



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magíster en Derecho Penal Versión II

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS

**“APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA COMPRENSIÓN DEL
ADOLESCENTE DE LAS ALTERNATIVAS PROCESALES EN EL SISTEMA PENAL
EN RELACIÓN A LA AUTOINCRIMINACIÓN”**

RODRIGO SEBASTIÁN DONOSO OLEA

13.202.863-K

Profesor Guía: Gonzalo Berríos Díaz

Santiago, Diciembre de 2018

RESUMEN.

El trabajo efectúa un análisis centrado en los sistemas jurídicos en materia de derechos de la niñez y adolescencia, desde un sistema tutelar de menores hacia la autonomía progresiva, efectuando las necesarias vinculaciones con un sistema de derecho procesal penal especializado en justicia juvenil, así como el derecho a ser oído de los adolescentes, la procedencia de la autoincriminación reglada, teniendo como elemento de ponderación la etapa de maduración y los elementos cognitivos propios del tramo etario, desde una aproximación de la psicología adolescente.

En atención a ello, se realizará un análisis de las modificaciones normativas actualmente tramitadas y que inciden directamente en la materia, efectuando propuestas de acción vinculadas a los elementos expuestos, observando la Jurisprudencia nacional y extranjera que reviste atinencia a los temas objeto de análisis.

PALABRAS CLAVE.

Participación, autoincriminación, debido proceso, elementos cognitivos de la adolescencia, sistema especializado.

INDICE

INTRODUCCION.	1
1. CAPITULO PRIMERO “APROXIMACIÓN AL PROBLEMA PLANTEADO”.	2
1.1 Tutelarismo y Autonomía Progresiva.	2
1.2 Debido Proceso y Adolescentes.	5
1.3 Aspectos cognitivos de la adolescencia como aproximación al problema.	9
2. CAPITULO SEGUNDO “COMPRENSIÓN Y PARTICIPACIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL SISTEMA PENAL Y AUTOINCRIMINACIÓN REGLADA”.	15
2.1. Derecho a ser Oído y Participación.	15
2.2. Renuncia de Derechos y Autoincriminación Reglada.	22
2.2.1. Procedimiento Abreviado.	22
2.2.2. Confesiones efectuadas por Adolescentes.	31
2.2.3. Participación y Artículo 31° de la ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.	33
2.2.4. Relación de Abogado e Imputado Adolescente.	36
2.3. Análisis de Jurisprudencia Relevante.	41
2.3.1. Caso Gillick V. West Norfolk and Wisbech área Health Authority.	42
2.3.2. Caso in Re E. T. C. Juvenile.	44
2.3.3. Caso T y V contra Reino Unido.	46
2.3.4. Caso Instituto Nacional de Derechos Humanos contra IX Zona Araucanía, Carabineros de Chile.	51

3. CAPITULO TERCERO “MODIFICACION NORMATIVA Y PROPUESTAS”.	54
3.1. Proyecto de ley que promueve modificaciones legales relativas a la comprensión del sistema penal por adolescentes.	54
3.2. Propuestas de acción.	61
3.2.1. Sistemas de control en Sede Investigativa.	62
3.2.2. Consentimiento a la vía autoincriminatoria.	63
3.2.3. Sanciones privativas de libertad en Procedimientos Abreviados.	64
3.2.4. Fortalecimiento del sistema adversarial en la Justicia Juvenil.	68
CONCLUSIONES.	69
BIBLIOGRAFIA.	71

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como principal propósito, abordar los elementos centrales relativos a la comprensión de niños y adolescentes en referencia a las alternativas procesales del sistema penal, con especial énfasis en la autoincriminación reglada, aspectos que constituyen lo medular del análisis efectuado.

De esta forma el trabajo se centrará en primer término, en efectuar una observación a los principales sistemas jurídicos en relación a la infancia, determinando el impacto generado por la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño, en lo vinculado al debido proceso juvenil y la especialización del mismo.

En este capítulo finalmente se observaran los elementos cognitivos de la infancia, en vinculación a la defensa material de niños y el adecuado nivel de entendimiento respecto del proceso penal y el alcance de las decisiones adoptadas.

Proseguirá el trabajo, observando la institución de la autoincriminación reglada en adolescentes, deteniéndose en el derecho a ser oído, en concordancia, con la renuncia de derechos, las confesiones efectuadas por adolescentes, así como la especial relación existente entre abogado y cliente adolescente, adentrándonos en el análisis de jurisprudencia que esclarecerá la temática abordada.

Finalmente, se analizarán el proyecto relativo a modificación normativa, efectuando propuestas de acción desde diversos aspectos, vinculadas a los elementos de control de la participación en diligencias investigativas, autoincriminación y manifestación de voluntad, medidas privativas de libertad y el fortalecimiento del sistema adversarial en materia de adolescentes.

CAPITULO I: APROXIMACIÓN AL PROBLEMA PLANTEADO.

1.1. TUTELARISMO Y AUTONOMIA PROGRESIVA.

Con la finalidad de acercarnos al tema central del presente trabajo, debemos precisar de qué manera y en un somero análisis, cual ha sido el trayecto efectuado por los derechos de la niñez y la adolescencia para que en definitiva la participación establecida en el artículo 12° de la Convención sobre Derechos del Niño, como analizaremos más adelante, se plasme sobre el conocimiento y comprensión del sistema procesal penal. La tarea de este capítulo entonces dice relación con fijar brevemente los sistemas jurídicos más relevantes vinculados a la infancia para finalmente comenzar a abordar el tema de fondo, con el objetivo de dar claridad al cúmulo de circunstancias que se analizarán. De esta forma, no se pretende, efectuar un análisis extenso ni exhaustivo de los sistemas históricos, por exceder los fines del trabajo, sino limitarlo en el sentido expresado.

Resulta un hecho irrefutable que la aprobación de la Convención los Derechos del Niño en el año 1989, marcó un nuevo paradigma del tratamiento de la niñez e influyó cabalmente en el establecimiento de un derecho penal especializado.

Lo anterior, debido a que en primer término se supera una supuesta lógica de la situación irregular en la que se encuentran los jóvenes y niños excluidos de los medios formales de protección como la familia, la escuela y la comunidad. La peligrosidad social de los niños y adolescentes en dicha posición habilitaba y admitía una absoluta posibilidad de intromisión a su respecto por parte del estado en caso de requerirse una respuesta eficaz y severa, permitiendo que se considerara un objeto al niño, carente de derechos, un elemento para moldear dentro de la lógica de intervención que a menudo penalizaba situaciones de pobreza y falta de recursos materiales.

¿Por qué dicha descripción es necesaria, para explicar la exigencia de participación y comprensión del ejercicio de derechos? En primer término y aunque resulte evidente decirlo, en ese contexto no existía ninguna opción real, técnica ni material de que la

infancia vulnerada y criminalizada pudiese ser considerada, escuchada, ni menos aún pudiese determinar ni comprender los alcances de un proceso penal seguido en su contra.

