y sanciones ya dictaminadas por un juez, no a la privacidad de las actuaciones de los mismos.

Los registros podrán también ser consultados por terceros cuando dieren cuenta de actuaciones que fueren públicas de acuerdo con la ley, a menos que, durante la investigación o la tramitación de la causa, el tribunal restringiere el acceso para evitar que se afecte su normal substanciación o el principio de inocencia.

En todo caso, los registros serán públicos transcurridos cinco años desde la realización de las actuaciones consignadas en ellos.

A petición de un interviniente o de cualquier persona, el funcionario competente del tribunal expedirá copias fieles de los registros o de la parte de ellos que fuere pertinente, con sujeción a lo dispuesto en los incisos anteriores. Además dicho funcionario certificará si se hubieren deducido recursos en contra de la sentencia definitiva”.

²⁰¹ “6) Dichos registros de las actuaciones judiciales, de acuerdo al artículo 44 del citado cuerpo normativo, son de libre acceso para los intervinientes, entendiéndose por tales, de acuerdo al artículo 12 del CPP, al fiscal, imputado, defensor, víctima y querellante. Por otra parte, aquellos que no tienen la calidad de intervinientes, los terceros, en principio, pueden consultar los registros, cuando dieren cuenta de actuaciones que fueren públicas de acuerdo con la ley, a menos que durante la investigación o la tramitación de la causa, el tribunal restringiere el acceso para evitar que se afecte su normal substanciación o el principio de inocencia (art. 44 incs. 1º y 2º). Con todo, estos registros serán públicos transcurridos cinco años desde la realización de las actuaciones consignadas en ellos.

7) En conclusión, si se trata de actuaciones judiciales que obren en poder de un órgano de la Administración del Estado para su cumplimiento, registro u otra finalidad, respecto de las cuales el juez que las hubiese dictado ya efectuó una evaluación sobre la afectación de la normal sustanciación o el principio de inocencia y definió en su texto el secreto o publicidad, según corresponda, frente a una solicitud de acceso a la información, el órgano solicitado deberá respetar dicha calificación en la medida en que se encuentre dentro del plazo de 5 años a que se refiere el artículo 44 del CPP. Por tanto, si la actuación define que es secreta dicha orden deberá denegarse el acceso y, en caso contrario y de no decir nada, deberá accederse a la entrega, por ser la publicidad la regla general en esta materia (art. 9 COT)”. Consejo para la Transparencia. 29.4.2011. Rol C843-10.

²⁰² V.A sobre la publicidad de las actuaciones judiciales en otras materias, Consejo para la Transparencia. 28.1.2011. Rol C888-10.

²⁰³ “Artículo 1º. Finalidad. Las disposiciones de este reglamento tienen por finalidad regular la ejecución y cumplimiento de las medidas y sanciones contenidas en la Ley Nº 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal”.

El artículo 13 del mismo reglamento permite expresamente la realización de entrevistas, estudios académicos e investigaciones sobre adolescentes que se encuentren en cumplimiento de medidas o sanciones, mientras se obtengan las autorizaciones correspondientes y el consentimiento informado en caso de entrevistas. En todos estos casos debe resguardarse la reserva de identidad, pero no obsta en caso alguno a la obtención de la información. Por último, el artículo 35²⁰⁴, se refiere al expediente de ejecución que debe formar el SENAME ante el ingreso de un adolescente en un centro o programa, y el artículo 89²⁰⁵ a la destrucción del mismo.

Es comprensible la protección de los datos sensibles y la dignidad de los menores en favor de su no estigmatización al difundir públicamente su conflicto con la justicia, pero en la especie, esta indagación académica que se sirve de los argumentos jurídicos de fondo y no de la identidad de los sujetos, se vio afectada por interpretaciones que se apartan del estudio de la temática adolescente, dificultando el análisis y evaluación del sistema de responsabilidad penal juvenil.

4.2. Metodología

Como se indicó, la información obtenida desde las instituciones fue trabajada en base a datos numéricos mediante un análisis cuantitativo de menores atendidos y causas. Luego, dichos datos fueron interpretados cualitativamente.

4.2.1. Solicitud de información al Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak

²⁰⁴ “Artículo 35. Expediente de ejecución. Siempre que se ordene el ingreso de un adolescente, deberá formarse un expediente de ejecución completo y fidedigno que contendrá, a lo menos, lo siguiente...”

²⁰⁵ “Artículo 89. Expediente. Al quedar en libertad un adolescente por cumplirse su sanción de internación, su expediente será cerrado y, transcurridos los plazos que correspondan, será destruido de conformidad a las normas legales pertinentes. En caso de haberse sustituido la sanción de internación por otra, el expediente se cerrará sólo al cumplirse un año del total cumplimiento de la segunda”.

El 24 de septiembre de 2014 se envió una solicitud de información al Instituto Psiquiátrico²⁰⁶ respecto al número de adolescentes, entre 14 y 18 años, internados, en internación provisoria y/o sometidos a peritaje psiquiátrico por orden de un tribunal, entre el 01 de junio 2007 y el 31 de diciembre de 2013.

La información entregada por el Hospital, se refirió a la atención de adolescentes bajo dos supuestos:

1. Adolescentes mayores de 15 años, con dependencia al alcohol y/o drogas que presentaren patología dual. Este término se refiere a aquellos que padecen un trastorno mental simultáneo a la drogodependencia, sin diferenciar si existe una conducta imputable a un delito.

2. Adolescentes varones infractores de ley penal que presenten consumo problemático de alcohol, drogas y otros trastornos de salud mental, atendidos en la “Unidad de desintoxicación y Tratamiento de adolescentes infractores de Ley en Corta Estadía (UDAC)” dependiente del Servicio Clínico de Psiquiatría Forense²⁰⁷. Son atendidos por convenio con el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA).

En este sentido, los datos otorgados se limitaron a aquellos adolescentes que presentan consumo problemático de drogas y/o alcohol, a partir del 2008. Por otra parte, en base a una infracción penal, solo se atendieron adolescentes varones que presenten consumo problemático de drogas y/o alcohol.

²⁰⁶ Se pedía: 1. Número de adolescentes entre 14 y 18 años internados en el Instituto en atención cerrada, desde junio del 2007 al 31 de diciembre del año 2013. 2. Número total de adolescentes entre 14 y 18 años internados en el Instituto en atención cerrada por orden de tribunal, desde junio del 2007 al 31 de diciembre del año 2013, detallando el RIT de cada una de las causas. 3. Número total de adolescentes entre 14 y 18 años internados en el Instituto con resguardo de gendarmería, desde junio del 2007 al 31 de diciembre del año 2013, detallando el RIT de cada causa. 4. Número total de adolescentes entre 14 y 18 años sometidos a peritaje psiquiátrico forense en el Instituto desde el mes de junio de 2007 al 31 de diciembre de 2013. 5. Número total de adolescentes entre 14 y 18 años internados provisionalmente en el Instituto por orden de Tribunal, desde junio del 2007 al 31 de diciembre del año 2013, señalando RIT de cada causa y tribunal de origen”.

²⁰⁷ “Los planes de Tratamiento y Rehabilitación referidos a adolescentes infractores de ley penal contemplados en el Convenio referido, para que ejecute este Instituto Psiquiátrico través de la Unidad UDAC, se aplican a adolescentes en el marco de procesos por responsabilidad penal adolescente (Ley N° 20.084, RPA), por orden del competente Tribunal de Garantía o de Juicio Oral en lo Penal y en carácter de medida cautelar en medio libre; condición de la suspensión condicional del procedimiento; y a adolescentes o sanción en el medio libre o en centro semicerrado, con o sin sanción accesoria de drogas que presentan: intoxicación aguda por consumo de alcohol y/o drogas descartado el riesgo vital; síndrome de abstinencia con síntomas de privación severa; comorbilidad psiquiátrica grave descompensada; trastorno mental descompensado; riesgo vital (hetera y autoagresión)”. TARDITO Schiele, Sonia. 20 octubre 2014. Carta respuesta solicitud de transparencia folio nº ao100t-0000004 [en línea] En: <dominique.tapia@ug.uchile.cl> 20 octubre 2014 <claudial.lopez@redsalud.gov.cl> [consulta: 9 septiembre 2015]

4.2.2. Solicitud de información al Servicio Nacional de Menores

El 24 de septiembre de 2014 se envió una solicitud de información al Servicio Nacional de Menores²⁰⁸, requiriendo información sobre adolescentes infractores que recibieron atención psiquiátrica en sus distintos centros. La referida institución, sin entregar ni RUC ni RIT de las causas penales, envió planillas y tablas estadísticas.

El Departamento de Justicia Juvenil de SENAME proporcionó nueve planillas que dan cuenta de los jóvenes atendidos por el servicio en todo el país, desde el año 2007 a 2013. La información se sistematizó en base a tres criterios:

1. Número de adolescentes infractores sancionados por la ley N° 20.084 (llamados “jóvenes LRPA”) que han recibido atención psiquiátrica, desgregados por región, sanción o medida aplicada, centro o proyecto LRPA, sexo y año.
2. Número de causas de jóvenes LRPA que han recibido atención psiquiátrica, clasificados en relación a región, sanción o medida, centro o proyecto LRPA, sexo y año. Un joven, puede tener múltiples causas registradas, por lo que el número de causas resulta ser mayor que el de adolescentes atendidos.
3. El delito de cada adolescente atendido psiquiátricamente, según Centro o proyecto LRPA, sexo, año y región.

Los datos refieren que un total de 13.669 jóvenes atendidos por el SENAME han recibido atención psiquiátrica en el período consultado.

4.2.3. Información obtenida desde la Defensoría Penal Pública

Si bien la DPP no contaba con información estadística respecto a la cantidad de adolescentes posiblemente inimputables, se solicitó su colaboración para que defensores

²⁰⁸ Las planillas se formaron en base al requerimiento: “Número de adolescentes que hayan recibido tratamiento psiquiátrico durante su estadía en internación provisoria y bajo la medida cautelar no privativa de libertad así como aquellos adolescentes que luego de su condena, ya sea privativa o no privativa de libertad, se encuentren con tratamiento psiquiátrico. Se requiere esta información respecto de todas las causas tramitadas en el país desde el mes de junio de 2007 al 31 de diciembre de 2013. Se solicita que además de indicar el número total de ellos, el detalle del centro, la región, el delito, el RIT de cada causa y si era hombre o mujer.

penales públicos juveniles completaran una encuesta referida a la materia. El objetivo de la misma era conocer la percepción de dichos actores respecto a la frecuencia de atención de adolescentes con desórdenes mentales y el impacto del proceso penal en el ejercicio de derechos para los adolescentes.

Así, del total de los 58 defensores penales juveniles, 44 de ellos completaron la encuesta.

Es importante destacar que si bien la defensa penal juvenil cubre un total de 14 regiones, la mayoría se concentra en la Región Metropolitana y la Región del Bio Bio. En la tabla N° 1 se indica la cantidad de defensores por región.

Tabla N° 1: Distribución de defensores encuestados por región de desempeño

Región	Defensores encuestados
Región Metropolitana de Santiago (XIII)	17
Región Arica y Parinacota (XV)	1
Región de Tarapacá (I)	1
Región de Antofagasta (II)	1
Región de Atacama (III)	1
Región de Coquimbo (IV)	1
Región de Valparaíso (V)	4
Región del Libertador General Bernardo O'Higgins (VI)	3
Región del Maule (VII)	2
Región del Bio bío (VIII)	6
Región de la Araucanía (IX)	2
Región de Los Ríos (XIV)	1
Región de Los Lagos (X)	3
Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo (XI)	0
Región de Magallanes y la Antártica chilena (XII)	1

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la DPP.

En la encuesta se solicitó a los defensores que hicieran referencia a casos conocidos desde el inicio de sus funciones, a fin de visibilizar la frecuencia en la que se presenta un adolescente imputable con posibles problemas de salud mental.

La encuesta se centró en el análisis de cinco tópicos: Ocurrencia de la hipótesis, Proceder de los actores (Defensor, Ministerio Público, Poder Judicial), aplicación del Código Procesal Penal, derechos vulnerados y alternativas de perfeccionamiento.

La información proporcionada por esta encuesta fue comparada con los datos entregados por el Ministerio Público y SENAME, a fin de constatar si existía discrepancia entre las instituciones.

4.3. Exposición de información recopilada

A fin de sistematizar las distintas fuentes y características de la información obtenida desde las instituciones requeridas, los datos serán expuestos en el orden en que fueron tratados los tópicos en la encuesta realizada a los Defensores penales juveniles expuesta en el apartado anterior, vale decir:

1. Ocurrencia de la hipótesis propuesta, referido a la aparición de antecedentes de posible inimputabilidad en causas de LRPA en adolescentes.
2. Proceder de los actores, en la encuesta referido a Defensoría, Ministerio Público y Poder Judicial, ampliándose en este apartado a Sename e Instituto Psiquiátrico.
3. Aplicación de la regulación del Código Procesal Penal.
4. Derechos y garantías vulnerados.
5. Alternativas de perfeccionamiento de la situación actual.

A lo anterior, se aunará la información entregada por las diversas instituciones solicitadas, lo que permitirá el contraste y comparación de los datos en cada tópico a tratar.

4.3.1 Ocurrencia de la hipótesis propuesta

Un primer acercamiento a la información pretendía corroborar la efectiva aparición del supuesto de posible inimputabilidad en adolescentes por motivos de enajenación mental, y la frecuencia y distribución de este fenómeno.

En el marco de la encuesta, un 89% de defensores encuestados afirmó haber atendido casos donde el adolescente presentaba antecedentes de enfermedad mental que ponían en duda su imputabilidad.

