

8. JUSTICIA MILITAR Y ADOLESCENTES: UN NUEVO ESCENARIO TRAS LA VIGENCIA DE LA LEY 20.084*

Por Gonzalo Berríos Díaz**

Alejandra Díaz Gude***

Alejandro Gómez Raby****

INTRODUCCIÓN¹

El presente análisis trata sobre el efecto de la entrada en vigencia de la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes (LRPA) en el ámbito de la Justicia Militar. La tesis principal del informe es que en virtud de los cambios legales introducidos al ordenamiento jurídico nacional por la mencionada ley, las causas de adolescentes por delitos tipificados en el Código de Justicia Militar (CJM) y en otros cuerpos legales similares — como el Código Aeronáutico —, dejaron de ser de conocimiento de los Tribunales Militares, quedando sujetos exclusivamente a la competencia de los distintos órganos de la Justicia Civil.

* El presente artículo fue difundido como Documento de Trabajo N°11 de la Unidad de Defensa Penal Juvenil y distribuido a todos los defensores, abogados y profesionales de apoyo a la defensa penal juvenil de la Defensoría, en el mes de noviembre de 2007. Un razonamiento similar al planteado en este documento se contiene en los siguientes fallos de la Corte Suprema: CS, Rol 5441-07, de 7 de noviembre de 2007, y Rol 5440-07, de 20 de noviembre de 2007.

** Abogado, Magister en Derecho penal y procesal penal, Jefe Unidad de Defensa Penal Juvenil.

*** Abogada de la Unidad de Defensa Penal Juvenil. PhD in Law, University of Leeds.

**** Abogado de la Unidad de Defensa Penal Juvenil, Magister en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia de la Universidad Diego Portales.

I. BREVE EXPLICACIÓN DE LA SITUACIÓN PREVIA A LA LEY N°20.084

Como es bien conocido, hasta antes de la Ley N°20.084 el estatuto jurídico de los menores de 18 años imputados de cometer un delito consistía básicamente en la exclusión absoluta de responsabilidad criminal bajo los 16 años (Art. 10 N°2 Código Penal -CP-) y en la exclusión relativa de los mayores de 16, pero menores de 18 años, dependiente del hecho de haber obrado o no con discernimiento (Art. 10 N°3 CP).

En caso de haber sido judicialmente declarados que actuaron con discernimiento y condenados por el delito imputado, se les aplicaba la misma pena que correspondía imponer a un adulto, pero atenuada por efecto de la rebaja contemplada en el Art. 72 inc. 1° CP. En caso contrario, y al igual que a las personas menores de 16 años, podían quedar sometidos a alguna medida de protección contemplada en la Ley de Menores N°16.618.

Por su parte, el Código de Justicia Militar en su Art. 135 incisos 2° y 3°, regulaba la situación de los menores de edad, en particular el trámite de discernimiento al que debían ser sometidos, todo ello en concordancia con las exigencias de carácter general derivadas de lo prescrito en el Art. 10 N°2 y 3 CP.

II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE Y SU IMPACTO EN LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR

A partir del 8 de junio de 2007 el escenario normativo cambia sustantivamente con la total entrada en vigencia de la Ley N°20.084 de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Sin embargo, tal modificación no puede entenderse a cabalidad sin una lectura adecuada de los ajustes efectuados al Código Penal, con los que guarda una relación estructural. Como se verá, tales ajustes tienen una relevancia sistemática fundamental para la determinación del alcance del nuevo sistema penal de adolescentes.

¹ "El menor de dieciséis años que aparece inculcado en algún proceso militar, deberá ser puesto de inmediato a disposición del Juzgado de Menores respectivo, como también el mayor de esa edad y menor de dieciocho años que hubiere sido declarado sin discernimiento.

La declaración sobre el discernimiento del menor de dieciocho años, pero mayor de dieciséis, la hará el Juzgado de Menores respectivo; salvo la del que fuere militar o alumno de algún establecimiento militar de enseñanza y a quien se le imputare un delito de jurisdicción militar, que será pronunciada por el juzgado institucional, el que deberá oír previamente a un psicólogo, a un psiquiatra o a un médico idóneo. La resolución del juzgado institucional deberá ser consultada a la Corte Marcial respectiva, cuando el delito tuviere señalada pena aflictiva". Recuérdese que por la Ley de Tribunales de Familia, a partir del 1 de octubre de 2005, toda referencia hecha a los Juzgados de Menores debe entenderse realizada a los actuales Juzgados de Familia (Art. 119 de la Ley N°19.968).