En segundo lugar, dicha situación nos permite graficar lo que ocurrió a continuación, que precisamente consiste en la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño, instrumento que se erige como fuente de derechos y principalmente establece el principio de la autonomía, que se traduce en que los estados consideren a los niños y adolescentes como sujetos, libres, pensantes, y autónomos, no como seres humanos inferiores, sino que plenos y en proceso de desarrollo y maduración.

Tal como plantea Michael Freeman: “Debemos partir reconociendo —cosa nada de sencilla para varios de nuestros jueces y juezas— que, en el contexto de la Convención, los niños dejan de ser objetos de política y regulación, para pasar a convertirse en sujetos de derecho”.¹

Razona acertadamente Freeman, al establecer que la tarea de reconocer la autonomía no resulta sencilla puesto que existe aún a prácticamente a 30 años de la aprobación de la Convención, un resabio de tutelarismo en las decisiones que adopta el estado frente a niños y adolescentes, obviando sus decisiones y su nivel de entendimiento. En este sentido resulta un hecho público y evidente, las reformas que se intentan implementar en las políticas de infancia, medidas que pretenden frenar las serias deficiencias en la aplicación de políticas públicas hacia la niñez en las últimas décadas y que se han nutrido de un tutelarismo basado en la tesis de la situación irregular.

Ello, resulta una demostración empírica del proceso vivido en general en Latinoamérica desde la dictación de la Convención, puesto que como señala Mary Beloff

¹ FREEMAN, Michael. *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, En: Revista de Derechos del Niño, números 3 y 4, UNICEF, 2006. pp. 251-275.

al describir la adecuación: “La originalidad del proceso radica en el contenido de las nuevas leyes, que se elaboran con el objetivo de construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado en la reforma legal, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención Internacional. Ese fue el objetivo y al mismo tiempo el límite de la reforma”.² De esta forma, las preguntas, que debiésemos plantearnos, son: ¿La adecuación descrita o dicho camino irreversible desde el derecho tutelar a la autonomía y a la protección integral reconoce algún límite?, ¿Es el adolescente completamente libre en la toma de sus decisiones? Indudablemente, la primera respuesta que podemos plantear frente a las interrogantes sería afirmativa, pero parcial o progresiva. Tal como lo examinaremos, el grado de desarrollo de un adolescente no es idéntico al del adulto y no por un capricho argumentativo, sino porque los elementos científicos así lo han señalado por tanto debe el estado armonizar la autonomía progresiva, guardando que la manifestación de voluntad sea informada y consciente independientemente de la sede en que dicha manifestación volitiva se verifique.

En ese contexto, debe determinarse o ensayarse una repuesta acerca del nivel tolerable y permitido de intervención del estado como modelo corrector o morigerador de la autonomía pura del adolescente en la toma de decisiones. Dicho conflicto, no resulta menor y su decisión no es pacífica, puesto que resolverlo implica determinar cuán incapaz creemos a determinado adolescente y en definitiva cuán tutelar nos permitimos ser en determinadas situaciones. De nuestra experiencia nacional y del derecho comparado, fácil resulta concluir, que el purismo absoluto en esta materia es inexistente y la autonomía aunque parezca evidente mencionarlo es progresiva.

Pero cuál es aquel límite, en este punto y siguiendo en esto a Domingo Lovera, podemos señalar que: “Ni la sola voluntad del niño, decide los asuntos en que se definen

² BELLOF, Mary. Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina Actual, [en línea] *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 2005, número 1, p. 99. <www.palermo.edu> [consulta:20 de octubre de 2018]

sus intereses, ni todos los niños, niñas y adolescentes se encuentran en un mismo nivel de desarrollo de su autonomía”.³

Lo anterior, claramente obedece a que la progresividad reconoce en la maduración y las posibilidades de captar adecuadamente el entorno, como los límites del ejercicio de la autonomía. Como ha planteado Malcom Dodds, citado en la obra recién señalada: “En el derecho comparado el criterio que se ha venido imponiendo es el de la autonomía progresiva, es decir, el criterio que asume que los niveles de autonomía de las decisiones de los niños varían de acuerdo a factores y circunstancias específicas de cada caso, atendiendo, en especial, la edad, madurez y capacidad de comprensión de los involucrados”.⁴

1.2. DEBIDO PROCESO Y ADOLESCENTES.

Frente a la cuestión principal de este artículo, consistente en establecer el adecuado nivel de entendimiento de los adolescentes frente al proceso penal, resulta del todo imprescindible situar la problemática dentro de un contexto más amplio.

En ese aspecto el debido proceso conceptualizado como principio, derecho fundamental y garantía, en el ámbito directamente punitivo aparece inmediatamente ligado a la observancia íntegra con un conjunto de derechos fundamentales que se incorporan en el debido proceso legal, dentro de un estado constitucional de derecho y que necesariamente en la adolescencia y la niñez tienen una protección reforzada.

La primera manifestación de especialidad del sistema procesal penal adolescente, como expresión causal y necesaria de las garantías ya referidas nos reconduce a la

³ LOVERA, Domingo. *Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: de la Protección a la Autonomía*, En: Justicia y Derechos del Niño, número 11, UNICEF, 2009. p. 18.

⁴ DODDS, Malcolm. *Family Law 126 (Old Bailey Press: 2004)* En: LOVERA, Domingo. *Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: de la Protección a la Autonomía*. Justicia y Derechos del Niño, número 11, UNICEF, 2009. p.19.

necesidad de crear un sistema de enjuiciamiento autónomo del derecho procesal penal de adultos, avanzando del antiguo modelo tutelar siendo evidente que la realidad creada por la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, produce el efecto de crear particularidades que se ven íntimamente ligadas con el tema central de este trabajo, esto es, la capacidad concreta de conocimiento y el entendimiento del adolescente de dicho sistema.

Siguiendo en este punto a Albrecht, la cuestión central, no es la mera: “equiparación material y formal del Derecho Penal de menores al de mayores. El ordenamiento jurídico tiene que otorgarle un estatus especial normativo a los menores que se encuentran en el período de desarrollo respecto a los mayores”.⁵

Lo anterior, por una parte nos mueve a reflexionar que no basta con el esfuerzo normativo de la ley, en torno a asimilar, el procedimiento de adultos a la realidad adolescente, mediante reenvíos genéricos, sino que obliga en concreto a establecer derechamente un marco normativo especializado de juzgamiento que determine al niño y adolescente como un especial sujeto de derecho, pero sujeto al fin, en detrimento de una posición general de trasladar las garantías del proceso penal a un sistema de juzgamiento autónomo, dentro de su etapa de desarrollo particular.

Esta interpretación, logrará restringir de manera eficaz, cualquier intento de ampliar facultades tutelares en el sistema penal de adolescentes fundamentándose en un potencial ejercicio de interés educativo o resocializador, supliendo la autonomía de la voluntad de los jóvenes.