Respecto a la frecuencia del supuesto hipotético, la mitad de los defensores señala haber representado en más de 5 ocasiones un adolescente con una posible inimputabilidad.

Resulta preocupante el número de jóvenes en esta situación, en particular cuando hasta el minuto no se constata la existencia de un procedimiento especial, normativo ni administrativo que resguarde sus derechos.

Tabla N° 2: Cantidad de casos con antecedentes psiquiátricos indicativos de inimputabilidad

Casos por encuestado	% respuestas
Total 1 caso	3
Total 2 casos	15
Total 3 casos	15
Total 4 casos	10
Total 5 o más casos	56
0 casos (NR)	

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, en cuanto a la región de desempeño de funciones por defensor, el mayor número de casos con antecedentes de inimputabilidad se presenta en las regiones Metropolitana, Bio bio y Valparaíso.

En una perspectiva de distribución en cuanto al género de cada aparición, los datos registrados en la encuesta a defensores revelan que la prevalencia de trastornos mentales se aprecia en hombres más que en mujeres. Incluso, en ciertas regiones no hay constancia de mujeres con posibles dudas respecto a su imputabilidad.

Tabla N° 3: Detalle de imputados por género y región

Región	Porcentaje mujeres	Porcentaje hombres
Metropolitana de Santiago (XIII)	15	85
Arica y Parinacota (XV)	0	100
Tarapacá (I)	33	67
Antofagasta (II)	0	0
Atacama (III)	0	0
Coquimbo (IV)	0	100
Valparaíso (V)	12	88
Libertador General Bernardo O'Higgins (VI)	31	69
Maule (VII)	0	100
Bio bío (VIII)	5	95
Araucanía (IX)	0	100
Los Ríos (XIV)	0	100
Los Lagos (X)	27	73
Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo (XI)	0	0
Magallanes y la Antártica chilena (XII)	0	100
Total	13.0	87.0

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la DPP.

4.3.2. Proceder de los actores

Una vez establecida la ocurrencia del supuesto hipotético planteado en anteriores capítulos, es posible analizar los pasos seguidos por los distintos actores confluyentes en el trato a adolescentes infractores, tomándolo en el sentido amplio de incluir tanto a los intervinientes del sistema penal, como a instituciones colaboradoras como el Sename e Instituto psiquiátrico.

Así, al inicio o durante el proceso penal, si concurrieren las circunstancias del artículo 140 o 141 del CPP, el juez podrá ordenar la internación provisoria o incluso la internación provisional en un centro asistencial si además concurre un informe psiquiátrico que señale el temor de un atentado del imputado contra sí o contra otras personas.

De acuerdo a la información proporcionada por el SENAME, fue posible extraer el número de causas en que el adolescente internado fue atendido por un psiquiatra dentro de un CIP. No se detalla el programa al que fueron sometidos los menores, ni si esta atención fue única o prolongada en el tiempo, ni si fue en torno a una anamnesis, es decir,

examinando al adolescente en miras a formular un diagnóstico o en un marco de tratamiento clínico.

Tabla N°4: Menores en internación provisoria que han recibido atención psiquiátrica por sexo, año y región.

Año y género/ Región	2007		Total 2007	2008		Total 2008	2009		Total 2009	2010		Total 2010	2011		Total 2011	2012		Total 2012	2013		Total 2013	Total
	M	H		M	H		M	H		M	H		M	H		M	H		M	H		
Metropolitana de Santiago (XIII)	24	15	39	50	126	176	54	156	210	51	107	158	40	25	65	25	9	34	11	9	20	702
Arica y Parinacota (XV)								3	3	1	4	5	1	2	3		5	5	1	4	5	21
Tarapacá (I)											1	1		3	3							4
Antofagasta (II)													1	1	2		1	1		1	1	4
Atacama (III)		1	1	4	15	19	10	56	66		34	34	2	30	32	5	60	65	3	30	33	250
Coquimbo (IV)	1	9	10	2	22	24	1	38	39	2	44	46		48	48		28	28				195
Valparaíso (V)	1	15	16	14	216	230	25	270	295	14	235	249	10	205	215	9	178	187	10	220	230	1422
O'Higgins (VI)		1	1		1	1		17	17		17	17		1	1		5	5		2	2	44
Maule (VII)					1	1	1	40	41	1	71	72	1	51	52	1	53	54	5	40	45	265
Bio bío (VIII)				2	27	29	1	52	53	3	47	50	6	69	75	6	92	98	2	62	64	369
Araucanía (IX)		16	16	1	42	43		28	28		15	15		14	14		17	17	1	16	17	150
Los Ríos (XIV)					1	1	2	36	38	2	52	54		5	5		4	4		7	7	109
Los Lagos (X)	1	1	2											3	3		2	2				7
Aysén (XI)	1	15	16	3	58	61		38	38	2	17	19		19	19	1	30	31	3	16	19	203
Magallanes y la Antártica chilena (XII)		1	1		4	4		5	5					2	2	2	1	3				15
Total	28	74	102	76	513	589	94	739	833	76	644	720	61	478	539	49	485	534	36	407	443	3760

Fuente: Senainfo

En términos objetivos, es posible comprobar, tal como lo indican los defensores en la encuesta, que son los hombres quienes han recibido mayor atención.

Por otra parte, se confirma que el mayor número de jóvenes atendidos ocurre en la Región Metropolitana, Bio Bio y Valparaíso. Por último, si bien se observa un leve aumento los años 2009 y 2010, la cantidad de adolescentes atendidos se mantiene constante en los años.

Encontrándose en internación provisoria o una medida cautelar no privativa de libertad, durante el transcurso del procedimiento, pueden las circunstancias del adolescente, volverse a tal punto graves, que ameriten la suspensión del procedimiento a fin de indagar mediante informe psiquiátrico sobre la imputabilidad del sujeto²⁰⁹. Esta suspensión puede ser realizada a petición de parte o de oficio por el Juez de Garantía.

A pesar de que incluso las instituciones que fueron solicitadas de información puedan haber caído en la confusión terminológica de igualar la internación provisoria a la internación provisional, ambas son de naturaleza opuesta, siendo la segunda solo destinada a pronunciarse luego de conocidos los resultados periciales por el juez y hasta el pronunciamiento sobre una medida de seguridad, y en la práctica, en el estado actual de la organización institucional, nunca podrían ser llevadas a cabo en el mismo lugar.

Por lo tanto, suspendiéndose el procedimiento para que el tribunal se pronuncie sobre la imputabilidad del adolescente, éste deberá ser puesto inmediatamente en libertad. En la práctica, en último caso, e implicando insoslayablemente una privación de libertad que podría ser doblemente perjudicial por la naturaleza de sujeto en desarrollo y además de posible enajenado mental, se decreta la internación provisional.

Al estar suspendido el procedimiento, cierta parte de la jurisprudencia ha indicado que en ningún caso podría mantenerse al imputado en internación provisoria²¹⁰. Ahora bien, de la

²⁰⁹ Según indica el Código Procesal Penal: "Artículo 458. Imputado enajenado mental. Cuando en el curso del procedimiento aparecieren antecedentes que permitieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado, el ministerio público o juez de garantía, de oficio o a petición de parte, solicitará el informe psiquiátrico correspondiente, explicitando la conducta punible que se investiga en relación a éste. El juez ordenará la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remitiere el informe requerido, sin perjuicio de continuarse respecto de los demás coimputados, si los hubiere".

²¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. 13.09.2012 Rol 1816-2012: "Quinto: Que, así, mientras dure la suspensión del procedimiento principal y durante la tramitación del procedimiento destinado a determinar la eventual enajenación mental del encausado, puede el tribunal decretar la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial, en los casos y en la forma señalados en la norma recién citada, con lo que queda en evidencia que las cautelares ordinarias en este caso, la internación provisoria contemplada en la ley de

información proporcionada por las instituciones, es posible saber que una vez decretada la internación provisional, el adolescente es derivado a un centro asistencial de salud mental como el Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak. El mismo Instituto señala que entre el 01 de junio de 2007 y 31 de diciembre de 2013, se internaron por orden judicial a 17 pacientes provenientes de distintos tribunales de la IV, V, VI, VII regiones y región Metropolitana²¹¹. Al momento de su ingreso, no se distingue si se encuentran sancionados o a la espera de una declaración sobre su imputabilidad, quedando internados en atención cerrada. Por otra parte, la Jefa de Servicio de Psiquiatría Forense (s), informó que se han atendido a 35 pacientes, derivados de CIP y CRC.

Al no contar con los antecedentes de las causas, nos fue imposible hacer un seguimiento de cada una para saber qué ocurrió con la inimputabilidad de los 35 adolescentes, es decir, si hubo condena, absolución o fueron declarados inimputables. Tampoco fue posible obtener información respecto a la atención recibida, ya sea en medio libre o cerrado.

De los 39 defensores que señalaron haber atendido al menos un caso donde se dudaba de la imputabilidad del adolescente, todos señalaron haber solicitado el examen de imputabilidad, y por consiguiente la suspensión del procedimiento.

Con todo, este proceso ideado para adultos conlleva la realización de pericias psiquiátricas o neuropsiquiátricas y eventualmente meta pericias para las mismas. Las pericias, al menos en Santiago, son realizadas en el Instituto psiquiátrico o en el Servicio Médico Legal.

Según la información proporcionada por el Instituto Psiquiátrico, se sometió a peritaje psiquiátrico forense a 24 pacientes adolescentes entre el 01 de junio 2007 y 31 de diciembre de 2013. Se colige contrastando los datos entonces que el grueso de las pericias fueron realizadas por el Servicio Médico Legal.

responsabilidad penal adolescente no tienen cabida desde que se ha decretado la suspensión del procedimiento en virtud de las disposiciones legales mencionadas.

Sexto: Que, de este modo, la privación de libertad que se ha dispuesto en contra del amparado por la vía de la "internación provisoria" carece de sustento legal desde que el procedimiento se encuentra suspendido de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 458 del Código Procesal Penal, razón que llevará a esta Corte a acoger el amparo deducido por la defensa de B.L.P"

²¹¹ 8°,9°,10°, 11° y 15° Juzgados de Garantía y 3° y 7° TOP de Santiago, Juzgado de Garantía y TOP de Valparaíso, y Juzgados de Garantía de Viña del Mar, Rancagua, Linares y Ovalle.

Dado que la suspensión del procedimiento durará mientras no sea recibido el informe forense y se cite a audiencia a los intervinientes, un estimado de la demora del informe permitirá conocer a qué se enfrentan los jóvenes cuando su imputabilidad es puesta en duda.

Para determinar el tiempo de demora de las pericias, se solicitó un estimado de tiempo a los defensores penales juveniles. Para estos efectos, la encuesta contempló una pregunta en la que se desglosó el tiempo de respuesta del SML en tramos de 30 días, esto es: De 1 a 30 días hasta el tramo de 180 o más días. Las respuestas se concentraron en los tramos superiores. Más de un tercio de las pericias tardaron 150 o más días en ser recibidas por el tribunal²¹².

Durante el período que demore la pericia el adolescente con posibles perturbaciones mentales estará sin atención médica, o peor aún, como fue citado anteriormente (nota 210), privado de libertad en un centro de internación provisoria del SENAME.

Un 78% de los defensores consideró excesivo el tiempo de respuesta del SML. Un 14% estimó el tiempo de respuesta como normal y un 8% lo consideró rápido. Todos estos últimos correspondientes a respuestas dentro de tramos inferiores a los 60 días.

La distinción entre un tiempo de respuesta rápido, normal o excesivo es subjetiva, y no representa un dato objetivo, pero puede permitir inferir el rango de normalidad en la espera del resultado de las pericias ordenadas.

Ahora bien, ni la psiquiatría ni la psicología son ciencias exactas, por lo que no siempre llegarán a un resultado libre de cuestionamientos por otros profesionales de la misma disciplina.

Por eso, comúnmente, además de las pericias solicitadas al Servicio Médico Legal, la defensa solicita pericias propias. En ese sentido, en un 67% de los casos la defensa solicitó la realización de una pericia de parte. Estos 19 defensores señalaron que el resultado de las pericias propias no coincidía en el resultado con las entregadas por el SML.

²¹² Los demás tramos eran de 1 a 30 días (2 defensores), 30 a 60 días (6 defensores), 60 a 90 días (4 defensores) y 90 a 120 días (5 defensores).

La coincidencia o congruencia que se pueda tener o no entre resultados periciales, aunque resulta de relevancia para el tribunal a efectos de tomar una decisión, es solo uno de los temas que deberán tomar en cuenta los jueces sobre las pericias.

Como se explicitó en los capítulos anteriores, los actores del proceso penal y en especial los jueces como garantes del debido proceso, deben en la totalidad de la duración de los mismos propender a establecer un trato diferenciado de los adultos, ya desde la gravedad de las sanciones a imponer a su término, ya desde el inicio teniendo en consideración que los juzgados son sujetos aun en desarrollo, por lo que no solo merecen, sino que necesitan un trato acorde a su calidad de tales. Las pericias a realizar entonces, no debiesen escapar a este trato diferenciado y especializado respecto de los adultos.

Sobre la diferenciación entre los menores y adultos, según señalan el 72% de los defensores, los exámenes del SML no parecen diferenciar a menores de adultos. En cuanto a las pericias solicitadas por la defensa, si bien no son tan alentadores. 27 defensores señalan que si existió un tratamiento distinto.