En primer lugar, el Código Penal es modificado sustancialmente en las normas que regulan la situación de los menores de edad². Así, el nuevo Art. 10 N°2 señala: "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"³. Por su parte, se deroga el N°3 del mismo artículo terminando así con el sistema del discernimiento y la posibilidad de que adolescentes de 16 y 17 años pudieran quedar sometidos al sistema penal de adultos. Además, también se deroga el inciso primero del Art. 72 CP que atenuaba las penas de adultos aplicables a los menores declarados con discernimiento y condenados.

El siguiente cuadro compara la situación actual con la anterior a la vigencia de la LRPA:

CÓDIGO PENAL PREVIO A LEY 20.084	CÓDIGO PENAL VIGENTE
Art. 10 N°2: "Están exentos de responsabilidad criminal: 2. El menor de dieciséis años".	Art. 10 N°2: "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".
Art. 10 N°3: "El mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que consista que ha obrado con discernimiento".	Art. 10 N°3: Derogado.
Art. 72 inc. 1°: "Al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento, se le impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley al delito de que sea responsable".	Art. 72 inc. 1°: Derogado.

Una primera conclusión que se desprende del nuevo texto es que, en rigor, la edad para quedar sometido directa y totalmente³ al sistema criminal de adultos se elevó desde los 16 a los 18 años, encargándose a una ley especial la regulación de la

² Art. 60 de la Ley N°20.084.

³ Con tal idea sólo queremos destacar que, por la vía de la supletoriedad, son aplicables a los adolescentes algunas normas de los adultos, pero no el sistema que los rige.

responsabilidad penal de los jóvenes entre 14 y 17 años. Al respecto, es relevante tener presente lo indicado en el Mensaje del proyecto de ley: "Considerando que el actual régimen relativo a la edad penal consagra los dieciocho años como regla general, lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y en las normas internas sobre mayoría de edad civil, el Proyecto estableció en dieciocho años la edad de la exención de la responsabilidad penal de adultos, modificando en tal sentido el artículo 10 N°2 del Código Penal. Esta decisión es concordante con las tendencias observadas en el derecho comparado, tanto de América Latina como de Europa"⁴.

Así como antes de su reforma, del Art. 10 N°2 y N°3 se derivaba que los menores de 18 años y también aquéllos que fueron declarados sin discernimiento, quedaban sometidos — si correspondía — a la Ley de Menores, hoy con su nueva redacción se establece en el propio Código Penal que los menores de 18 años quedan excluidos del sistema de adultos y sujetos únicamente a una ley de responsabilidad penal especial a partir de los 14 años. Si bien los adolescentes son responsables, tal responsabilidad es (debe ser) diferente de la de los adultos y se regula en un sistema especialmente previsto para ellos⁵. En este sentido, la mayoría de edad penal de 18 años se transforma en una barrera político-criminal⁶ entre dos sistemas penales diferentes: el que rige a las personas mayores de 18 años — los adultos — y el que se refiere a los menores de tal edad, pero mayores de 14 años — los adolescentes —.

Resulta bastante claro de la segunda parte del Art. 10 N°2 CP que, respecto de las personas entre 14 y 17 años, el único estatuto jurídico que se les puede aplicar es el regulado en la ley de responsabilidad penal juvenil. La redacción imperativa de la norma no deja dudas con respecto al carácter exclusivo y excluyente de la LRPA como cuerpo normativo aplicable a los adolescentes imputados de cometer algún delito. De acuerdo con la historia fidedigna de la ley, estas modificaciones al Código Penal buscaban "establecer, expresamente, que los menores de 18 años deberán ser enjuiciados de conformidad a esta nueva normativa"⁷. La idea de fondo es la primacía de un estatuto especial basado en la edad de las personas por sobre cualquier otra consideración.

⁴ Mensaje, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 24^a, 6 de agosto de 2002, p. 75.

⁵ Ilustrativa es la distinción que realiza Juan Bustos Ramírez entre la responsabilidad penal criminal y la no criminal, en "Imputabilidad y edad penal", Obras Completas, Tomo II, Control social y otros estudios, ARA Editores, Lima, 2004, pp. 719-734.