En razón, de lo necesario que aparece establecer criterios efectivos de diferenciación del enjuiciamiento de adultos, nutriendo de contenido propio al proceso juvenil, estimamos apropiado los señalado por Duce, quien ha expresado: “Del análisis más específico de los instrumentos del sistema internacional me parece que los principales

⁵ ALBRECHT, Peter. *El Derecho Penal de Menores*. Barcelona, Editorial PPU, 1990. p. 406.

aspectos en donde el principio de especialidad se traduce en diferencias significativas de reforzamiento o ampliación de garantías del debido proceso son cuatro: El fortalecimiento de la libertad y las mayores restricciones a su privación en el proceso; exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso; mayores resguardos al derecho de defensa (en diversas manifestaciones); y, exigencias más estrictas para la renuncia de derechos del debido proceso.”⁶

Lo precisado con anterioridad en nuestro entender proporciona contenido material al concepto de especialización de proceso juvenil precisando el concepto determinando con claridad el contorno jurídico de exigencias mínimas que deben formularse en contraposición del proceso de adultos. En este punto y en cuanto al ejercicio mismo de ciertas garantías por los adolescentes, siguiendo en esto a Berríos, en la distinción formulada a propósito de defensa técnica y material, el concepto de esta última: “...tiene relación con una visión amplia de la defensa, entendida como el derecho a ser oído (escuchado) y la de intervenir en el juicio, concepción que puede ser desagregada, a su vez, en varios subcomponentes que la concretizan. De este modo, el derecho de defensa material debe garantizarse desde el principio de la persecución penal y hasta la completa de la persecución y hasta la completa ejecución de la sentencia e incluye el derecho a declarar como medio de defensa o a guardar silencio (derecho a no autoincriminarse); a conocer los cargos que se dirigen contra el sujeto y a contradecir la acusación, a presentar sus propias pruebas y a refutar las contrarias; y a preparar adecuadamente, en tiempo y medios, la defensa de su caso”.⁷

⁶ DUCE, Mauricio. 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*, 2009, volumen 15, número 1, pp. 84-85. <www.scielo.conicyt.cl> [consulta: 26 noviembre 2018]

⁷ BERRÍOS, Gonzalo. *El derecho de defensa penal y la Convención sobre los Derechos del Niño: una exigencia de Especialización*. En: Una deuda pendiente en la Ciudad de Buenos Aires: Justicia penal especializada para personas menores de edad, 1° Edición, Buenos Aires, Ernesto Blanck, 2012. p.101.

Situados en dicho escenario, el mandato especial de protección de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia consiste en que en todas las decisiones administrativas, así como en los procedimientos judiciales, se debe efectuar un diferente tratamiento jurídico de los adolescentes imputados de cometer una infracción a la ley penal, de cualquier otra situación de amenaza o vulneración de derechos.

Solo efectuado este vínculo necesario con el debido proceso aparece en toda su magnitud la necesidad de verificar en el plano concreto la manera en que se materializan las circunstancias particulares del entendimiento de adolescentes y niños frente a un sistema estatal de castigo.

Tal como lo plantea Mary Beloff: “En cuanto a la política criminal, se reconocen a las personas menores de dieciocho años todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales según constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas que corresponden a la condición de personas que están creciendo. Es importante insistir en que en un modelo de protección integral la circunstancia de estar creciendo no implica pierden la condición de sujeto”.⁸

De este modo la limitación en sí, de la percepción del derecho a participar ya anuncia el escaso entendimiento de la persecución penal. El derecho del niño a ser oído, debe ser entendido como un derecho y no una carga procesal cuestión que emerge a través del análisis artículo 12° de la Convención sobre Derechos del Niño, según se explicará en su oportunidad, puesto que en dicha norma no se usa en ningún momento la palabra "deber", "carga" u "obligación procesal", sino que se insta a que se exprese la opinión de los niños y adolescentes libremente, por tanto, en todo lo concerniente a la niñez debe

⁸ BELOFF, Mary. Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina [en línea] *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 2000, p. 165. <www.palermo.edu> [consulta: 20 de octubre de 2018]

interpretarse esta idea de modo libre y no perentorio de manifestación de voluntad, permitiendo el ejercicio de este derecho en todo aquello que afecte el interés superior del niño.

Efectuada esta breve descripción relativa al debido proceso y la adolescencia, debemos ocuparnos de observar necesariamente como se manifiesta la comprensión del adolescente en el proceso penal, analizando la particular etapa etaria del niño y de las consideraciones científicas a este respecto, determinando si el adolescente comprende plenamente lo que se le plantea en su toma de decisiones, todo dentro de un proceso que ajuste a las garantías de justicia y racionalidad. Es decir, si la decisión es fruto de un análisis del joven, respecto de los efectos de su decisión correctamente entendida como consecuencia jurídica penal.

1.3. ASPECTOS COGNITIVOS DE LA ADOLESCENCIA COMO APROXIMACIÓN AL PROBLEMA.

Tal como se ha referido previamente existe un requisito mínimo al ejercicio del derecho de defensa y las garantías mínimas del debido proceso consistente en la comprensión cabal de los cargos que se imputan así como la trascendencia actual y futura de cada situación a la que el adolescente se enfrente desde el mismo momento de encontrarse inmerso en el sistema penal.

Resulta una circunstancia frecuente, que los adolescentes dentro del marco de un proceso penal no conozcan necesariamente, las consecuencias que trae aparejada una determinada decisión. En la práctica sus interrogantes, dan una idea del nivel de indefensión de alguien, que justificadamente, no sabe bien que enfrentará. Es por ello, que desde lo teórico se ha intentado efectuar una lectura distinta del ejercicio del derecho de defensa y participación, en el que hemos incluido el nivel de comprensión como un componente básico del respecto a su derecho de defensa.

Frente a este planteamiento y reconociendo los límites en que se enmarca el presente trabajo, resulta ineludible hacerse cargo de ciertos elementos que emergen desde el

conocimiento científico los que naturalmente serán los que permitan dilucidar con claridad los elementos cognitivos que influyen en la comprensión del sistema procesal penal y de determinadas decisiones o la forma de ejercer determinados derechos.

En este punto, se ha sostenido que el nivel cognitivo de los adolescentes es reducido respecto del de los adultos. Pareciera que el hecho que el nivel de maduración y por tanto la determinación de ciertas definiciones dependen inexorablemente del tramo etario en que se encuentran. Tradicionalmente los psicólogos cognitivos han señalado que: “La evidencia científica es que, en general, la capacidad cognitiva de razonar y comprender de los preadolescentes y muchos adolescentes más jóvenes es sustancialmente diferente en ciertos aspectos de la que tienen los adolescentes mayores y adultos”.⁹

En armonía con lo anterior, el modelo planteado por Jean Piaget establece cuatro estadios en la maduración, los que transcurren desde el nacimiento hasta la etapa adulta de cada persona, cada etapa se diferenciaría cualitativamente entre sí, en función de características estructurales, dichas etapas serían subsumidos una en la otra, produciéndose de esta forma que los elementos incorporados en una etapa son absorbidos incorporados y desarrollados en el plano siguiente.