Por otra parte, el Instituto Psiquiátrico señala que en el período estudiado, 159 pacientes adolescentes fueron internados con resguardo de Gendarmería. Lo anterior contrasta con el tratamiento que reciben en un centro penitenciario (sección juvenil) o en un centro del SENAME, cuyo contacto con personal de Gendarmería se da en los casos contemplados en el artículo 139 del Reglamento de la LRPA, esto es, controlar los ingresos y traslados, o al momento de existir un conflicto crítico y mientras dure éste²¹³.

Teniendo resguardo de Gendarmería y dentro de un centro asistencial, no existe una separación física respecto de los internos adultos comprobable o regulada. De esta manera se vulnera el artículo 48 de la LRPA²¹⁴, que consagra el principio de separación.

²¹³ Entendiéndose conflicto crítico del modo en que lo define el mismo reglamento en su artículo 142: “Se entiende por conflicto crítico, aquel hecho que pone en peligro inminente la vida o integridad física de los adolescentes y demás personas que se encuentren en el centro respectivo, tales como, motines, fugas, riñas, riesgo de autolesiones, lesiones o daños materiales, incendios, terremotos y otros sucesos de similar entidad”.

²¹⁴ “Artículo 48. Principio de separación. Las personas que se encontraren privadas de libertad por la aplicación de alguna de las sanciones o medidas previstas en esta ley, sea en forma transitoria o permanente, en un lugar determinado o en tránsito, deberán permanecer siempre separadas de los adultos privados de libertad.

Las instituciones encargadas de practicar detenciones, de administrar los recintos en que se deban cumplir sanciones o medidas que implican la privación de libertad, los administradores de los tribunales y, en general, todos los organismos que intervengan en el proceso para determinar la responsabilidad que establece esta ley, adoptarán las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior. El incumplimiento de esta obligación constituirá una infracción grave a los deberes funcionarios”.

Aun cuando el tribunal no ha emitido un pronunciamiento acerca de la imputabilidad del adolescente, se constatan los siguientes problemas y dificultades a partir de la suspensión del procedimiento por la aparición de antecedentes que lo ameriten:

1. Falta de registro estadístico del número de suspensiones del procedimiento que han resultado necesarias ante la aparición de antecedentes de posible inimputabilidad, es decir la aparición del supuesto hipotético. No existe claridad ni registro exacto del nivel de ocurrencia en la práctica procesal penal.
2. Alta necesidad de atención psiquiátrica (no necesariamente derivativa en inimputabilidad) en adolescentes en internación provisoria. 3760 menores han debido ser tratados durante el período comprendido por la investigación.
3. El punto anterior refleja su gravedad en que existe derivación desde CIP hacia el Instituto Psiquiátrico, es decir, privaciones de libertad por internación provisoria cumpliéndose en un Hospital Psiquiátrico.
4. No existe claridad respecto de la situación del menor al que se le suspende el procedimiento por posible inimputabilidad. No existe una regulación clara al respecto, lo que ha llevado a resultados tan disímiles como la internación provisoria y la libertad inmediata, lo que ha resuelto la Corte Suprema solo en base a encontrarse suspendido el procedimiento, no en base a la legislación aplicable. En este punto comienza el nudo discursivo sobre la aplicabilidad supletoria del CPP.
5. Se percibe un excesivo tiempo de demora en la realización de pericias, soslayando en un tramo de 6 meses o más, aproximadamente. Esto es coincidente con el período máximo de investigación consagrado en la ley N°20.084.
6. En la misma línea, las pericias parecen no diferenciar entre adolescentes y adultos, careciendo de la exigida consideración de los menores de edad como sujetos en desarrollo.
7. Se transgrede el principio de separación consagrado en la LRPA al juntar en un mismo recinto sin separación a menores de edad y adultos, además de establecer un contacto de los adolescentes con unidades de Gendarmería no contemplado por la legislación vigente.

4.3.3. Aplicación del Procedimiento establecido en el Código Procesal Penal

El tribunal una vez recibidas las pericias y citado a audiencia, teniendo o no en cuenta los exámenes periciales y su contenido, si así ha sido solicitado deberá pronunciarse sobre la imputabilidad del adolescente en razón a una posible enajenación mental (en razón del artículo 10 N°1 del Código Penal).

En el supuesto del pronunciamiento del tribunal, solo caben dos opciones, o lo declara inimputable o lo declara imputable. En la primera hipótesis, es posible fijar la atención en tres puntos atinentes a la aplicación del procedimiento de medidas de seguridad: a) la aplicación supletoria, b) la conveniencia y c) la necesidad. En cuanto a la aplicación supletoria del procedimiento, de la totalidad de defensores encuestados, solo un 20% de ellos considera aplicable supletoriamente el procedimiento.

En lo que respecta a la conveniencia de la aplicación del procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad de los artículos 455 y ss. Del CPP para los adolescentes infractores, solo un 7% de ellos es proclive a aplicar esta regulación a adolescentes.

Por último, en cuanto a la necesidad en la aplicación de medidas, el 25% de los defensores si considera necesaria la aplicación de medidas de seguridad.

Al parecer, la diferencia entre el primer punto y el tercero, no subyace en la aplicación misma de una medida de seguridad, sino en el procedimiento para llegar a ella.

En su apreciación práctica, los defensores identifican las siguientes dificultades en la determinación y ejecución de una medida de seguridad:

Tabla N°5: Problemas prácticos en la aplicación de una medida de seguridad

Problema	Porcentaje de respuesta (%)
Problemas en la determinación del procedimiento aplicable	73
Determinación de antecedentes suficientes para hacer un examen de inimputabilidad	55
Determinación de los peritos que deban aplicar un examen de inimputabilidad	70
Determinación del examen a aplicar	68
Determinación de la inimputabilidad de acuerdo al grado de desarrollo del adolescente	86
Determinación de la medida de seguridad aplicable	91
Ejecución de la medida de seguridad	91
Otro	4

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la DPP.

Para los defensores encuestados, el problema radica no en la medida de seguridad misma, sino en el modo de determinarla y ejecutarla, centrando –como grafica la tabla N°5- sus respuestas en estas opciones, seguidas por la determinación de la imputabilidad considerando el grado de desarrollo (cuestión que determinó también un juez) y los problemas en general que se suscitan al determinar el procedimiento aplicable.

Es imperante detenerse entonces en el procedimiento para llegar a la aplicación exclusiva de medidas de seguridad, el que ni teórica ni considerativamente debería ser aplicado a adolescentes.

Declarada la inimputabilidad, y al decaer la responsabilidad penal, en teoría el imputado adolescente debería ser sobreseído definitivamente, y si procede, ser puesto en libertad inmediatamente.

Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica el Ministerio Público ha pedido al tribunal la aplicación de una medida de seguridad, bajo la extinción de la responsabilidad por el artículo 10 N°1 del Código Penal y presumirse que el enajenado atentará contra sí mismo o contra otras personas.

En tal sentido, el 25% de defensores manifestaron haber participado en un procedimiento en que el Ministerio Público solicitó la aplicación de una medida de seguridad para un imputado adolescente. No todos los casos en que existía una aparente enajenación mental derivaron en una pericia que declare la inimputabilidad, o la misma no representó un peligro en los términos de buscar la aplicación de una medida de seguridad.

Frente a la solicitud de medida de seguridad, el juez de garantía podrá concederla o rechazarla. El 10% de los defensores indicaron que se habían decretado medidas de seguridad a un adolescente.

Esta información concuerda con la otorgada por el Ministerio Público en sus estadísticas, en cuanto se reconoce la aplicación de medidas de seguridad a adolescentes imputados.

Según el artículo 457 del Código Procesal Penal, las medidas de seguridad pueden consistir en la internación en un establecimiento psiquiátrico o custodia y tratamiento. De acuerdo a lo informado por los defensores, ha habido medidas de seguridad vinculadas a ambas.

Siguiendo la línea procedimental, al ser dictada una medida de seguridad, esta debe ser ejecutada, ya sea en libertad o privado de ella.

Contrastando la información proporcionada respecto de aquellos a los que les fue otorgada una medida de seguridad y sus respuestas respecto de la forma de cumplimiento, la mayoría de las medidas de seguridad aplicadas a adolescentes implicaron la privación de su libertad.

Tabla N° 6: Número de medidas de seguridad aplicadas en adolescentes cumplidas con privación de libertad

Forma de cumplimiento	N° Ocasiones
En libertad	2
Privado de libertad	3
No responde	1
Total	6

Fuente: Elaboración propia con datos de la DPP.

El lugar de cumplimiento de dichas privaciones de libertad fue en casi la totalidad de un Hospital psiquiátrico.

4.3.4. Derechos vulnerados

Como fue explicitado en los capítulos anteriores, la imposición de medidas de seguridad en adolescentes puede resultar atentatoria contra derechos constitucionales. En este sentido, los defensores refieren que el Derecho al debido proceso y a la integridad física y/o psíquica concentran la gran mayoría de las preferencias, seguidos de cerca por el derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Tabla N° 7: Consideración por los defensores de las vulneraciones a los derechos constitucionales en la aplicación de medidas de seguridad

Derecho vulnerado	Porcentaje de prevalencia de respuesta por los defensores (%)
Derecho a la integridad física y/o psíquica	86
Derecho al debido proceso	86
Libertad personal y seguridad individual	73
Prohibición de apremios ilegítimos	50
Derecho a la protección de la salud	48
Igualdad ante la ley	36
Derecho a la vida	16
Libertad de enseñanza	16
Derecho a la vida privada y honra	11
Derecho de reunión	7
Libertad de trabajo	7
Inviolabilidad del hogar y la comunicación privada	6
Libertad de conciencia	5
Libertad de opinión	5
Derecho de asociación	5
Derecho a la libre actividad económica	5
Derecho de petición	2
Acceso a empleos públicos	2
Derecho a la seguridad social	2
Vivir en medioambiente libre de contaminación	0
Derecho a la sindicación	0
Derecho a adquirir dominio- derecho de propiedad	0

Fuente: Elaboración propia

No solo a nivel constitucional se verifica una transgresión de derechos, puesto que las privaciones de libertad en concepto de procesos penales, puede resultar en una transgresión manifiesta a las garantías consagradas especialmente en los artículos 37 y 40 de la CIDN.

La principal garantía vulnerada sería la regulación estricta del uso, duración y condiciones de la privación de libertad, toda vez que la aplicación de una medida no encuentra su fuente normativa en la ley especial que regula la responsabilidad penal adolescente, y no se vislumbra con claridad cuál es el derecho aplicable a estos casos, muy cerca además se consideran vulneradas las garantías o principios de legalidad penal (anexo a la regulación de la privación) y el niño como sujeto de derechos.

Tabla N°8: Afectación de garantías consagradas en CIDN

Garantía	Porcentaje de respuesta por defensores (%)
Niño como sujeto (no objeto) de derechos	75
Niño como sujeto con responsabilidad progresiva	39
Atribución de la responsabilidad por participación en un hecho punible	34
Principio de legalidad penal	75
Aplicación de fórmulas de remisión del procedimiento como regla general	39
Integración social como principio fundamental de las consecuencias jurídicas aplicables	50
Reconocimiento de la naturaleza restrictiva de derechos de las sanciones	61
Regulación estricta del uso, duración y condiciones de la privación de libertad	77

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la DPP.

Cabe señalar que de las garantías explicitadas en la tabla, todas, en mayor o menor medida, fueron consideradas en las respuestas de los defensores penales públicos, lo que implica una alta percepción de que dichos derechos y garantías peligran con la imposición de una medida de seguridad a un menor de edad.

A mayor abundamiento, no solo la CIDN ve menoscabado su cumplimiento a totalidad mediante la aplicación de una medida de seguridad. La LRPA en sus propios fines y principios se ve soslayada ante la aplicación de tales medidas. Esta supuesta supletoriedad del Código Procesal Penal en el supuesto en estudio también afecta la propia especialidad de la legislación nacional.

En opinión de los defensores encuestados, el interés superior del niño en todas las actuaciones del proceso sería uno de los principios más afectados por la imposición de una medida de seguridad, así como la legalidad de las sanciones y la privación de libertad como medida de último recurso.

Tabla N°9: Principios de la LRPA afectados por medidas de seguridad

Principio o garantía	% de respuesta de defensores
Legalidad de las sanciones y tipificación de las conductas	84
Especialización de los actores	50
Reinserción social en los fines de las sanciones	73
Interés superior del niño en todas las actuaciones	89
Derecho a defensa	20
Proporcionalidad y diversidad en las sanciones	68
Legalidad de las medidas cautelares personales	50
Control jurisdiccional de las sanciones	36
Privación de libertad como medida de último recurso	82
Concentración del procedimiento	27

Fuente: Elaboración propia

Respecto de los adolescentes cuya inimputabilidad por el 10 N°1 CP, es rechazada por el tribunal, y finalmente son considerados con imputabilidad disminuida o derechamente imputables, se ven sujetos a posibilidades administrativas y presupuestarias del SENAME, el que ya tiene una alta demanda en sus centros.

A nivel nacional, la mayor cantidad de atenciones psiquiátricas en los últimos cuatro años se concentran en los Centro de Régimen Semicerrado y Cerrado, que equivalen a más del 50% de las mismas.

Por otro lado, la internación provisoria, que los dos primeros años de funcionamiento de la LRPA concentró por sobre el 40% de las causas que recibieron atención psiquiátrica, ha disminuido porcentualmente respecto del resto de los centros, debido en parte al incremento de las atenciones en CRC y CSC, recibiendo en los últimos cuatro años entre un 26 y un 26 % de las causas atendidas psiquiátricamente.