⁶ Al respecto véase por todos a Miguel Cillero, en "Texto y Comentario del Código Penal Chileno", Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 113-114.

⁷ Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 7^a, 22 de junio de 2004, p. 250.

Coherente con lo señalado en el Art. 10 N°2 CP, el Art. 1 de la Ley N°20.084 ("Contenido de la ley") establece el alcance de la nueva legislación señalando que "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". Esto es, tiene por objeto regular todos los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución aplicables a los adolescentes, sin perjuicio de que por razones de técnica legislativa, el legislador optó por introducir remisiones a las normas generales de carácter penal y procesal penal (así, Art. 1 inc. 2° y Art. 27 inc. 1°) en aquellos aspectos no regulados por la LRPA. Naturalmente, ello será posible siempre que no se contradigan las normas especiales para los jóvenes, no tan sólo porque vayan contra el texto de la LRPA, sino porque de su aplicación se puedan afectar las finalidades especiales de la LRPA: no parece posible aceptar argumentaciones formalistas que, eludiendo toda justificación racional, permitan sin más — al amparo de una mal entendida "remisión en lo no previsto" — la aplicación de ciertas normas de adultos cuando con ello se vulnere abiertamente el espíritu y la *ratio legis* de la legislación especial de los adolescentes.

Como se desprende de su claro tenor literal, el Art. 1 se refiere a todos los delitos previstos en nuestro sistema jurídico, sin efectuar ninguna clase de exclusión o distinción, salvo en el caso de las faltas (inc. 3°). En relación con ello, precisamente un ámbito fundamental en que ha de tener una aplicación supletoria el Código Penal y las leyes penales especiales — "en lo no previsto" por la LRPA, como señala su inc. 2° —, es en la definición y descripción típica de los delitos, toda vez que la Ley N°20.084 no contiene un catálogo propio de tipos penales. No parece discutible que se ha de comprender dentro de la categoría de "leyes penales especiales" al Código de Justicia Militar y otros cuerpos legales similares y, por tanto, a los delitos en ellos descritos.

Por su parte, el Art. 65 LRPA modificó el Código Orgánico de Tribunales (COT) dotando a los juzgados de garantía y a los tribunales orales en lo penal de la debida competencia material para "conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden" (Arts. 14 letra g) y 18 letra d) COT, respectivamente). Como se ha señalado, entre estas cuestiones y asuntos se encuentran naturalmente las funciones jurisdiccionales relativas a los delitos cometidos por los adolescentes tipificados en el Código Penal y en las leyes penales especiales, incluido el Código de Justicia Militar, a los que hace referencia el Art. 1 LRPA.

Refuerza lo anterior, lo dispuesto en el inc. 1° del Art. 27 LRPA, en materia procesal penal: "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”.

Por las razones anteriores, al haber dejado de ser de conocimiento de los tribunales militares los delitos cometidos por adolescentes, no hay ningún problema de constitucionalidad para que el Ministerio Público pueda ejercer en plenitud todas sus funciones en estas materias, de acuerdo con lo que establece el inciso final del Art. 83 de la Constitución Política de la República⁸. Lo mismo se puede afirmar respecto de la competencia de la Defensoría Penal Pública para prestar sus servicios de defensa penal (Art. 2, Ley N°19.718).

Además, cuando el Art. 62 LRPC modifica el Art. 135 CJM, sustituyendo sus incisos 2° y 3°⁹ por: “Los menores de edad exentos de responsabilidad penal serán puestos a disposición del tribunal competente en asuntos de familia”, no hace si no adecuar su contenido a la nueva realidad jurídica derivada de las reformas al Art. 10 N°2 y 3 CP y de la creación de la LRPC. Así, en lo esencial con esa reforma se eliminan por innecesarias las referencias al trámite del discernimiento, tal y como se hace en el Art. 61 LRPC, que deroga el Art. 26 de la Ley N°18.287 sobre Procedimientos ante los Juzgados de Policía Local, que también hacía referencia al discernimiento¹⁰. Asimismo, las modificaciones introducidas en la Ley de Menores por el Art. 63 LRPC, aunque con un alcance mucho más amplio, también dicen relación con la eliminación del examen de discernimiento.