De esta forma, los sujetos pasarían por una sub etapa inicial de adquisición parcial y progresiva de estas habilidades que abarcaría el periodo de los 11 a 15 años para pasar después a un periodo de consolidación entre los 15 a 20 años. Tal como lo refiere Piaget: “En definitiva, los individuos de mayor nivel de maduración, poseerían un pensamiento proposicional, en que los adolescentes son capaces de abordar las relaciones lógicas que se establecen entre enunciados o proposiciones, manifestadas bien a través de un lenguaje verbal, lógico o matemático. Estas relaciones lógicas entre proposiciones pueden ser de negación, inversión, equivalencia, exclusión, disyunción, implicación, etc,

⁹ SCOTT, Elisabeth. *Criminal Responsibility*. En: COUSO, Jaime y DUCE, Mauricio. Juzgamiento Penal de Adolescentes, 1^a edición, Santiago, 2013. p.29.

hasta un total de 16 posibles combinaciones proposicionales. El razonamiento se independiza entonces de los datos de la realidad, de los datos empíricos y pasa a depender de una lógica formal¹⁰.

Lo anterior, según el análisis de Piaget tendría su fundamento en que los elementos externos de la vida del niño y del adolescente provocarían en definitiva una asimilación permanente y que cruzaría en un proceso asimilativo, el desarrollo de la vida en la etapa de maduración nutriendo los planos o esquemas referidos con antelación, lo que repercutiría en la reorganización permanente de éstos.

En razón de ello, las circunstancias asimiladas y analizadas en las etapas previas son estructuradas de formas más complejas, con mayor poder de abstracción en las etapas ulteriores del proceso de maduración, encontrándose en definitiva en plena maduración, razonando por tanto los adolescentes de manera más fundamentada que en las etapas anteriores precisamente debido a que dichos estadios han sido aquilatados en su pensamiento. En dicha elaboración cognitiva-racional, se produce lo que Piaget llamó el “pensamiento hipotético-deductivo”, en razón de la capacidad de proponer y determinar una hipótesis, ejercicio que nace de esta maduración deductiva generándose aún la posibilidad de combinar proposiciones de manera sistemática y permanente, en ello se grafica la mayor abstracción planteada con anterioridad.

En ese punto, el conocimiento científico se relaciona con la propuesta original establecida al iniciar este capítulo, dado que necesariamente el establecimiento científico indicado, basado en un lógica constructivista de la maduración basado en planos de asimilación diversos y sucesivos se condice plenamente con la capacidad y desarrollo en construcción, tan propia de nuestros sistemas tutelares latinoamericanos,

¹⁰ INHELDER, Barbel y PIAGET, Jean. De la lógica del niño a la lógica del adolescente [en línea] En: Serrano, Juan Emilio Adrián. *Aprendizaje y Desarrollo de la Personalidad, tema 2: El desarrollo cognitivo del adolescente*. <www3.uji.es/~betoret/instruccion/aprendisajepersonalidad/curso2012-13/Apuntetemaeldesarrollocognitivodeladolescente.pdf> [consulta: 10 octubre 2018]

pero que sin duda refiere una realidad de maduración, que ha sido adecuada y sopesada en forma diversa. No podemos discutir en definitiva, que la observación científica esbozada es racionalmente incuestionable pero dicho modelo requiere desde la progresividad jurídica, una asimilación coincidente o que dialogue acertadamente con lo interpretado por la ciencia.

En relación a lo señalado anteriormente, podemos señalar que desde la teoría se ha depurado el sistema propuesto. En primer término, se ha señalado que dicho análisis de alguna manera ha sobreestimado la capacidad adolescente acerca de razonar sobre la capacidad de superar y asimilar las etapas tratadas, puesto que muchos adultos se encontrarían incapacitados se resolver metodológicamente las problemáticas de la pruebas efectuadas.¹¹

Lo anterior y en nuestro concepto no implica un déficit en el planteamiento del problema central propuesto, sino que más bien es un resultado empírico, casuístico que no altera lo medular de lo señalado puesto que el nivel de conocimiento desde lo físico, dado en un momento etario determinado, estructurado desde la abstracción y su utilización momentánea, no es asimilable a la estructura del pensamiento adulto, o dicho de otro modo, la respuesta del adolescente frente a su entorno, no es comparable con la del adulto, no pueden valorados del mismo modo.

Resulta interesante plantear que en la actualidad, se ha aseverado por la ciencia que existen consideraciones de tipo cultural, que dan cuenta con una funcionalidad de capacidad cerebral del adolescente obedece más bien a una idea preestablecida que una constatación científica. En efecto, diferentes investigaciones establecen, que la crisis de la adolescencia, es causada por elementos culturales, tales como el consumo de drogas,

¹¹ MEECE, Judith. Desarrollo del niño y del Adolescente. [en línea] *Compendio para educadores, SEP, México*. <<https://es.slideshare.net/mobile/quest82/desarrollo-del-nio-y-del-adolescente-judith-m-2000>> [consulta: 10 octubre 2018]

el ejercicio del derecho a la escolaridad, la estimulación temprana, la nutrición y no por inmadurez cerebral.¹²

En este punto, el investigador Robert Epstein ha planteado que: “la actividad y la anatomía cerebral basadas en técnicas de neuro imagen, muestra que adolescentes y adultos utilizan el cerebro de forma diferente cuando acometen ciertas tareas”¹³

En efecto, según el propio investigador y el texto citado anteriormente los estudios que explican los problemas emocionales y su comportamiento irresponsable, incluidos en ellos la comisión de delitos, en un cerebro inmaduro que no ha alcanzado madurez plena, no es coincidente con los estudios científicos recientes, puesto que el mito del cerebro adolescente encaja en un mito mayor, cual es la permanente observación de irresponsabilidad o incompetencia de los adolescentes.

Prueba de aquello resultaría según el investigador, que la mayor capacidad cerebral se alcanza alrededor de los 14 años y para cuando llegamos a los 70 años, nuestro cerebro ha vuelto al tamaño que presentaba a los 3 años. Como plantea Epstein: “La tesis de que los adolescentes tienen un cerebro inmaduro que necesariamente causa una crisis queda desmentida por la investigación antropológica. Los antropólogos han encontrado más de cien sociedades contemporáneas en las que la crisis de la adolescencia falta por completo; en la mayoría de esas sociedades ni siquiera hay una palabra para designar la adolescencia”.¹⁴

En definitiva, pareció apropiado para los fines del presente trabajo efectuar una breve y sencilla aproximación a los elementos cognitivos de la infancia y adolescencia, entendiendo que los cambios de asimilación de la realidad, del poder cognitivo de la niñez y de la adolescencia, de los elementos del mundo, valorados estos en planos,

¹² EPSTEIN, Robert. El mito del Cerebro Adolescente. [en línea] En: *Mente y Cerebro*, 2008, número 32 <www.investigacionyciencia.es> [consulta: 10 octubre 2018]

¹³ Loc. Cit.