Cabe señalar, por otro lado, que las atenciones psiquiátricas por causa se han concentrado con gran diferencia en aquellos centros que implican privación de libertad, así, la cantidad de causas que recibieron atención psiquiátrica en razón de una medida cautelar en un MCA es mínima comparada a los CIP, siendo un 1,3% de las causas atendidas en total.

Los esfuerzos que realiza el SENAME se ven focalizados en aquellos centros que implican una mayor sujeción al aparato punitivo estatal, a la par de una mayor restricción de derechos, lo que se explica también en la diferencia cuantiosa entre atenciones registradas entre centros de PLA, que concentran un 4,8% de las causas atendidas en total, contra un 17,7% de los centros PLE. Esta superioridad numérica se repite año a año.

Tabla N° 10: Número de causas que han recibido atención psiquiátrica por LRPA en SENAME, disgregadas por centro, año y género.

Centro/ Proyecto	2007		Total 2007	2008		Total 2008	2009		Total 2009	2010		Total 2010	2011		Total 2011	2012		Total 2012	2013		Total 2013	Total
	F	M		F	M		F	M		F	M		F	M		F	M		F	M		
CIP	28	74	102	76	513	589	94	739	833	76	644	720	61	478	539	49	485	534	36	407	443	3760
MCA		7	7	2	24	26	2	46	48	4	34	38	4	24	28	2	16	18	2	16	18	183
CRC	1	29	30	14	304	318	33	561	594	46	811	857	48	837	885	32	830	862	27	719	746	4292
CSC		38	38	2	173	175	22	323	345	37	417	454	30	427	457	36	416	452	25	342	367	2288
PLA		15	15	3	57	60	9	115	124	12	130	142	12	118	130	12	90	102	10	73	83	656
PLE	1	30	31	9	172	181	24	351	375	50	457	507	61	482	543	47	428	475	34	276	310	2422
SBC								8	8		10	10		15	15		21	21		14	14	68
Total	30	193	223	106	1243	1349	184	2143	2327	225	2503	2728	216	2381	2597	178	2286	2464	134	1847	1981	13669

Fuente: Senainfo

Si bien fue posible acceder a la cantidad de atenciones psiquiátricas, no es posible saber si es equivalente a una atención por persona o son múltiples atenciones para una persona. Tampoco es posible extraer a partir de la anterior tabla, la situación de imputabilidad, peligrosidad, si el encierro con tratamiento o simple atención psiquiátrica les permite o contribuye de algún modo a cumplir con los fines consagrados por la ley N° 20.084 en la atribución de responsabilidad penal y las mismas sanciones.

Por otra parte, resulta preocupante que en algunos CRC hayan existido atenciones del 100% de adolescentes internados (XI región, años 2011 y 2012). La siguiente tabla grafica el número de adolescentes bajo atención psiquiátrica (b.a.s) dentro de centros dependientes de SENAME e instituciones colaboradoras en cada región.

Tabla N° 11: Porcentaje de menores que recibieron atención psiquiátrica por sobre total de atendidos, según región y año

Total anual/ Región	AÑO 2007			AÑO 2008			AÑO 2009			AÑO 2010			AÑO 2011			AÑO 2012			AÑO 2013			Total atendidos	Total	%
	b.a.s	Total	%																					
XV	0	0	0	0	437	0	6	524	1.1	18	431	4.2	19	405	4.7	38	400	9.5	29	429	6.8	110	2626	4.2
I	1	218	0.5	0	425	0	8	561	1.4	5	787	0.6	9	954	0.9	1	940	0.1	2	1151	0.2	26	5036	0.5
II	1	262	0.4	4	955	0.4	17	1473	1.2	37	1757	2.1	50	1940	2.6	67	2023	3.3	49	2147	2.3	225	10557	2.1
III	3	107	2.8	34	490	6.9	132	793	16.6	159	857	18.6	207	895	23.1	234	893	26.2	212	887	23.9	981	4922	19.9
IV	19	251	7.6	58	852	6.8	77	1159	6.6	87	1353	6.4	104	1395	7.5	66	1405	4.7	21	1402	1.5	432	7817	5.5
V	48	715	6.7	387	2542	15.2	626	3333	18.8	695	3863	18.0	608	4049	15.0	507	4087	12.4	536	3941	13.6	3407	22530	15.1
VI	1	405	0.2	17	1382	1.2	68	1711	4.0	68	1717	4.0	17	1786	1.0	14	1731	0.8	8	1551	0.5	193	10283	1.9
VII	0	452	0.0	7	1374	0.5	62	1910	3.2	133	1833	7.3	180	1890	9.5	244	2096	11.6	182	1954	9.3	808	11509	7.0
VIII	18	692	2.6	130	2648	4.9	235	3657	6.4	237	3405	7.0	240	3054	7.9	203	2859	7.1	124	2802	4.4	1187	19117	6.2
IX	21	743	2.8	87	2029	4.3	136	2290	5.9	153	2406	6.4	127	2285	5.6	119	2295	5.2	85	2069	4.1	728	14117	5.2
XIV	6	0		24	1007	2.4	84	1137	7.4	159	1066	14.9	88	1013	8.7	79	957	8.3	68	895	7.6	508	6075	8.4
X	3	703	0.4	4	1350	0.3	2	1836	0.1	18	1802	1.0	26	1616	1.6	45	1556	2.9	33	1569	2.1	131	10432	1.3
XI	16	73	21.9	92	310	29.7	81	336	24.1	92	477	19.3	78	450	17.3	76	472	16.1	55	438	12.6	490	2556	19.2
XII	3	39	7.7	8	210	3.8	6	403	1.5	12	397	3.0	19	371	5.1	29	354	8.2	20	332	6.0	97	2106	4.6
RM	83	3266	2.5	491	9173	5.4	787	11135	7.1	850	11498	7.4	825	11848	7.0	742	12093	6.1	557	12736	4.4	4335	71749	6.0
TOTAL	192	7926	2.4	1343	25184	5.3	2327	32258	7.2	2723	33649	8.1	2597	33951	7.6	2464	34161	7.2	1981	34303	5.8	13627	201432	6.8

Fuente: Senainfo/ web de SENAME

La consideración de imputabilidad penal por enajenación mental en adolescentes sin tomar en cuenta su desarrollo , así como la finalidad de la norma que los responsabiliza, genera complejidades no solo a nivel de determinación de culpabilidad, sino que también en la sanción, privación de libertad, generándose infracciones a los derechos de los adolescentes.

Por otra parte, al no existir un sistema regulado para los adolescentes, resulta difícil conocer y evaluar los criterios de los tribunales para declarar la inimputabilidad. Ello redundando también en la falta de especialización de los exámenes, la atención psiquiátrica y otros requerimientos que pudiera necesitar el adolescente.

Por último, y más grave, la necesidad de atención psiquiátrica prevalece en delitos específicos, que dan un correlato de peligrosidad de los mismos. No es posible desconocer que los delitos de las causas que motivan la atención psiquiátrica son de alta connotación pública, y en su mayoría delitos violentos.

El mayor número de atenciones está vinculado a adolescentes que cometen delitos con pena de crimen, como el robo con intimidación, el robo con violencia y el robo en lugar habitado.

Tabla N°12: Delitos con mayor cantidad de causas ingresadas con atención psiquiátrica, por año y género

Delito/año	2007		Tota l 2007	2008		Tota l 2008	2009		Tota l 2009	2010		Tota l 2010	2011		Tota l 2011	2012		Tota l 2012	2013		Tota l 2013	Total
	f	m		f	m		f	m		f	m		f	m		f	m		f	m		
Robo con intimidación	10	68	78	47	445	492	79	728	807	80	810	890	74	740	814	57	735	792	35	575	610	4483
Robo con violencia	14	65	79	38	320	358	63	567	630	78	708	786	62	691	753	55	584	639	48	366	414	3659
Robo en lugar habitado o destinado a la habitación	5	40	45	7	245	252	25	404	429	32	538	570	30	511	541	26	507	533	27	394	421	2791
Homicidio	0	11	11	1	64	65	1	122	123	4	132	136	3	126	129	5	152	157	4	135	139	760
Robo por sorpresa	0	6	6	0	45	45	2	93	95	1	77	78	7	66	73	5	48	53	3	34	37	387
Quebrantamiento	0	0	0	0	1	1	4	17	21	6	44	50	7	60	67	4	63	67	4	90	94	300
Robo en lugar no habitado	0	4	4	0	19	19	2	45	47	3	68	71	2	56	58	1	49	50	1	42	43	292
Robo en bienes nacionales de uso público	0	3	3	0	13	13	0	43	43	0	44	44	1	49	50	2	49	51	2	32	34	238
Violación menor de 14 años	0	0	0	0	12	12	0	26	26	0	33	33	0	45	45	0	47	47	0	29	29	192
Robo con homicidio	1	0	1	1	13	14	2	27	29	2	26	28	2	28	30	2	35	37	1	31	32	171
Tráfico ilícito de drogas	0	0	0	4	10	14	4	12	16	10	13	23	15	20	35	14	25	39	10	18	28	155
Receptación	1	1	2	2	4	6	1	11	12	1	26	27	1	26	27	2	20	22	2	26	28	124
Homicidio calificado	0	1	1	0	9	9	0	17	17	0	26	26	0	25	25	0	23	23	0	17	17	118
Porte ilegal de arma de fuego, municiones y otros	0	0	0	1	9	10	1	15	16	1	16	17	0	18	18	1	18	19	1	15	16	96
No especifica delito	0	0	0	0	9	9	1	18	19	3	11	14	2	12	14	1	18	19	1	13	14	89
Total	31	199	230	101	1218	1319	185	2145	2330	221	2572	2793	206	2473	2679	175	2373	2548	139	1817	1956	13855

Fuente: Senainfo/Elaboración propia

Este correlato de violencia en los 5 delitos en que un mayor número de adolescentes ha recibido atención psiquiátrica por parte de Sename no puede sino poner al sistema en la alerta, de que no siendo estos los delitos de mayor ocurrencia en Chile, si han sido históricamente los que han requerido una mayor intervención en los rasgos vitales del individuo, en este estudio en particular, en la salud mental de cada menor. La eventual aplicación de una medida de seguridad se mueve entonces entre una necesidad de no dejar a un adolescente que ya ha cometido un delito y presenta trastorno mental o enajenación en libertad sin atención médica a una privación de libertad punitiva y desregulada.

La aplicación de medidas de seguridad a los adolescentes trasciende de ser un problema de vacío normativo, tiene implicancia en materia de acceso a la salud pública, discapacidad y por sobre todo, la vida. En este sentido, el examen de imputabilidad no es solo un baremo entre la privación- sanción vía SENAME, sino que también tiene implicancias en prevención del delito, reinserción, y la posibilidad que dicho adolescente pueda desarrollarse plenamente.

Solo un 25 % de los defensores estima necesaria la aplicación de las medidas de seguridad –en abstracto, no en un caso concreto-. Ahora bien, en caso de ser aplicadas, el 91% de los defensores señala que debe existir una regulación apropiada a la especialización que implica el tratamiento de adolescentes infractores.

4.3.5. Alternativas de perfeccionamiento

En opinión de la mayoría de los defensores encuestados, un procedimiento no regulado es fuente de vulneraciones a garantías y derechos, por lo que es urgente el pronunciamiento legal respecto de la situación de estos menores, y el surgimiento de medidas que contribuyan a la formación de un sistema verdaderamente especializado - ya sea a través de la aplicación de un examen diferenciado, la instauración de centros psiquiátricos infantiles, o derechamente de la regulación diferenciada de la aplicación de medidas de seguridad a adolescentes.

Tabla N°13: Medidas propuestas para la aplicación de medidas de seguridad

Medida	Porcentaje (%)
Mantenimiento de la situación actual	2
Transferencia a tribunales de familia en caso de inimputabilidad	32
Aparición de un comité técnico en la determinación de imputabilidad con opinión	11
Aparición de un comité técnico en la determinación de imputabilidad con decisión a aprobar por juez de garantía sobre la imputabilidad	32
Aparición de un comité técnico en la determinación de imputabilidad con decisión a aprobar por juez de garantía sobre la medida de seguridad a aplicar	30
Aplicación de examen de imputabilidad diferenciado	80
Instauración de centros psiquiátricos infantiles	70
Regulación diferenciada de las medidas de seguridad en su aplicación a adolescentes	75
Prohibición de aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad a adolescentes	57
Prohibición de aplicación de medidas de seguridad en general a adolescentes	32

Fuente: Elaboración propia

Por otra parte, la actual aplicación de medidas ha generado “desarraigo de los adolescentes en relación a sus redes primarias”²¹⁵, así como el hecho que en la etapa de aplicación de la medida, la “entidad o servicio a cargo de la ejecución de la medida de seguridad”²¹⁶ no tiene las herramientas para otorgar una adecuada atención a los adolescente, al carecer, entre otras cosas, de profesionales especializados en materias infanto-juveniles.

En definitiva, las estadísticas dan cuenta de la necesidad de abordar esta temática. Un número alto de jóvenes infractores han recibido atención vinculada a salud mental, lo que da cuenta no solo del vacío normativo de la Ley N° 20.084 sino de un problema de política pública que no ha sido capaz de abordar a este grupo etario.

²¹⁵ Muestra 33 de la encuesta.

²¹⁶ Muestra 40 de la encuesta.