Debemos precisar, en relación al nuevo inc. 2° del Art. 135 CJM, que entendemos la referencia a “los menores exentos de responsabilidad penal” en relación con aquellos niños que no quedan sujetos a la LRPC, esto es, los menores que no han cumplido 14 años de edad, pues además de argumentos de texto (como la referencia expresa que hace la misma norma a los tribunales de familia), no parece razonable sostener que los menores de 18 años que cometan un delito descrito en el CJM queden penalmente impunes y sólo sujetos a medidas de protección impuestas por un Tribunal de Familia. Lo razonable y ajustado a derecho es que su responsabilidad penal quede sujeta a la Ley N°20.084, como se sostiene en este análisis.

⁸ El inciso final del Art.83 de la Constitución Política de la República (CPP), establece la excepción a las facultades otorgadas al Ministerio Público: “El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuran el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen”. El destacado es nuestro.

⁹ Véase su contenido en la Nota 1.

¹⁰ Véase 2° Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 32ª (anexo documentos) de 6 de septiembre de 2005, p. 3087; la “Comisión estimo atendibles estas indicaciones, por cuanto ellas son consecuencia necesaria de la supresión del trámite del discernimiento”.

A mayor abundamiento, conviene recordar que, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha planteado como criterio interpretativo sobre estas materias que “la jurisdicción militar es una justicia de excepción, siendo la jurisdicción común la regla general, lo cual implica que la justicia militar debe ser susceptible de interpretación restrictiva y, en caso de duda, debe optarse a favor del fuero común u ordinario”¹¹.

Finalmente, de sostenerse una interpretación distinta a la aquí establecida y, por tanto, afirmar que los Tribunales Militares mantienen su competencia para conocer y fallar las causas de adolescentes pese a los importantes cambios introducidos en el ámbito subjetivo de aplicación del derecho penal (entendido éste en un sentido amplio, comprensivo, tanto del subsistema de adultos, como del subsistema de adolescentes), se presentarían las siguientes contradicciones y resultados irracionales y absurdos, que conviene tener presente:

1. Si se interpretara que los cambios al Art. 135 CJM dicen relación tan sólo con que en el ámbito militar ya no es necesario hacer el examen de discernimiento, tendría que aceptarse que, por la nueva redacción introducida a dicho artículo y al Art. 10 N°2 CP, los límites de edad fueron ampliados alcanzando ahora la justicia militar a los adolescentes de 14 y 15 años. En otras palabras, tal interpretación implica que con la Ley N°20.084 el Estado de Chile amplió la competencia para juzgar civiles (adolescentes) por parte de los tribunales militares. Si antes aquélla sólo alcanzaba a los jóvenes de 16 y 17 años siempre y cuando hubieran sido declarados con discernimiento, hoy se habría ampliado su espacio de acción a los adolescentes de 14 y 15 años.

2. Con dicha interpretación se profundizaría aún más la contradicción del ordenamiento jurídico nacional con los mandatos de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), tal y como quedó asentado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al **Caso Palamara vs. Chile**. Después de constatar no sólo la violación de las libertades de pensamiento y de expresión y el derecho a la propiedad privada, sino también violaciones al derecho a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, el fallo de la Corte ordena al Estado de Chile adecuar en un plazo razonable la normativa interna en materia de justicia militar para que, entre otras cuestiones, “en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares”¹².

¹¹ Caso *Casti Hurtado vs. Perú*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 148, citando la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹² Punto Resolutivo 14, párrafo 269, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

3. Tal situación se agrava debido al especial estatuto de protección del cual gozan los adolescentes. En efecto, la nueva justicia juvenil establece para los adolescentes todas las garantías del debido proceso aplicables a los adultos, más ciertas garantías especiales otorgadas en razón de su edad, que los coloca en una situación más beneficiosa que los adultos, de conformidad a lo ordenado por los propios tratados internacionales (Art. 19 en relación al Art. 8 de la CADH, Arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño - CDN -). Esta situación más ventajosa, por su parte, se refleja en varias normas de la Ley N°20.084, no sólo en su sistema de sanciones, sino que además, y muy particularmente, en las normas que limitan el uso de la privación de libertad.