¹⁴ Loc. Cit.

subsumidos operativamente en la conformación de la madurez, expuestos por Piaget, tienen plena atingencia con lo que se pretende analizar en este trabajo, afianzando de esta manera lo expresado por Baratta, en referencia a que: “los niños tienen más historia y más futuro que los adultos de hoy. Los adultos tenemos cuarenta, cincuenta, sesenta años, los niños tienen milenios porque a través de los cuentos, de los sueños, de la imaginación son una verdad de nuestra identidad cultural.”¹⁵

Finalizando, este primer capítulo debemos señalar, que situada de esta forma la evolución histórica de los modelos referentes a la niñez y la infancia, así como el marco del debido proceso, los criterios de especialidad del mismo, y las dimensiones relativas a los elementos cognitivos y de desarrollo de los adolescentes, podemos adentrarnos a lo medular del trabajo en cuanto a la comprensión del sistema y la materialización del derecho a participar y ser oídos, en relación a la autoincriminación reglada.

¹⁵ BARATTA, Alesandro. *La Niñez como Arqueología del Futuro*. En: Justicia y Derechos del Niño, número 9, UNICEF, 2007. p. 14.

CAPITULO II. COMPRENSIÓN Y PARTICIPACIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL SISTEMA PENAL Y AUTOINCRIMINACIÓN REGLADA.

2.1. DERECHO A SER OIDO Y PARTICIPACION.

Ya situada la cuestión principal de este trabajo, resulta atingente sostener que el camino trazado desde el tutelarismo a la autonomía progresiva, sólo es posible de establecer la plena participación basada en conocimiento del proceso, en cuanto se plasme normativa y eficazmente en un instrumento internacional y sea reconocido expresamente por los diferentes estados, el derecho de participación de niños y adolescentes en los procesos que enfrenten.

El fundamento del derecho a ser oído, descansa en el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que refiere: “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” y agrega: “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”.

En esa línea, la Convención no determina una edad mínima para que el niño pueda expresar su voluntad y es el propio artículo 12° el que no obliga al niño a expresar sus opiniones, puesto que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente en la medida de sus necesidades, por lo tanto, no deberá ser objeto de ningún tipo de presión, coacción o influencia que pueda impedirle expresar su opinión u obligarlo a hacerlo, es más, la ausencia de participación, voluntaria y conscientemente ejercida representa en la práctica su voluntariedad.

En concreto, la norma establece en primer término, la garantía del niño a expresarse libremente en toda cuestión que le concierne y le pueda afectar potencialmente y en

segundo lugar hace una aplicación concreta de la regla, organizando el derecho del niño a ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo, sin que ello conlleve una carga administrativa, judicial o procesal.

De lo anterior se desprende con meridiana claridad, que si el niño es sujeto de derechos y no objeto del mismo, como ya lo hemos señalado, son todos los órganos del estado y en especial la administración de justicia la que debe aproximar al terreno práctico las normas constitucionales y los tratados vigentes con la finalidad de que dichas garantías sean susceptibles de plena ejecución en favor del niño.

Por otra parte, la Convención sobre derechos del niño considera tal, a toda persona hasta los dieciocho años y como hemos expresado, se trata de una etapa de la vida humana de grandes particularidades y transformaciones, abarcando un grupo etario muy amplio y diferente. Dada esta situación la legislación relativa a infancia y adolescencia, debe ser una normativa flexible para adaptar las posibilidades legales a la real situación psicológica de las personas, dado que el fundamento de la especial tutela está dado por la falta de madurez completa y un complejo proceso de desarrollo.

La exigibilidad de los derechos contenidos en dicho instrumento, principalmente en lo relacionado a la participación, en nuestra realidad, según analizaremos, no tiene un grado de desarrollo cabal y en muchos casos lamentablemente no pasa de ser una simple declaración de principios.

Debemos recordar que la incorporación de la Convención en nuestro ordenamiento a través de su ratificación, introduce perentoriamente una normativa que tiene un estándar jurídico propio, el de la plena capacidad, el interés superior del niño y que pretende en definitiva el bienestar de niños y adolescentes.

La primera cuestión entonces, que debe aclararse es el contenido de la referencia efectuada y relativa a “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” o “en función de la edad y madurez del niño”. En nuestro entender dichas afirmaciones implican que

la convención permite el ejercicio de la participación de un niño con determinadas características conforme a su edad y cierto desarrollo madurativo.

En este aspecto, resulta útil señalar que la Opinión Consultiva N°17, de 28 de agosto de 2002, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala en su párrafo 101, que: “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.¹⁶ Agregándose en el párrafo 102, que: “En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.¹⁷

Lo anterior en principio, pudiese representar una contradicción con la propia Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que ella impone como obligación general que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas.

Siguiendo en esto a Marisa Herrera: “El principio de capacidad o autonomía de niños, niñas y adolescentes cuenta con un reconocimiento expreso por parte de la comunidad

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 17/2002, agosto 2002, [en línea] <www.corteidh.or.cr> [consulta: 20 de octubre de 2018]

¹⁷ Loc.Cit.

normativa internacional. Como era de presumir, la herramienta jurídica que la receta e intenta —en la medida de sus posibilidades— de lograr una regulación mínima o marco, es la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento normativo de carácter internacional especial que más adhesiones y en el menor tiempo ha logrado.” Y agrega: “Uno de los ejes o pilares que propone la Convención sobre los Derechos del Niño y que ha significado una gran “subversión” para alcanzar una concepción jurídica de la infancia contemporánea y acorde con la realidad social actual, es el que se refiere a la idea de los niños como sujetos de derechos y, en consonancia con ello, regular y profundizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a participar con diferentes intensidades en distintos ámbitos...”.¹⁸

Frente al particular, estimamos que más allá de una limitación gramatical que pudiese traer aparejada una interpretación restrictiva que atentaría severamente contra el interés superior, el análisis correcto pasa por la idea del niño, concebido como un sujeto de derechos y no como un mero objeto de amparo, lo que produce que debe ser el desarrollo psicológico y social del niño precisamente la medida del ejercicio de su derecho, manifestando en sus posibilidades concretas y ser escuchado por quienes tomarán las decisiones que se proyectarán en su vida.