CAPITULO 5. PROPUESTAS DE ACCIÓN

Para efectos de sistematizar las recomendaciones, las ordenaremos de acuerdo a las etapas en que el adolescente imputado se enfrenta actualmente al sistema de justicia en el supuesto de antecedentes que daten una posible enajenación:

1. En la etapa de investigación se podría presentar una solicitud, de oficio o a petición de parte de realizar una pericia al imputado para determinar su imputabilidad. Acogida la solicitud, se suspende el procedimiento a la espera del resultado.
2. Se realiza la pericia psiquiátrica y las metapericias.
3. Una vez recibido el resultado, se cita a las partes a una audiencia para debatir su imputabilidad.
4. De declararse la inimputabilidad, se debatirá respecto a la aplicación de medidas de seguridad.
5. En caso que se considere imputable, se seguirá el procedimiento en contra del adolescente.
6. Luego de dictada la sentencia, también puede ocurrir que el adolescente caiga en enajenación mental.

5.1. Aparición de antecedentes

Si se da el supuesto fáctico de un adolescente imputado por la comisión de un delito que tenga antecedentes propios de inimputabilidad, se generará de oficio una audiencia para debatir la materia. Lo anterior ya que no puede quedar al arbitrio y posibilidades de las instituciones una solicitud de esta naturaleza, especialmente por las implicancias para el adolescente. Estos antecedentes pueden aparecer desde antes de la formalización, ya sea en una hipótesis de flagrancia o en una investigación no formalizada, hasta posterior a la audiencia de preparación de juicio oral.

En una investigación aun no formalizada, de todos modos el fiscal a cargo solicitará la realización de la pericia y el juez de garantía ordenará en consecuencia la suspensión del procedimiento.

Para los casos de flagrancia, en que el imputado adolescente pase a control de detención, se hace imperante que durante su detención sea puesto en un lugar distinto de los adultos tal como manda la LRPA, en lo posible, en un lugar distinto además de otros adolescentes, evitando en todo momento cualquier perturbación que pueda provocar la medida cautelar. El control de la detención, además, deberá realizarse con toda la brevedad posible.

Para estos efectos se hace relevante la clasificación realizada por la Fiscalía Nacional en su Instrucción General 286-2010, entre un imputado con enajenación mental notoria o evidente y aquel respecto del cual la defensa solicita la elaboración de un informe pericial psiquiátrico, sin que conste en forma evidente su enajenación.

Existiendo una enajenación notoria en el adolescente, los principios de desjudicialización del procedimiento y utilización de la privación de libertad solo como último recurso se hacen perentorios al momento de notar la enajenación, debiendo evitarse dejar al adolescente en una detención que en la gran parte de los casos se prolonga hasta el día siguiente, privilegiando en este caso la citación.

Si pasare de todos modos a control de detención, en ningún caso debería ampliarse la detención, ya que es un riesgo que la privación de libertad en el CIP resulte peligrosa para él como para el resto de los internados.

Dado el caso que durante el control de detención se tuviera información de medidas cautelares previamente decretadas, queda en duda si procedería la internación provisional prevista en el artículo 464 del CPP.

De acuerdo a la legislación supletoria actual, previo a la remisión del informe psiquiátrico no podría decretarse la internación provisional. Ahora bien, en la práctica, los tribunales de garantía han revisado informes periciales de causas anteriores del adolescente y decretado la internación provisional de todos modos²¹⁷, generando dudas de su actuar.

²¹⁷ Op. Cit. Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. 14.04.2014. Rit 71-2014.

Asimismo, al suspenderse el procedimiento, se hacen improcedentes todas las demás medidas cautelares²¹⁸.

Esto no depende de la notoriedad de la enajenación del adolescente²¹⁹, sino de la decisión judicial de ordenar la pericia y suspender el procedimiento, por lo que de no decretarse la internación provisional, procede la libertad inmediata del imputado.

La peligrosidad del adolescente para sí o para otros surge como elemento al momento de decretar la internación provisional y al imponerse una medida de seguridad. No es un argumento para otra medida prevista para adolescentes.

El Fiscal Nacional se refirió al tema (respecto a los adultos), señalando que *“si bien el artículo 464 CPP establece como requisito para decretar la internación provisional, contar con un informe psiquiátrico que establezca la inimputabilidad, en nuestro concepto ello es atribuible a un vacío legal, pues resulta en extremo riesgoso ingresar a un imputado evidentemente enajenado mental, a un establecimiento de detención común como, asimismo, resulta riesgoso el mantener en libertad a una persona que, atendida la gravedad del delito y las circunstancias en que éste fue cometido, pueda constituir un peligro para la seguridad de terceros o de sí mismo”*²²⁰.

Efectivamente, ante las inimputabilidades notorias existe un vacío legal que obliga al juez a tener en mano una pericia que puede demorar incluso más de 180 días. Dicho vacío no puede significar, bajo ninguna circunstancia una privación arbitraria de la libertad. Queda el mismo vacío legal ante la aplicación de otras medidas cautelares que tengan como fundamento fáctico la notoria enajenación mental del menor, que en esta situación, puede ver motivada otra medida cautelar, que no tenga en cuenta su inimputabilidad, o verse en libertad, tampoco viendo protegido sus derechos.

En el caso de la internación provisional de adolescentes, debe ser aplicable el artículo 27 LRPA, aún si la jurisprudencia se ha mostrado contraria a la aplicación del estándar de la prisión preventiva a la internación provisoria²²¹, toda vez que existe un sistema especial

²¹⁸ Ídem.

²¹⁹ En contra, CHILE. Fiscal Nacional del Ministerio Público. 2010. Oficio FN N°286/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para los procedimientos especiales del libro IV del Código Procesal Penal. 31 de mayo 2010. 37p.

²²⁰ Ídem.

²²¹ “...Que la pretensión del Ministerio Público de hacer extensible el estatuto de la prisión preventiva para la internación provisoria, pugna abiertamente con el mandato contenido en el inciso 2º del artículo 5º del Código Procesal Penal. En efecto, esta norma establece el criterio de interpretación restrictiva en relación a todas sus

contemplado para los adolescentes creado por la LRPA, que establece una reglamentación única aplicable para éstos respecto de sus medidas cautelares.

Al no ser aplicables los artículos 140 y 141 CPP y en la imposibilidad de aplicar por analogía las normas correspondientes a la internación provisoria, no resulta aplicable la internación provisional, porque no podrían verificarse la totalidad de los requisitos.

Ahora bien, si el legislador considera oportuna la aplicación de esta internación, resulta necesario establecer estándares para su procedencia. Lo anterior ya que el encierro de un menor en un establecimiento asistencial con resguardo directo de un gendarme, vulnera el principio de separación²²² y la especialidad del sistema de justicia juvenil e implicancias directas para el joven²²³.

5.2. Pericias de imputabilidad

Habiéndola ordenado el juez, se practica el examen de imputabilidad correspondiente.

Normalmente, la pericia ordenada por el juez será realizada por el SML, mientras que la defensa realizará su propia pericia con un psiquiatra particular.

En pro de la celeridad del procedimiento, estas pericias debiesen ser realizadas a la brevedad posible. No cumple con sus objetivos un procedimiento que se mantiene suspendido por más de 6 meses a la espera de dichos resultados. Se debiese dar preferencia o prioridad a las pericias vinculadas a adolescentes infractores.

Este examen debiese ser realizado por un psiquiatra infantil, o infanto-juvenil, especialista en este segmento etario.

disposiciones que autorizan la restricción de la libertad, de otros derechos del imputado o del ejercicio de algunas de sus facultades. De este modo, no se ve de qué forma, sino ignorando lo preceptuado, pudieren extenderse a la Internación Provisoria las reglas que el legislador procesal penal ha dispuesto únicamente para la medida cautelar de prisión preventiva". Corte de Apelaciones de Valdivia. 11.09.2008. Rol 302-2008.

²²² Vid. CHILE. Ministerio de Justicia. 1979. Decreto Ley N°2859 Fija ley orgánica de Gendarmería de Chile. 15 de septiembre 1979.

²²³ "Artículo 144. Prevención y contención. En la prevención de los conflictos críticos, el personal de Gendarmería de Chile, a requerimiento del director del centro, podrá ingresar a las dependencias interiores del mismo, para efectos de inspección de las mismas, registro de vestimentas, conteo de la población y procedimientos que permitan mantener la seguridad en el centro". CHILE. Ministerio de Justicia. 2007. Decreto 1378 aprueba reglamento de la ley n° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. 25 de abril 2007.

Sería conveniente abarcar interdisciplinariamente el examen de imputabilidad, lo que podría dar lugar a la creación de una Comisión que elabore el diagnóstico sobre la situación e imputabilidad del sujeto. Sería conveniente que estuviera integrada por un abogado o el mismo curador *ad-litem* que en los procedimientos generales se nombra con posterioridad, que vele en el aspecto jurídico de la imputabilidad.

Para la estandarización del contenido del examen de imputabilidad, parece recomendable guiar la solicitud, pronunciándose el perito en 5 aspectos: a) Diagnóstico psiquiátrico; b) Relación del trastorno mental con el hecho punible; c) Trastorno mental y probables atentados; d) Pronunciamiento sobre la posibilidad de mejoría del trastorno mental²²⁴.

La consideración a la etapa intermedia del desarrollo psíquico en que se encuentran los adolescentes, debiese trascender a los cuatro aspectos de la pericia, centrando su atención en ciertos puntos específicos:

1. La determinación del tiempo del trastorno mental (teniendo en cuenta un posible desarrollo de los mismos de corta data, siendo la adolescencia época de manifestación de ciertos trastornos mentales) y la ocurrencia del hecho punible dentro del mismo tiempo, comprendida dentro del aspecto b), que relaciona el trastorno mental con el hecho punible.

2. La probabilidad de un atentado contra sí mismo u otras personas, atendida la enfermedad mental diagnosticada, lo que redundaría en la peligrosidad que reviste el menor, para una posterior eventual aplicación de una medida de seguridad o de protección.

3. Posibilidad de mejoría o cura, abarcando también una posible estabilización del cuadro, actual o futura, o un posible trastorno episódico, que no necesariamente sea permanente.

Este último punto, traslada a corregir – al menos para los adolescentes- la noción de imputabilidad respecto de la permanencia, siendo inexigible para aquel que tiene un desarrollo incompleto, que un trastorno deba ser de tal entidad de persistir en el tiempo. En otras palabras, el trastorno o enfermedad debe verificarse en el estado actual de desarrollo,

²²⁴ Publ. Cit. Oficio FN N°286/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para los procedimientos especiales del libro IV del Código Procesal Penal.

y no contener la obligación diagnóstica de cargarlo hasta la adultez para ser considerado inimputable.

5.3. Declaración del juez sobre imputabilidad

Una vez remitidos y recibidos los informes por el juez, con la aplicación supletoria del proceso penal actual, en audiencia se resolverá la suspensión del procedimiento²²⁵.

Para los adolescentes la intervención estatal, en virtud de los diversos instrumentos internacionales y la misma LRPA, conlleva un fin socioeducativo, de responsabilización por los propios actos y de reintegración a la sociedad. Esta prevención especial positiva implica la relegación de las privaciones de libertad solo al estar establecidas expresamente por ley, durante el mínimo tiempo posible, y siendo utilizada siempre como último recurso, privilegiando otras formas de término del procedimiento, p. ej., el énfasis dado al principio de oportunidad²²⁶.

Para el momento en que el juez recibe los resultados de las pericias ya es factible que las partes tomen conocimiento sobre la imputabilidad del adolescente examinado, y el juez puede estar en condiciones de fallar sobre la misma.

Según la regulación actual, una vez declarada por el juez la inimputabilidad –habiendo terminado la suspensión del procedimiento- puede aplicarse la internación provisional. De acuerdo a la aplicación de los párrafos 4° 5° y 6° del Título V del libro I del CPP (artículos 139 a 156) que fijan estándares para la internación provisional, están la necesidad, la comparecencia en juicio o a la ejecución de la pena, o más grave y contradictorio con el

²²⁵ Se discute el momento en que cesa la suspensión del procedimiento, siendo el término que utiliza el CPP “hasta que no se remitiere el informe requerido”, si cesa al remitirse, o al estar en conocimiento del juez (a su recepción). OP. CIT CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA p. 118.

²²⁶ “Artículo 35.- Principio de oportunidad. Para el ejercicio del principio de oportunidad establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal, los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado. Asimismo, para la aplicación de dicha norma se tendrá como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la presente ley”.

sistema penal juvenil, los límites temporales a la prisión preventiva, mientras subsistan los motivos que la justifiquen²²⁷.

Declarada la inimputabilidad, en la práctica actual, el juez abriría el debate para discutir la aplicación de una medida de seguridad.

Este trabajo partió desde la base teórica de la inaplicabilidad supletoria del procedimiento de aplicación exclusiva de medidas de seguridad, y con mayor razón de la imposición de las medidas de seguridad sobre adolescentes. Al no haber medidas de seguridad a aplicar, por no existir legislación que las sustente, el menor sujeto a pericia que resultó inimputable en su resultado, no puede ser requerido para ser objeto de medida de seguridad, quedando sujeto a la causal del artículo 10 N° 1 del CP.

Por tanto, si se declara al adolescente como inimputable no debiese requerirse una medida de seguridad, sino solicitar una audiencia para decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, fundado en el artículo 250 c) CPP.

Lo anterior, para el adolescente a quien se le reconozca en la misma pericia un trastorno o enfermedad de tal entidad que su inimputabilidad aparezca manifiesta y total, idealmente conteste o congruente con las pericias realizadas por la defensa.