4. Desde esta perspectiva, las normas sobre procedimiento contempladas en el Código de Justicia Militar, al no satisfacer las garantías del debido proceso (Art. 8 CADH), como lo ha dejado claramente establecido la Corte Interamericana en el caso Palamara, menos aún satisfacen el estatuto especial de protección de los niños, que es más exigente (Arts. 37 y 40 CDN). Ello, por ejemplo, es particularmente preocupante, no sólo en relación al derecho al tribunal competente, independiente e imparcial, sino que además, en el ámbito del derecho a la libertad personal. Tratándose de adolescentes, las restricciones a la libertad personal deben ser aún más excepcionales que en el caso de adultos y están sujetas a mayores limitaciones (Art. 37 letra b CDN; Arts. 26, 31, 32, 33 y 47 de la Ley N°20.084). Sin embargo, en el CJM, la prisión preventiva es la regla general, y no se establecen las mismas limitaciones a su procedencia que para el caso de los adolescentes sujetos a la LRPC. En el caso del derecho a defensa, no sólo las normas sobre secreto que rigen el sumario en el proceso penal militar atentan contra el ejercicio del derecho a defensa, sino que además, los adolescentes que sean juzgados por Tribunales Militares no tendrían derecho a un defensor penal público de no contar con un abogado privado de confianza o con los recursos necesarios para costearlo.

5. La aplicación, según la opinión que criticamos, del CJM a los adolescentes vulneraría abiertamente la Constitución Política de la República (CPR), especialmente la igualdad ante la ley (Art. 19 N°2), la igual protección en el ejercicio de los derechos (Art. 19 N°3 inciso 1°) y el derecho al debido proceso (Art. 19 N°3 inciso 5°), si consideramos el trato desigual más desfavorable que tendrían los adolescentes en la justicia militar con respecto a la justicia civil.

6. Por último, otra contradicción relevante es que, al derogarse el inciso 1° del Art. 72 CP sobre la atenuación de las penas por delitos cometidos por menores de edad (que era aplicable de acuerdo con el Art. 205 CJM), tendríamos que asumir que con esta interpretación los adolescentes sometidos a la jurisdicción militar

ahora deberían ser sancionados con la misma magnitud de pena que los adultos, violando flagrantemente las disposiciones del Art. 1, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, resultando la legislación claramente regresiva en el respeto de sus derechos y, por tanto, empeorando su condición jurídica frente al sistema penal.

Por las razones antedichas, tampoco es posible aplicar el Art. 11 CJM¹⁹, norma que "arrastra" hacia la competencia de la justicia militar a quienes no están sujetos al fuero militar cuando el autor sí lo está. Además de atentar contra la legislación y normas de competencia especiales que existen en materia de adolescentes infractores, se producirían las mismas injusticias y contradicciones supra indicadas (ampliación etárea de la competencia de la jurisdicción militar, igualación con las penas de los adultos, etc.). Se agrega, asimismo, un nuevo absurdo: el autor adolescente de un delito tipificado en el CJM sería juzgado de acuerdo con la Ley N°20.084, pero si es coautor o un mero partícipe del hecho de un autor adulto, se le juzgaría en los tribunales militares, lo que nos lleva a rechazar la posibilidad de que el Art. 11 CJM resulte aplicable a los adolescentes.

En definitiva, la interpretación sistemática, literal y teleológica del Art. 10 CP, del Art. 1 LRPC, de los ajustes introducidos en las competencias materiales de los juzgados de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal, y de las demás normas comentadas, permite concluir que los adolescentes que cometen delitos tipificados en el Código de Justicia Militar y en otros cuerpos legales similares y que, en su caso, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil eran de competencia de la Justicia Militar (Art. 5 CJM), hoy deben ser juzgados exclusivamente por la Ley N°20.084, debiendo ser investigados y acusados por el Ministerio Público, defendidos por la Defensoría Penal Pública si carecen de abogado, y amparados y resueltos sus casos por los Tribunales Civiles con competencia en lo penal.

¹⁹ Art. 11 CJM: "El Tribunal Militar tendrá jurisdicción para juzgar no sólo al autor de un delito de jurisdicción militar, sino también a los demás responsables de él, aunque no estén sujetos a fuero. Tendrá, asimismo, jurisdicción para conocer de los delitos que sean conexos, aun cuando independientemente sean de jurisdicción común, salvo las excepciones legales. No se alterará la jurisdicción cuando el Tribunal Militar, al dictar el fallo, califique como delito común un hecho que se tuvo como delito militar durante la tramitación del proceso".

INFORMES EN DERECHO

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL JUVENIL I

a Juan Bustos Ramírez

in memoriam

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

Santiago de Chile • Noviembre 2009