Compartimos en este punto, lo señalando por Pérez Manrique, relativo a que: “En doctrina se han elaborado diversas clasificaciones de la forma de participación, que en teoría van desde la decisión exclusiva a cargo del niño, hasta la omisión de su participación. La última es claramente violatoria de la Convención y la primera desconoce las particularidades de la situación, pues significa entregar a los niños totalmente las decisiones sobre su futuro, de manera también violatoria de la Convención,

¹⁸ HERRERA, Marisa. *Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino*. En: Justicia y Derechos del Niño, número 11, UNICEF, 2007. p, 112.

desconociendo las obligaciones de la familia, de la sociedad y el Estado respecto de los derechos de los niños.”¹⁹

En este punto, la Observación General N° 12 de fecha 20 de julio de 2009, emanada del Comité sobre los Derechos del Niño, recomienda en su párrafo 10 enérgicamente a los Estados partes hacer el máximo esfuerzo por escuchar a los niños para que éstos se expresen colectivamente o en forma individual. De paso, sitúa en su párrafo 2, el derecho a ser oído, como uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre Derechos de los Niños, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y el interés superior del niño.²⁰

De igual modo y efectuando un análisis pormenorizado de la norma, establece que el sentido de la obligación de garantizar por los estados partes, el derecho a ser oído, implica la obligación estricta de adoptar medidas, que convengan a fin de hacer existir plenamente este derecho para los niños. Agrega en su párrafo 20 y en lo relativo a la exigencia de que estén en condiciones de formar su propio juicio, que los estados deberán dar por supuesto dicha capacidad, no debiendo el niño probar tal circunstancia, siguiendo de dicho análisis, que la posibilidad material de dar una opinión, en el marco administrativo o judicial, es un derecho efectivo en armonía con el interés superior.²¹

En relación a lo anterior, en el párrafo 25 se sostiene que la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores, informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. Este tema, tal como se abordará con detenimiento, es de la más alta importancia en materia de autoincriminación de

¹⁹ PÉREZ, Ricardo. *Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes*. En: Justicia y Derechos del Niño, número 9, UNICEF 2008. p. 255.

²⁰ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General 12/2009, julio 2009, [en línea] < www.unicef.org > [consulta: 20 de octubre de 2018]

²¹ Loc.Cit.

adolescentes en materia penal, puesto que los elementos que dan sustento empírico a las decisiones informadas de los adolescentes y niños, son precisamente el contorno jurídico del ejercicio de este derecho.²²

Es por ello que la Observación General, en el párrafo 33, alienta a los Estados a que introduzcan medidas legislativas, en las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en procedimientos judiciales o administrativas que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias de ello.²³

Lo anterior, bajo la lógica de que la información acerca del ejercicio de tales derechos, se materialice detalladamente en instancias determinadas efectuándose en audiencias judiciales o administrativas, materialmente entregando información adecuada y relevante o ejerciendo las impugnaciones que estime de dichos actos, con conocimiento expreso acerca de dichas posibilidades.

De igual modo, resulta sumamente valioso, que la Observación General, en sus párrafos 57 a 61, se ocupe con detalle del niño infractor. Expresa, que todo niño de quien se alegue haber infringido las leyes penales, tiene el derecho de ser escuchado, desde la etapa prejudicial, por la policía, el fiscal y el juez instructor, siendo informado oportunamente de los cargos formulados, dentro de un ambiente en que participe y se exprese libremente, teniendo la oportunidad de dar su consentimiento en forma libre y voluntaria, obteniendo un debido asesoramiento técnico.²⁴

Este cúmulo de imposiciones mínimas, resultan de la mayor importancia, en función de lo que oportunamente analizaremos, en vinculación a los sistemas de control y resguardo en relación de las declaraciones de los adolescentes en sede investigativa, así como la manera en que se materializa el consentimiento expresado en materia

²² Loc.Cit.

²³ Loc.Cit.

²⁴ Loc.Cit.

autoincriminatoria. En razón de ello, y tal como lo plantea Berríos existe una vinculación estrecha entre derecho a ser oído y derecho a defensa material. A mayor abundamiento, el autor conceptualiza, el derecho a defensa como una manifestación específica y directa del derecho a ser oído y a participar, siendo del todo relevante la comprensión efectiva del niño del proceso, para que consecuentemente tome las decisiones oportunas en su defensa.²⁵

En función de lo expresado, consideramos valioso el aporte de leyes como la 20.084 que establece nuevas herramientas como la especialización, de manera de permitir y garantizar el ejercicio de los derechos de los niños. Pareciera que en esta línea, de asegurar el pleno ejercicio de derechos, la especialidad plasmada en el artículo 29° de la ley 20.084, constituye un significativo aporte, al expresar: “Especialización de la justicia penal para adolescentes. Los jueces de garantía, los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, así como los fiscales adjuntos y los defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley”.²⁶

Dicha norma opera precisamente en la línea adecuada, en cuanto a defensa técnica al servicio del adolescente, puesto que la ley exige la presencia de un defensor y que además sea de carácter especializado.

²⁵ BERRÍOS, Gonzalo. *El derecho de defensa penal y la Convención sobre los Derechos del Niño: una exigencia de Especialización*. En: Una deuda pendiente en la Ciudad de Buenos Aires: Justicia penal especializada para personas menores de edad, 1° Edición, Buenos Aires, Ernesto Blanck, 2012. p.102.

²⁶ Artículo 29° de la Ley 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente.

Finalmente, podemos afirmar que el derecho a ser oído, contextualizado de la manera señalada solo es materializable en la medida que una justicia de carácter especializado, permita e incentive la participación bajo una lógica de entendimiento de lo que se enfrenta por parte del niño o del adolescente, verificando empíricamente dicho conocimiento. Lo contrario, implicaría un verdadero cumplimiento formal e irrelevante desde el punto de vista de los enormes avances de la autonomía del niño, constituyendo de este modo una infracción del debido proceso y la normativa especializada, y pudiésemos llegar a la conclusión lamentable del cumplimiento de niveles formales por parte de la judicatura y los participantes del proceso, versus adolescentes condenados o enfrentados a un proceso, que no han tenido la posibilidad concreta de participar en el procedimiento penal que afrontan debido a desconocer sus derechos o la forma de ejercitarlos.

2.2. RENUNCIA DE DERECHOS Y AUTOINCRIMINACIÓN REGLADA.

Como cuestión preliminar, debemos señalar que la legislación nacional y los instrumentos internacionales reconocen la posibilidad de renuncia de derechos a niños y jóvenes, objeto de persecución penal en los casos que dicha renuncia traiga aparejada un beneficio en el contexto del proceso penal que enfrentan, cumpliéndose determinadas exigencias. Dicho derecho se encuentra inserto en una gama mayor aún de manifestaciones volitivas de los adolescentes y jóvenes, las que arrancan de la posibilidad explícita entregada por la Convención Sobre Derechos del Niño de participar, según lo hemos examinado en capítulos anteriores, en estrecha relación con el nivel de entendimiento y conocimiento de dichos adolescentes, sobre el alcance de sus decisiones.

2.2.1. PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

En dicho contexto, se puede establecer que el procedimiento abreviado, constituye un método de solución del conflicto penal, sustituto del juicio oral, no observándose en principio un fundamento jurídico ni teórico que impida dicha posibilidad procesal al adolescente teniendo en especial consideración que dicha herramienta jurídica se

encuentra contenida en el Código Procesal Penal y el eximir de su aplicación a los jóvenes, resultaría abiertamente discriminatorio y arbitrario.

Establecido dicho punto, como regla de general aplicación, este capítulo intentará abordar, las condiciones en que resulta aceptable la autoincriminación de hechos atribuidos a jóvenes en contexto de una investigación penal, las especiales garantías de la niñez y el debido proceso involucradas, así como las particulares condiciones referidas a las confesiones efectuadas por adolescentes y las especificaciones requeridas a los profesionales que ejercen su representación judicial en tal marco.