Desde el marco de acción del derecho procesal penal actual, se agotan las instancias de sujeción del adolescente al dejarlo en libertad. No es el derecho punitivo el que debe hacerse cargo de éste menor, pero si es un deber del estado enfrentar la enfermedad mental que este presenta, pasando a ser probables y recomendables partícipes los organismos de salud pública, o en última instancia, los tribunales de familia aplicando una medida de protección, mediante la derivación del juez de garantía.

La preocupación por la protección efectiva en sus derechos subsiste para el adolescente cuya imputabilidad sea dubitable aun con la pericia, configurándose más bien como una eximente incompleta o atenuante, por detentar una imputabilidad disminuida²²⁸.

²²⁷ “Artículo 152.- Límites temporales de la prisión preventiva. El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado. En todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación”.

En mayor desamparo quedan aún, aquellos menores de los que se compruebe una enfermedad, que sin embargo no afecte su imputabilidad, por lo que deberán enfrentar la sanción según las reglas generales.

Desde este momento –e incluso desde la realización de la pericia-, no hay ningún elemento en que se diferencie al adolescente del adulto en cuanto a regulación. Si bien el adolescente no es transferido a un tribunal común porque en Chile orgánicamente los tribunales son los mismos, el adolescente imputado pasa a ser tratado como un adulto para casi todos los efectos.

5.4. Aplicación exclusiva de medidas de seguridad

En un procedimiento de adultos, el juez de garantía resolverá en la audiencia de preparación del juicio oral sobre la imputabilidad del sujeto, y luego pasará a ser competencia del Tribunal Oral en lo Penal si corresponde, que al resolver no podría cuestionar la decisión del juez sobre el tema.

El requerimiento de medida de seguridad debe contener las menciones exigidas para la acusación. El querellante podrá oponerse al requerimiento del fiscal y formular su propia acusación. Será en un juicio oral ordinario donde se determine finalmente la eventual aplicación de una medida de seguridad.

El adolescente imputado que llega a esta etapa, se ve enfrentado empero a un nuevo equívoco de la aplicación supletoria. Según el artículo 27 inciso 2° LRPA: *“El conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el Ministerio Público requiera una pena no privativa de libertad se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, según sea el caso, regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal”*²²⁹.

²²⁸ Vid. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar. 29.06.2010. RIT 167- 2010 en que tribunal, reconociendo atenuante por imputabilidad disminuida, condena a 6 y 3 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

²²⁹ “Artículo 27.- Reglas de procedimiento. La investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal. El conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el Ministerio Público requiera una pena no privativa de libertad se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, según sea el caso, regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal”.

Iría en la interpretación de la ley, si se emplea el término “pena no privativa de libertad” en un sentido amplio y contrapuesto a la pena privativa de libertad, abarcando así todo lo que no sea la internación en régimen cerrado e internación en régimen semi-cerrado, por lo tanto también las medidas de seguridad, o en una interpretación restringida del concepto, disgregar los requisitos para la aplicación de un procedimiento simplificado o monitorio en dos, por un lado, que el Ministerio Público requiera una pena, y por otro, que además esta pena sea no privativa de libertad. Las medidas de seguridad, si son entendidas de acuerdo a su naturaleza como distintas a las penas, quedarían sujetas al procedimiento ordinario.

Siendo la privación de libertad la excepción en la LRPA, se aplicaría preferentemente el procedimiento simplificado y monitorio. Lo que deja en una posición incierta a las medidas de seguridad, que terminarían siendo abarcadas por las reglas de los adultos, una vez más.

De seguir la alternativa propuesta en el numeral anterior, y limitarse el juez de garantía a dictar el sobreseimiento definitivo al constatar la eximente del 10N°1, el proceso penal terminaría.

En lo que nos parece una solución ideal al conflicto, tratándose de procesos de distinta naturaleza, con objetivos y fundamentos distintos, nada obsta a que el tribunal de garantía remita los antecedentes a un tribunal de familia, el que mediante medidas de protección pueda resguardar las garantías de los adolescentes, como por ejemplo, su integridad física y psíquica, en caso de que la perturbación mental detectada en las pericias pueda ponerlo en riesgo. Trasladar al menor enajenado desde el sistema penal, enmarcado al reproche de conductas, con la carga negativa magnificada que afecta a los adolescentes, al derecho de familia, que en este caso no persigue ningún tipo de reproche, sino por el contrario, reconocer en su calidad de discapacitado mental una posible necesidad de intervención en la protección de sus derechos.

Para el momento en que el Tribunal Oral en lo Penal llegue a una sentencia que determine la procedencia de una medida de seguridad, el adolescente podrían haber pasado meses entre la suspensión del procedimiento a la espera de pericias, luego al cierre de la investigación, y a la realización del juicio oral, enfrentando incluso la internación provisional.

En Chile no existe la custodia de seguridad²³⁰. No puede mantenerse la internación provisional luego de dictada la sentencia.

Las medidas de seguridad aplicables a adultos están expresamente detalladas en el artículo 457 CPP. Las mismas actualmente se aplican a menores: Internación en establecimiento psiquiátrico o custodia y tratamiento.

La determinación de la medida de seguridad que realice el juez, se substanciará por un lado, en la elección entre la internación o la custodia, y por otro, en el tiempo por el que la aplicará. No se concibe una medida de seguridad *ad-eternum*, ni las restricciones al adolescente que no sean por el menor tiempo posible.

Para determinar la naturaleza de la medida y su duración, el criterio es mirar a la LRPA, en sus escalas de determinación de sanciones, y si el acto cometido en condiciones normales habría valido una sanción privativa de libertad, en tal caso ordenar la internación y en el contrario la custodia y tratamiento. Aplican los mismos criterios para la duración de la medida.

Al ser todo el procedimiento y la aplicación misma de la medida de seguridad improcedente y atentatorio contra los fines perseguidos por la CIDN, LRPA y demás tratados internacionales, el aplicar los criterios de la LRPA analógicamente a las medidas de seguridad es susceptible de críticas desde un punto de vista dogmático y normativo- de principios generales.

Dogmático, porque involucra los componentes retributivos e intimidatorios del Código Penal, para una situación que no amerita reproche penal ni intimidación, porque están siendo aplicadas las medidas a un sujeto que no comprende, o no es capaz de ajustar su actuar al mensaje contenido en la norma penal²³¹.

²³⁰ Vid. Juzgado de Garantía de Ovalle. 03.03.2003. RIT 1701-2001.

²³¹ “La aplicación del principio de proporcionalidad, en la determinación de la medida de seguridad del enajenado mental, toma como presupuesto comparativo, la supuesta pena que se le habría impuesto a un sujeto imputable. En el caso de los adolescentes esta circunstancia involucraría necesariamente la aplicación del complejo sistema de determinación de sanciones (...). Con ello ingresan todos los componentes retributivos y preventivo-especiales, característicos de las penas establecidas por la ley, así como también los parámetros retributivos e intimidatorios propios del Código Penal, que supone el sistema de conversión adoptado, para la definición de una medida que debiera tener un componente exclusivamente preventivo especial y terapéutico, lo que resulta altamente inadecuado”. Vera. Op. Cit.

Normativo o de principios generales de derecho, porque al establecer sanciones o privaciones, se debe tener en cuenta la idea repetida por los instrumentos internacionales estudiados, de tener en consideración las circunstancias personales del menor infractor. Una circunstancia determinante es su inimputabilidad, que desplaza el juicio de culpabilidad no haciéndolo responsable, por lo que mal puede ajustarse una medida de seguridad a la misma medida de una sanción cualquiera.

Una propuesta de regulación, tomando como necesario la existencia del estándar diferenciado para los menores infractores, podría suponer de todos modos la aplicación de medidas de seguridad, por lo que al menos debería considerarse:

- La temporalidad de la medida, ser fijada por un plazo fijo, que contemple la diferente percepción del tiempo en los adolescentes, con posibilidad de revisión en cualquier momento.

- Separar la falta de estabilidad del cuadro o trastorno del adolescente de su imputabilidad permanente. El debido control y estabilización podrían obstar a la aplicación o mantención de una medida de seguridad.

- En toda medida (y esto es solo una mera aplicación del principio) tener como baremo, límite y objetivo el interés superior del adolescente.

- Además, para la determinación de su naturaleza, debiese privilegiarse el medio libre, sin olvidar el deber de favorecer la resocialización y la continuidad de los estudios.

- Existencia de funcionarios especializados, ya sea para la determinación o la ejecución de la medida.

Asimismo, si no existe financiamiento para hospitales psiquiátricos infantiles, al menos una especialización de las instituciones ya existentes, para proveer las necesidades especiales de comunicación, educación y esparcimiento de los adolescentes atendidos.

En definitiva, es imprescindible que se legisle pensando en la singularidad del estado transitorio de la adolescencia, estableciendo modelos de análisis que hagan valer esta

especialidad fuera de la sola consideración de la tipicidad al momento de someter a los adolescentes al sistema penal²³².

²³² Vid. Hernández: “Lo que se trata de demostrar es, más bien, que las perturbaciones mentales tienen en nuestro derecho, desde antes de la Ley N° 20.084, una relevancia mayor cuando afectan a los adolescentes, lo que necesariamente debe expresarse en la interpretación del art. 10 N° 1 CP cuando se aplica precisamente a adolescentes. No en términos de que –para volver a recalcarlo– cualquier anomalía o perturbación del rango de aquéllas que son relevantes en materia de estupro deba dar lugar a la exención de responsabilidad penal, pero sí en cuanto a que la ‘locura o demencia’ debe afirmarse ya con una anomalía relevante, por mucho que no alcance la entidad que, conforme a la jurisprudencia general al respecto, rige para estos fines cuando se trata de infractores adultos”. HERNANDEZ Basualto, Héctor. 2007. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “Teoría del delito”. Revista de Derecho XX (2): 195-217.

6. CONCLUSIONES

6.1. Alcances, resultados y conclusiones generales

El presente estudio se concentró en el análisis de datos entre los años 2007 a 2014 proporcionados por SENAME, la Defensoría Penal Pública y Hospital psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak.

En base a la hipótesis planteada, fue posible comprobar que:

En 12 de 15 regiones se reportaron casos de adolescentes con antecedentes que ponían en duda su imputabilidad, de ellos, el 87% eran hombres y 21% mujeres. De ellos, se solicitó pericia de imputabilidad en al menos un 90,68% de los casos.

Más de un tercio de las pericias realizadas por el SML fueron remitidas al tribunal aproximadamente 150 días después de ser solicitadas. El tiempo de espera resultó excesivo para todos los defensores.

Previo a la recepción de las pericias, los tribunales nacionales han dictado internación provisional, en algunos casos incluso se ha dictado la internación provisoria.

Según un 72% de los defensores encuestados, las pericias no difieren de las realizadas a adultos.

En un 67% de los casos el defensor solicita pericias propias. La mayoría de los resultados no coinciden con las pericias evacuadas por el SML.

El Ministerio Público ha solicitado la aplicación de medidas de seguridad a adolescentes, y se reportan casos en donde tribunales nacionales las han decretado. Un porcentaje de ellas habrían sido ejecutadas implicando la privación de libertad del menor.

Se verificó durante los procedimientos la vulneración de garantías, siendo las principales el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho al debido proceso y el derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Además, se vulneraron garantías comprendidas en la CIDN, en específico la regulación estricta del uso, duración y condiciones de la privación de libertad, el principio de legalidad penal, y la consideración del niño como sujeto de derechos.

Por último, se vulneraron principios de la LRPA, como la legalidad de las sanciones y tipificación de las conductas, la reinserción social en los fines de las sanciones, la privación de libertad como medida de último recurso, pero por sobre todas éstas, el interés superior del adolescente en todas las actuaciones.

Es conteste entre las diversas fuentes que la aplicación de medidas de seguridad conlleva consecuencias perniciosas para los adolescentes, tales como romper sus redes primarias, o la falta del cuidado especial requerido en casos de imputabilidad disminuida.

Se constató que existe demanda por atención psiquiátrica dentro de centros de SENAME, concentrándose ésta en aquellos centros que implican privación de libertad, vale decir CIP, CRC y CSC, observándose una atención incluso del 100% de adolescentes en CRC en la XI región durante dos años consecutivos.

Asimismo, las atenciones psiquiátricas en programas del SENAME para infractores de ley, en su mayoría son destinadas a causas de delitos violentos.

Así, el reproche teórico hecho a las medidas de seguridad mismas y al procedimiento que se aplica a adolescentes para imponerlas, encuentra sustento práctico en el procedimiento utilizado.

Como conclusión general, bajo el procedimiento actual se vulneran las garantías fundamentales de los adolescentes, lo que no se condice con las exigencias contraídas por Chile en diversos instrumentos internacionales.

Asimismo, la imputabilidad en adolescentes como noción temporal, por el grado de desarrollo incompleto en que estos se hallan, deforma el mismo concepto de imputabilidad, siendo necesario adecuar los estándares con que se mide la sanidad mental de los imputados a su condición especial.

Se confirma la hipótesis, en cuanto a que actualmente no existe una regulación en el ordenamiento jurídico chileno que regule una eventual aplicación y/o ejecución de medida de seguridad para adolescentes.

De la misma manera, se acreditó que el procedimiento común de adultos no satisface los estándares internacionales de especialidad y protección. No existiendo un procedimiento aplicable, no puede privar de libertad a un adolescente.

Si bien en sede penal no existe un procedimiento, a través de medidas de protección se podrían tomar medidas para resguardar la salud mental de los adolescentes, lo que puede lograrse mediante modificaciones a la LRPA, o la formulación de un proyecto de medidas de protección enteramente nuevo.

6.2. Recomendaciones al problema de investigación

A partir de las limitaciones reconocibles al alcance del presente estudio, ciertas materias no fueron abordadas en la presente investigación, y podrían ser objeto de futuras tesis.