En dicho escenario, se debe señalar que existen posiciones encontradas y diversas, respecto de la aceptación de la autoincriminación reglada en la adolescencia, no existiendo pleno consenso a nivel doctrinario respecto de su aplicabilidad y las condiciones en que debe generarse dicha autoincriminación. En primer término, se encuentran aquellos que plantean derechamente que no exista ninguna fundamentación o norma que prohíba la autoincriminación, proponiendo que de hecho la aceptación de los antecedentes de cargo en la práctica, opera como la manifestación empírica de la participación en un debido proceso, representando el pleno ejercicio del derecho a expresarse.

Por otra parte, para quienes se oponen a la aceptación de hechos que conduzcan a aplicar sanciones restrictivas de libertad, refieren que en general para adultos y en particular para adolescentes su aplicación es compleja, debido a que directamente afecta la preservación cabal de las garantías procesales y constitucionales, además de desnaturalizar el rito procesal necesario para los adolescentes.

Según lo plantea Mary Beloff, refiriéndose al procedimiento abreviado: “Este instituto es problemático en general, para adultos y para adolescentes, en su aplicación, porque riñe con la preservación cabal de las garantías. Sobre todo porque está siendo utilizado en todos los nuevos sistemas de justicia penal de América Latina al sólo efecto de descomprimirlos. Así, las garantías desaparecen. Creo que no es posible utilizar el juicio abreviado para adolescentes, por la misma razón que lo torna conflictivo para los adultos,

esto es, la vulneración de garantías, pero, además, por otra razón específica. Para los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone la nueva justicia juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido.”²⁷

Estimamos, que la tarea de restricción concreta de cualquier afectación de derechos al adolescente, implica en lo referido a la temática de justicia penal juvenil una carga que se impone a los órganos intervinientes del sistema en general a los operadores del sistema y en particular a quienes tienen a su cargo la tarea acusatoria. En dicho escenario, la prohibición general de la vía autoincriminatoria, vulneraría la igualdad, la posibilidad de participar adoptando una visión absolutamente tutelar de la justicia juvenil, que tal como hemos referido con anterioridad ha sido desplazada, no existiendo en nuestro criterio razones de tipo socio-educativas, normativas, que impidan el ejercicio de tal derecho, sin perjuicio de una justa adecuación y limitación.

Efectuando un primer análisis, desde una perspectiva netamente normativa procesal y dada la redacción efectuada por el inciso primero del artículo 27° de la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, se establece que 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 aludida ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal.

Por su parte, el inciso segundo de dicha norma, establece que el conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el Ministerio Público requiera una pena no

²⁷ BELLOFF, Mary. Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina Actual [en línea] *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 2005, número1, p. 110 <www.palermo.edu> [consulta:20 de octubre de 2018]

privativa de libertad se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, según el caso, regulado en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal.

En razón de dicha descripción y al no referirse expresamente el artículo 27 a la aplicación del procedimiento abreviado, pudiese permitir interpretar que en cada caso, en que en el ente persecutor solicite penas privativas de libertad, ya sea régimen cerrado, semicerrado o una pena mixta, dicha sanción solicitada por el persecutor, impediría el pronunciamiento por parte de los Juzgados de Garantía, sino que solamente de los Tribunales Oral en lo Penal, impidiéndose con ello, la posibilidad de seguir las normas autoincriminatorias en contexto de privación de libertad, cerrándose de esta forma la posibilidad de proceder de conformidad al proceso abreviado en tales condiciones.

En este punto, debemos señalar que revisada la historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.084, resulta interesante constatar que en la tramitación del proyecto de ley sobre responsabilidad adolescente, no existió un debate extenso frente al punto, sin perjuicio, de verificarse ciertos elementos de contexto que deben ser recogidos por el presente trabajo, en razón, de los alcances del mismo. En efecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, al efectuar el análisis del proyecto proveniente de la Cámara de Diputados, realizó un análisis somero de la problemática, escuchando al respecto a diversos actores.

En ese contexto, la Corporación Opción señaló la conveniencia de crear un procedimiento breve en que sólo se posibilitara la aplicación de sanciones que se agoten inmediatamente, aplicable a las faltas contempladas en el catálogo infraccional, considerando la posibilidad de aplicarlas a la criminalidad leve, lo que permitiría cumplir con la Convención de Derechos del Niño en cuanto a establecer un abanico de posibilidades no punitivas en caso de existir aceptación de hechos por el adolescente.

En dicho debate el Fiscal Nacional expresó que frente a infracciones respecto de las cuales se requiera una pena privativa de libertad, se sometiera el asunto a las disposiciones sobre el procedimiento ordinario, a menos que concurran los requisitos

que hicieran procedente el uso del procedimiento abreviado, regulado en los artículos 406 y siguientes del Código del ramo.

Finalizando este punto, y con independencia de la redacción final de la norma, resulta oportuno destacar que el grupo de Trabajo, propuso establecer en que a fin de resguardar el debido proceso y considerando que se contaba con recursos para la realización de juicios orales, que en caso de discutirse una pena privativa de libertad, dicho proceso debiese ser resuelto en el marco de un juicio oral. Dicha redacción en definitiva fue modificada en la Comisión Mixta, en razón de existir diferencias entre el texto aprobado por ambas cámaras, no verificándose un pronunciamiento expreso respecto de la viabilidad del procedimiento abreviado, al requerirse una pena privativa de libertad.²⁸

En conexión con lo anterior, no debemos olvidar que el origen del procedimiento abreviado en nuestro ordenamiento y tal como lo plantea Cristián Riego a propósito del origen de la reforma procesal penal: “La recepción del procedimiento abreviado en el Código del año 2000 se hizo teniendo especialmente en cuenta las críticas que suelen dirigirse al modelo del *plea bargaining* en los Estados Unidos, en cuanto este favorece la práctica masiva de la renuncia al juicio y sus garantías por medio del establecimiento de fuertes incentivos, consistentes en la diferencia de penas que se arriesgan en el juicio oral frente a las reducciones que pueden obtenerse por medio de una negociación con el fiscal ”.²⁹

Dada esa situación no se puede soslayar que la instalación normativa del procedimiento abreviado en nuestra legislación pareciera pretender optimizar la eficacia del sistema de justicia, fundamento que en sí resulta difícil de conciliar con la

²⁸ Departamento de Estudios Jurídicos Punto Lex. *Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, Legislación e Historia del establecimiento de la Ley*, Editorial Punto Lex, 2007. pp. 129-136.

²⁹ RIEGO, Cristián. El procedimiento abreviado en la ley 20.931. [en línea] *Política criminal*, diciembre 2017, volumen 12, número 24, p. 1086 <www.politicacriminal.cl> [consulta: 26 noviembre 2018]

participación y los derechos especialmente de adolescentes frente a la justicia penal, de que nos hemos ocupados con anterioridad, máxime si lo debatido es la imposición de una pena privativa de libertad.