En primer lugar, la temporalidad. El trabajo abarcó el análisis de antecedentes desde el año 2007 hasta el 2014.

Respecto de los datos recibidos no fue posible extraer información, por ejemplo:

1. El tiempo de demora de las pericias del SML en caso de adultos, conocer esta variable podría llevar a comparar y verificar si existe margen actual, así como medir una diferencia si se llegase a otorgar prioridad a las pericias realizadas a menores de edad.
2. Respecto de las atenciones psiquiátricas realizadas por el SENAME, solo es posible evidenciar su cantidad, no así sus características, si son destinadas a una evaluación o tratamiento, o si existe continuidad respecto de cada adolescente.
3. Tampoco es posible conocer la entidad de los trastornos o enfermedades mentales diagnosticadas y/o tratadas, así como una posible influencia en alguna imputabilidad disminuida, ni si se reconoció la atenuante por la eximente incompleta de imputabilidad disminuida.

Quedó fuera el alcance de la perspectiva de prevención de la conducta delictiva, que llevaría a ponderar el grado de influencia que tiene la aparición de una enajenación mental

en un adolescente en la comisión de delitos, y como ésta podría prevenirse fijando la atención en la atención de salud mental para todos los menores.

Por último, las técnicas utilizadas no permiten hacer el seguimiento de cada adolescente inimputable. El seguimiento haría posible verificar posibles reincidencias y efectividad de las medidas de seguridad impuestas.

La presente investigación, buscó explicitar el problema y sus consecuencias, relevando una visión crítica al actual tratamiento. Intenta especificar los temas pendientes, reafirmando las complejas circunstancias que enfrentan los adolescentes.

GLOSARIO

CIDN	Convención internacional de los Derechos del Niño
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
LRPA	Ley de Responsabilidad Penal Adolescente
LORRPM	Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
JGG	Jugengerichtsgesetz (Ley de Tribunales para menores)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
SENAME	Servicio Nacional de Menores
CPP	Código Procesal Penal
GJ	Gaceta Jurídica
RIT	Rol interno del Tribunal
SML	Servicio Médico Legal
CIP	Centro de Internación provisoria
CRC	Centro de internación en Régimen Cerrado
CSC	Centro Semicerrado
MCA	Medida cautelar ambulatoria
PLA	Programa de Libertad Asistida
PLE	Programa de Libertad Asistida Especial
PSA	Programa de Salidas Alternativas
SBC	Servicios en Beneficio de la Comunidad y Reparación del Daño
ASR	Programa de Apoyo a reinserción Escolar para Adolescentes
b.a.s	Bajo Atención Psiquiátrica

BIBLIOGRAFÍA

1. ABBOT Charme, Jorge. 2 octubre 2014: Remite Carta DEN LT N°366-14 [en línea]. En: <dominique.tapia@ug.uchile.cl> 6 octubre 2014. <respuestasfiscalia@minpublico.cl> [consulta: 28 junio 2015].
2. ALBRECHT, Hans-Jörg. 1989. Las sanciones en el derecho penal de menores. Una comparación de las medidas privativas de libertad y no privativas de libertad bajo la luz de la investigación criminológica. México. Cuadernos del Instituto de investigaciones jurídicas (10): 155-180. (traducción de Beatriz De la Gándara).
3. ALBRECHT, Peter. Respecto al futuro del derecho penal de menores. En: BUSTOS, Juan (Dir.) Un derecho penal del menor. Santiago. Ed. Jurídica Conosur. 1992.
4. ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho Penal de menores. Barcelona. PPU. 1990. 588p.
5. ALEMANIA. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. 1871. Strafgesetzbuch. 15 mayo 1871.
6. ALEMANIA. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. 1953. Jugendgerichtsgesetz. 4 octubre 1953.
7. ALEMANIA. Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes und anderer Gesetze (Segunda Ley de Reforma de la Ley de los Tribunales Juveniles y otras Leyes). 13 de diciembre 2007.
8. ASH, Peter. 2012. But he knew it was wrong: evaluating adolescent culpability. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law. Volume 40 (1): 21-32.
9. BELOFF, Mary. Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. Derechos de situación irregular. En: Justicia y Derechos del Niño, N° 1. Santiago de Chile. UNICEF. 1999.
10. BERRÍOS, Gonzalo. 2011. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. [en línea] Política Criminal vol. 6 N°11 (junio 2011) pp.163-191. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A6.pdf>. [consulta: 13 noviembre 2013].
11. BLANCO Escandón, Celia. 2006. Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores. En: GONZÁLEZ Martín, Nuria. Estudio jurídico en homenaje a Marta Morineau. Sistemas jurídicos contemporáneos de Derecho Comparado. Temas diversos. México. UNAM. Pp: 83-116.
12. BRASIL. 1990. Ley N° 8.069: Estatuto del Niño y el Adolescente, Ley N° 8069. 13 de julio 1990.
13. BUSTOS Ramírez, Juan. El Derecho Penal del Niño – Adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente. Santiago. Ediciones jurídicas de Santiago. 2007. 210p.
14. BUSTOS Ramírez, Juan. Hacia la desmitificación de la facultad reformativa en el derecho de menores: por un derecho penal del menor. En su: Un derecho Penal del Menor. Ed. Jurídica Conosur. Chile. 1992.
15. CALANDRA, P.; D. Ortiz; G. Pozo y B. Noziglia. 2012. Manual para la redacción de referencias bibliográficas. Santiago, Chile: Facultad de Ciencias Agronómicas, Universidad de Chile. 84p.
16. CANALES Cerón, Manuel. 2006. Metodologías de investigación social. Santiago, Chile. Editorial LOM. 406p. (Colección Ciencias Humanas).

17. CANO Paños, Miguel Ángel. 2002. ¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica. [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Vol. LV 2002 <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/miguelangelcano.pdf> [consulta: 16 septiembre 2014].
18. CANO Paños, Miguel Ángel. 2004. Posibilidades de “Diversión” por parte del ministerio fiscal en el derecho penal juvenil alemán. Revista de Derecho Penal y Criminología 13. 2ª Época. Pp: 213-267.
19. CANO Paños, Miguel Ángel. 2011. ¿Supresión, mantenimiento o Reformulación del pensamiento Educativo en el derecho penal juvenil? [en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 30 noviembre 2011 <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-13.pdf>> [consulta: 16 septiembre 2014]
20. CARRASCO Jiménez, Edison. 2013. Revisión de la jurisprudencia en materia de antecedentes pretéritos en adolescentes infractores. Fallos que lo acogen y rechazan y sus argumentos de base. Revista de Derecho N°29: 41-64.
21. CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA. 2008. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno. Revista de Estudios de la Justicia N°10: 105-139.
22. CHAHUÁN Sarrás, Sabas. 2009. Manual del Nuevo Procedimiento penal. 6ª ed. Santiago, Chile. Legal Publishing. 384p.
23. CHILE. Fiscal Nacional del Ministerio Público. 2010. Oficio FN N°286/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para los procedimientos especiales del libro IV del Código Procesal Penal. 31 de mayo 2010. 37p.
24. CHILE. Ministerio de Desarrollo Social. 2012. 4º y 5º Informe consolidado de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño, y sus protocolos facultativos. Septiembre 2012. 112p.
25. CHILE. Ministerio de Justicia. 1943. Ley N°7.421: Aprueba Código Orgánico de Tribunales. 9 de julio 1943.
26. CHILE. Ministerio de Justicia. 1979. Decreto Ley N°2859: Fija ley orgánica de Gendarmería de Chile. 15 de septiembre 1979.
27. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.968: Crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto 2004.
28. CHILE. Ministerio de Justicia. 2007. Decreto 1378: Aprueba reglamento de la ley nº 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. 25 de abril 2007.
29. CHILE. Ministerio de Justicia. 2007. Ley N°20.191: Modifica la ley N°20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. 2 de junio de 2007.
30. CHILE. Ministerio de Justicia. Ley N°20.084: Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Ministerio de Justicia. Santiago, 7 de agosto de 2005. 24p.
31. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto 778, Promulga el pacto internacional de derechos civiles y políticos adoptado por la asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas por resolución nº 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. 29 abril 1989.
32. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Promulga convención sobre los Derechos del niño. 27 de septiembre 1990.

33. CHILE. Ministerio de salud. 2000. Aprueba reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan. 14 de julio 2000. 13p.
34. CHILE. Ministerio de Salud. 2009. Orientaciones Técnicas Atención de adolescentes con problemas de salud mental.
35. CHILE. Ministerio Secretaría General de La Presidencia. 2008. Ley N° 20.285: Sobre acceso a la información pública. 20 de agosto 2008.
36. CHILE. Ministerio Secretaría General de la República. 2005. Decreto 100: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 22 septiembre 2005.
37. CHILE. Servicio de Prevención y Rehabilitación del consumo de Drogas y Alcohol, Ministerio de Salud, Servicio Nacional de Menores y Gendarmería de Chile. 2014. Evaluación técnica convenio SENDA-MINSAL-SENAME-GENCHI. Programa de tratamiento y rehabilitación para adolescentes con infracción de ley y consumo problemático de alcohol – drogas y otros trastornos de salud mental. Santiago de Chile.
38. CHILE. Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol. 2013. Resolución Exenta N°305: Aprueba convenio de colaboración técnica entre el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, SENDA, el Ministerio de Salud, el Servicio Nacional de Menores y Gendarmería de Chile, para la implementación de un Programa de Tratamiento Integral de Adolescentes Infractores de Ley con Consumo Problemático de alcohol, Drogas y Otros Trastornos de Salud Mental. 30 de enero 2013.
39. CHILE. Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol. 2014. Resolución N°43: Aprueba Convenio de Prestación de Servicios entre el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, SENDA, y el Servicio de Salud Metropolitano Norte, para la compra de meses de planes de tratamiento para adolescentes infractores de ley con consumo problemático de alcohol, drogas y otros trastornos de salud mental, para los años 2014 y 2015. 6 de marzo 2014.
40. CHILE. Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol. 2014. Resolución exenta N°974: Aprueba Convenio de Prestación de Servicios entre el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, SENDA, y el Servicio de Salud Araucanía Sur, para la compra de meses de planes de tratamiento para adolescentes infractores de ley con consumo problemático de alcohol, drogas y otros trastornos de salud mental, para los años 2014 y 2015. 11 de marzo 2014.
41. CILLERO Bruñol, Miguel. 2008. Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el derecho penal de adolescentes chileno. Documento de trabajo N°13. Unidad de Defensa Penal Juvenil Defensoría Penal Pública. 38p.
42. CILLERO Bruñol, Miguel. ESPEJO Yaksic, Nicolás. 2008. Derechos de los adolescentes privados de libertad en Chile: en busca de la tutela judicial efectiva. Revista general de Derecho penal 9 (2008). Pp: 1-12.
43. CILLERO, Miguel. “*Artículos 10 N° 2° y 3°*”. En: “Texto y comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, libro primero- parte general. Artículos 1° al 105”. POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.). MATUS, Jean Pierre (cord.). Ed. Jurídica de Chile. 2003.
44. CILLERO, Miguel. 2000. Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea] Justicia y Derechos del niño N°2. pp.101-138

<http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos2.pdf>
[consulta: 21 agosto 2014].

45. CILLERO, Miguel. 2003. Garantías, dogmática jurídica y minoría de edad penal: actualidad del pensamiento penal ilustrado. *Justicia y Derechos del niño* (5): pp 9-33.
46. CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. *Justicia y Derechos del Niño* (9): 125-142. agosto 2007.
47. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2007. Observación General N° 10 (2007) Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores. 44° período de sesiones.
48. Consejo para la Transparencia. 22.3.2013. Rol C117-13.
49. Consejo para la Transparencia. 28.1.2011. Rol C88-10.
50. Consejo para la Transparencia. 29.4.2011. Rol C843-10.
51. Consejo para la Transparencia. 6.7.2010. Rol C80-10.
52. Convención Americana sobre derechos humanos. Derechos Humanos de la niñez y la adolescencia. Unicef. Montevideo. julio 2004. 23-36.
53. Corte de Antofagasta. 5.9.2012. RIT N° O-75-2012.
54. Corte de La Serena. 27.9.2010. RIT O-258-2010.
55. Corte de Santiago. 20.11.2009. GJ 353 (2009).
56. Corte de Santiago. 25.11.2009. GJ 353 (2009) (186).
57. Corte de Santiago. 6.5.2009. GJ 347 (2009) (206).
58. Corte de Santiago. 13.9.2012. Rol 1816-2012.
59. Corte de Valdivia. 11.9.2008. Rol 302-2008.
60. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Sentencia de 26 de septiembre 2006, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.
61. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Opinión Consultiva N° 17. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de agosto año 2002.
62. COSTA RICA. Ministerio de Justicia y Gracia. 1996. Ley N° 7576: Ley de Justicia Penal Juvenil. 30 de abril 1996. 25p.
63. Court of Civil Appeals of Texas, Dallas. T.P.S v. Estate of Texas 590 S.W.2d 946 (1979).
64. COUSO, Jaime. 2012. La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo [en línea] *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre): 267-322 < <http://ref.scielo.org/wgd2jy> > [consulta: 20 agosto 2014].
65. CRUZ Márquez, Beatriz. 2012. La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del Derecho penal de adultos. *Estudios de Derecho penal juvenil III*. Pp: 9-32.
66. CUELLO Contreras, Joaquín. 2000. El nuevo Derecho penal de menores. Madrid, España. Civitas. 160 p. (Serie: Cuadernos Civitas).
67. CUELLO Contreras, Joaquín. 2010. Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delinquentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad. En: BENITEZ Ortúzar, Ignacio y CRUZ Blanca, María José. El derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil. España. Universidad de Jaén. 442p.

68. DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS. El juicio por jurado. Los Derechos del Pueblo: Libertad individual y la Carta de Derechos. [en línea]<<http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/publication/2009/06/20090612104523pii0.1179315.html>> [consulta: 1 septiembre 2014].
69. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA JUVENIL. 2013. Orientaciones técnicas para la intervención educativa. Programa de apoyo psicosocial para la reinserción educativa-ASR. [en línea] <http://www.sename.cl/wsename/otros/OT_03-07-2014/OOTT%20ASR%20FINAL.PDF> [consulta: 4 septiembre 2014]
70. DIAZ Muñoz Bagolini, Andrea. 2013. Reglas de Beijing, su aplicación en el marco de las leyes 19.970 y 20.084. Revista de Estudios de la Justicia N°19: 207- 214.
71. DIEMER, Herbert. SCHATZ, Holger. SONNEN, Bernd-Rüdeger. 2011. Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen, Kommentar. Zeitschrift für das Juristische Studium (1): 133-134.
72. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD). Derechos. Niños y adolescentes. Unicef - Ministerio de Justicia. Santiago. enero 2004. 69-75.
73. DITRAGLIA, Caterina. 1998. The worst of both worlds: defending children in juvenile court [en línea] Missouri law review. Issue 2 spring 1998. Volume 63 <<http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol63/iss2/9/>> [consulta: 18 octubre 2015].
74. DUCE, Mauricio y COUSO, Jaime. 2012. El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado [en línea] Política Criminal vol. 7(13): pp.: 1-73. <<http://ref.scielo.org/fycvzw>> [consulta: 8 agosto 2014].
75. DUCE, Mauricio. 2009. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. [en línea] lus et Praxis. Año 15 (1):73-120 <<http://ref.scielo.org/3857y2>> [consulta: 19 agosto 2014].
76. Equipo OIRS: Respuesta OIRS N° 22804 [en línea]. En: <dominique.tapia@ug.uchile.cl> 16 de octubre 2014 <defensoria@dpp.cl> [consulta: 28 junio 2015].
77. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2000. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 13 de enero 2000.
78. ESTADOS UNIDOS. N.Y. FCT. LAW § 303.3: NY Code - Section 303.3: Defenses.
79. ESTADOS UNIDOS. N.Y. PEN. LAW § 40.15: NY Code - Section 40.15: Mental disease or defect.
80. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Roma. 4 de noviembre de 1950.
81. FELD, Barry C. s.d. Juvenile Justice in Minnesota: Framework for the Future. [en línea] <<http://www.crimeandjustice.org/councilinfo.cfm?plD=46>> [consulta: 2 septiembre 2014].
82. FOX, Sanford. Responsibility in the Juvenile Court. William and Mary Law Review Volume 11(8): 659-684.
83. GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2005a. Vol.I.
84. GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal Parte General. 4 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2005b. Vol.II.
85. GOMEZ Raby, Alejandro. 2006. Criminalidad asociada al consumo de drogas y su abordaje por la ley n° 20.084. Naturaleza jurídica de la sanción accesoria de

tratamiento de rehabilitación y otras cuestiones no resueltas. Justicia y Derechos del niño (8):197-217.

86. GRISSO, Thomas. 2007. Progress and Perils in the Juvenile Justice and Mental Health Movement. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law. Volume 35 (2): 158-167.
87. Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice. Comité de Ministros. 17 de noviembre de 2010 Reunión de Viceministros N° 1098.
88. HARRINGTON, Maxine y KEARY, Ann. 1980. The Insanity Defense in Juvenile Delinquency Proceedings. [En línea]. Bulletin of the American Academy of Psychiatry And The Law. 1980. pp.272-279 <<http://www.jaapl.org/content/8/3/272.full.pdf>> [consulta: 25 enero 2014].
89. HERNÁNDEZ, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la consecuente necesaria revisión de su "teoría del delito". Revista de Derecho XX (2): 195- 217. 25p.
90. HERTZ, Randy, GUGGENHEIM, Martin y AMSTERDAM, Anthony G. 2013. Trial Manual for Defense Attorneys in Juvenile Delinquency Cases. 2013 ed. Washington D.C. National Juvenile Defender Center. 1041p.
91. Historia de la ley N°20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Diciembre 2005. 1207p.
92. HORVITZ Lennon, María Inés. 2006. Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. Revista de Estudios de la Justicia, 7: 97-119.
93. HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2002. 638p.
94. JESCHECK, Hans-Heinrich. 2003. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. [en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 1 enero 2003. <<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>> [consulta: 18 octubre 2015].
95. Justicia y Derechos del Niño N°1. 1999. Santiago de Chile. (1).
96. JUVENILE LAW CENTER 2013. Juvenile Life without Parole (JLWOP). [en línea] <<http://www.jlc.org/current-initiatives/promoting-fairness-courts/juvenile-life-without-parole-jlwop>> [consulta: 1 septiembre 2014].
97. Juzgado de Garantía de Ovalle. 3.3.2003. RIT 1701-2001.
98. KAPOOR, Reena y DIKE, Charles C. 2008. Adolescents and the insanity defense. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law. Volume 36 (1): 145-147.
99. KÜNSEMÜLLER Loebenfelder, Carlos. 2005. La Judicialización de la ejecución penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 26 (1): 113-123.
100. LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. 2006. Naturaleza y dimensiones del "Stare Decisis". Revista chilena de Derecho 33(1): 109-124.
101. LUCENA Cayuela, Núria. 2003. El Pequeño Larousse Ilustrado. 9na. Ed. Coedición internacional. Editorial Larousse.
102. MALDONADO Fuentes, Francisco. 2013a. Consideraciones generales sobre las relaciones entre salud mental y Derecho penal de adolescentes en Chile. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado N°3: 195-218.

103. MALDONADO Fuentes, Francisco. 2013b. Prevalencia de patologías de salud mental en la población adolescente privada de libertad: experiencias nacionales y comparadas. *Revista Ius et Praxis*. Año 19(1): 329-362.
104. Marco Legal Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. 2014. [en línea] Servicio Nacional de Menores <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=529>> [consulta: 10 septiembre 2014].
105. MASSEY, Hillary. 2006. Disposing of children: the eighth amendment and juvenile life without parole after roper. [en línea] *Boston College law review*. Issue 5 number 5. 2006. <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol47/iss5/4/>> [consulta: 18 octubre 2015].
106. MATURANA Miquel, Cristián y MONTERO López. 2010. *Derecho Procesal Penal*. Santiago, Chile. Legal Publishing. Tomo I. (Colección Derecho y Proceso).
107. MEDINA Schulz, Gonzalo. 2006. Alemania. En: *Sistemas penales comparados: Principales reformas en la legislación penal y procesal (2003-2006)*. [en línea] *Revista Penal* N° 18 (2006). <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/294/285>> [consulta: 16 septiembre 2014].
108. *Mental Health Care in Juvenile Detention Facilities: A Review*. 2006. Por DESAI, Rani "et al". *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. Volume 34 (2): 204-214.
109. MIGDOLE, Scott y ROBBINS, Judith. 2007. Commentary: The Role of Mental Health Services in Preadjudicated Juvenile Detention Centers. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the law* (35): 168-171.
110. MUÑOZ, Carolina. 2013. Proyecto de Ley de Protección Integral de la infancia: ilusión de universalidad. [en línea] *Apuntes legislativos Observatorio de Iniciativas Legislativas*. Centro de políticas públicas UC <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion.archivo_adjunto.811b4a4053c6562b.4150554e544553204c454749534c415449564f53204ec2ba20323020494e46414e4349412e706466.pdf> [consulta: 13 agosto 2014].
111. NUÑEZ Ávila, René y CORTÉS Rosso, Mauricio. 2012. *Derecho Procesal de Familia La Primera Reforma Procesal Civil en Chile*. Santiago, Chile. Legal Publishing. 558p.
112. OREGON. Hearings of juvenile panel of Psychiatric Security Review Board. 2011. ORS §419C.532.
113. Oregon's Juvenile Psychiatric security review board. 2007. Por Stewart Newman "et al". *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. Volume 35 (2): 247-252.
114. PALLARO, Ha. y GONZÁLEZ-TRIJUEQUE, D. 2009. Informe forense: imputabilidad y trastorno antisocial de la personalidad. *Cuadernos de medicina forense* 15(55): 55-66.
115. PESCE Lavaggi, Eduardo. 1998. Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho penal juvenil. *Revista de Ciencias Penales* N°4: 361-370.
116. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2004. 613p.

117. Prevalencia de trastornos psiquiátricos en adolescentes infractores de ley. Estudio caso-control. 2009. Por Pedro Rioseco "et al". Revista chilena de neuropsiquiatría 47(3): 190-200.
118. Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile. 2011. Santiago de Chile. Marzo 2011.
119. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). Derechos. Niños y adolescentes. Unicef – Ministerio de Justicia. Santiago, enero 2004. 41-56.
120. RODRIGUEZ Papic, Ignacio. 2005. Procedimiento Civil, Juicio ordinario de mayor cuantía. Séptima edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 314p.
121. ROGERS, Jamison y MYERS, Wade. Commentary: The insanity Defense and Youths in Juvenile Court. The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law 41: 496-500.
122. SANBORN, Joseph B. 2001. A Parens Patriae Figure or Impartial Fact Finder: Policy Questions and Conflicts for the Juvenile Court Judge. Criminal Justice Policy Review. Volume 12(4): 311-332.
123. SILVA Sánchez, Jesús-María. 2003. Normas y acciones en Derecho Penal. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Pp. 127-128.
124. Supreme Court of Arkansas. Andrew Douglas Golden v. State of Arkansas. 99-572 (2000).
125. Supreme Court of Illinois. People Ex. Rel. Hanrahan v. Felt. 48 Ill. 2d 171 (1971).
126. Supreme Court of the United States. Breed v. Jones. 421 U.S. 519 (1975).
127. Supreme Court of the United States. In re Winship. 397 U.S. 358 (1970).
128. Supreme Court of the United States. Kent v. United States. 383. U.S. 341 (1966).
129. Supreme Court of the United States. Miller v. Alabama N° 10-9646 (2012).
130. Supreme Court of the United States. Roper v. Simmons. (03-633) 543 U.S. 551 (2005).
131. Supreme Court of the United States. Schall v. Martin. 467 U.S. 253 (1984).
132. TAPIA, Patricia. 2013. Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española. [en línea] Política Criminal. diciembre 2013. Volumen 8 N°16, art.7. pp. 574-579 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf> [consulta: 16 junio 2014].
133. TARDITO Schiele, Sonia. 20 octubre 2014. Carta respuesta solicitud de transparencia folio n° ao100t-0000004 [en línea] En: <dominique.tapia@ug.uchile.cl> 20 octubre 2014 <claudial.lopez@redsalud.gov.cl> [consulta: 9 septiembre 2015].
134. Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. 14.4.2014. Rit 71-2014.
135. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar. 29.6.2010. RIT 167-2010.
136. UNICEF. 2013. Minuta sobre Proyecto de Ley de Protección Integral a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. 5p.
137. UNTERBERGER, Anna. 2011. The insanity defense and Your Client's Constitutional Rights: Arizona, we have a problem. For the Defense. Phoenix, Arizona. Volume 20 issue 4.

138. VALLES Martínez, Miguel. 2003. Técnicas Cualitativas de Investigación Social. Tercera reimpresión. Madrid, España. Editorial Síntesis. 430p. (Síntesis sociología).
139. VERA Vega, Jaime. 2012. Las medidas de seguridad en la ley de responsabilidad penal adolescente (un análisis de sus disposiciones desde la perspectiva de la peligrosidad criminal). Doctrina y Jurisprudencia Penal 12. 57p.
140. VERGARA Blanco, Alejandro. 2009. Derecho Administrativo y supuesta supletoriedad del Código civil. En: La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss. Santiago, Chile. Legal publishing- Abeledo Perrot en coedición con Universidad de Los Andes. Pp. 259-280.
141. WERTH Wainer, Francisca. 2005. Sistemas de justicia juvenil: La experiencia comparada: Estados Unidos, Canadá y Reino Unido. [en línea] Fundación Paz Ciudadana. <<http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2005/05/sistemas-de-justicia-juvenil.pdf>> [consulta: 20 agosto 2014].
142. Wisconsin Supreme Court. Winburn v. State 145 N.W.2d 178 (Wis. 1966). En: WISCONSIN LEGISLATIVE COUNCIL. 1967. Report of the Judiciary Committee and its advisory committee on the children's code. [en línea] p.18 <<http://books.google.cl/books?id=a7gnAQAAMAAJ&printsec=frontcover>> [consulta: 1 octubre 2014]
143. ZAÑARTU, Luz María. 2010. Juez alemán Dirk Helmken enfatizó: "es mejor un sistema penal juvenil separado del de adultos". El Observador (6): 37-46.
144. ZIMRING, Franklin E. 2005. Juvenile or Criminal Court? A punitive theory of Waiver. En: American Juvenile Justice. New York USA. Oxford University Press, Inc. Pp. 139-159.
145. ZUÑIGA, Daniela, VINET, Eugenia y LEÓN, Elizabeth. 2011. Caracterización psicométrica del Psycopathy Checklist: Youth Version (PCL: YV) en adolescentes chilenos. Terapia Psicológica 29 (1): 25-31.