En la misma línea de Riego, siendo del todo atingente a la realidad de los adolescentes, y tal como lo recoge María Inés Horvitz: “la propia doctrina italiana ha criticado este instituto procesal y otros de carácter análogo señalando que se trata de un mecanismo que opera contra los acusados inocentes, especialmente si son pobres, pues pagarán su “precio” para salir lo más rápidamente posible de un proceso lento que lo priva de su libertad o lo amenaza con dicho peligro, consecuencias que no sufren los acusados asistidos por abogados afamados que manejan las garantías del sistema”.³⁰

En dicho contexto, pareciera que el fondo del asunto, más allá de la interpretación de reglas de procedimiento, se encuentra dado por fundamentos de otra naturaleza. La cuestión principal, consiste en determinar la forma adecuada de articular un cúmulo de garantías protegidas que permitan la posibilidad de proceder a la aceptación de cargos, renunciando a la realización de un juicio oral, sin obviar las particularidades del sujeto investigado. Decimos garantías especialmente protegidas, desde un derecho diferenciado del aplicable a los adultos y en segundo término especialmente protegidas, porque dichas garantías deben ser mayormente dotadas frente a la del ciudadano adulto, debido a la protección particular en razón del tramo etario determinado.

Como señala Mauricio Duce, en este punto: “Más allá de las cuestiones de forma, parte central del debate se explica debido a la gravedad de las consecuencias que podría tener un procedimiento abreviado tratándose de jóvenes imputados que no se da en el caso de adultos, lo cual generaría un riesgo no conveniente para los adolescentes. En efecto, el procedimiento abreviado permite establecer penas privativas de libertad de hasta cinco años, lo cual corresponde a las penas más graves que pueden imponerse

³⁰ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal*. Santiago, Editorial Jurídica, 2002. Tomo II, p. 506.

en el sistema de la LRPA, allí donde en el caso de adultos se trata de sanciones de mediana o baja gravedad. Por lo mismo, para quienes se oponen a su procedencia el mecanismo idóneo para determinar sanciones tan graves debiera ser necesariamente el juicio oral”.³¹

En esa línea y como plantea Beloff, al referirse al proceso penal juvenil, observando la realidad argentina: “se produjo un lento y paulatino acercamiento entre el proceso penal juvenil y el de adultos. La dinámica señalada se ha acelerado en los últimos años, con el evidente riesgo de la pérdida de un proceso penal que debe reconocer los matices propios de la etapa de la vida que conforman la infancia, sentido central del principio de especialidad (artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.)”³²

En el texto citado, se establece una posición referida a las penas privativas de libertad, tema que será tratado con mayor detalle más adelante, al momento de efectuar ciertas propuestas, pero parece interesante citarla dado lo ejemplificador del planteamiento y refiere en cuanto a la aplicación de dichas sanciones que: “El problema que allí surge en que la pena, por regla, constituye un mal, es decir, un desmedro en los derechos del condenado. En punto a ello, es absolutamente discutible que el niño pueda consentir un daño semejante, que tiene severas repercusiones en toda su vida. El ordenamiento jurídico, cuando reconoce amplias competencias al niño en cuanto a la toma de decisiones, no reconoce, en general, la posibilidad de que consienta comportamientos auto lesivos (dañosos) y que puedan significar futuras restricciones al ejercicio pleno de su autonomía. Así, por ejemplo, el niño no puede consentir ser víctima de la producción de pornografía infantil o de prácticas sexuales que puedan afectarlo. Tampoco puede consentir trabajos que lo perjudiquen en su desarrollo o educación. El niño ni siquiera puede consentir auto excluirse de su educación (es obligatoria hasta los dieciocho años

³¹ DUCE, Mauricio. El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno [en línea] *Política Criminal*, diciembre 2010, volumen 5, número 10, p. 315. <www.politicacriminal.cl> [consulta: 13 septiembre 2018]

³² BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano, TERRAGNI, Martiniano y FREEDMAN, Diego. *La Justicia Juvenil y el juicio abreviado*. En: Diario La Ley, Buenos Aires, 2015, número 73, p. 4.

de edad). Tampoco puede realizar prácticas auto lesivas para su salud como fumar o beber alcohol. En definitiva, aun cuando el Estado reconoce que el niño puede decidir gran cantidad de aspectos de su vida y participar en la vida cívica, no permite que decida por su autolesión o que condicione severamente la posibilidad de desarrollar su proyecto de vida en el futuro. Si ello es así, no parece razonable suponer que el niño pueda consentir la aplicación de penas privativas de la libertad de efectivo cumplimiento y, además, prolongadas en el tiempo, las que, sin lugar a dudas, constituirán daños severos en sus derechos fundamentales con graves repercusiones en toda su vida”.³³

En definitiva, lo que se plantea es que efectos tan trascendentes en la vida de los niños y adolescentes, como la privación de la libertad y aún el fin socio-educativo de las sanciones especiales respecto de adolescentes, pudiese quedar en absoluta invisibilidad, con soluciones de carácter prácticamente administrativas. De igual modo y dado el proceso cognitivo del enjuiciado, pudiesen influir abiertamente otros factores, en la admisión de responsabilidad, como la presión del entorno familiar o escolar, el desinterés en la participación de un proceso, la finalidad de evitar una excesiva dilación o una culpabilidad entendida bajo la lógica de afrontar un proceso e intentar colaborar, sin que necesariamente dicho compromiso se comunique con la prueba de cargos existente, lo que transforma la pena surgida en el proceso autoincriminatorio en una sanción ilegítima desde la participación, el debido proceso y la especialidad.

De esta forma, en caso de autoincriminación y tal como lo plantean Couso y Duce el proceso penal debe: “reforzar los mecanismos de aseguramiento de la voluntariedad e información que deben tener los jóvenes al momento de renunciar a un derecho tomando en especial consideración que por la madurez y estado de desarrollo personal no tienen las capacidades de un adulto”.³⁴

³³ BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano, TERRAGNI, Martiniano y FREEDMAN, Diego. Op,cit., p. 27.

³⁴ COUSO, Jaime, DUCE, Mauricio. Op.cit.,p. 79.

La carencia de dicho ejercicio de verificación de condiciones mínimas, en la práctica produce que un sistema de juzgamiento diferenciado desaparezca, no observándose estándares mínimos de especificación en sus fines, ni en sus formas.

Por otro lado, dadas las circunstancias expuestas y si se observa adecuadamente el problema, entendemos que no es posible impedir o no permitir la autoincriminación de los adolescentes, teniendo como argumentación para dicha medida que el sistema mismo ha provocado en la especie, que la administración de justicia juvenil, se haya transformado en una mera administración de sanciones, olvidando los fines socio-educativos o preventivos especiales. Lo anterior, y aun en el caso que dicha afirmación fuese verídica, efectiva en un aspecto general o al menos considerable, no se verifica por el hecho que la herramienta del procedimiento abreviado se encuentre plenamente disponible, sino a que en muchos casos los operadores del sistema y en particular el aparato jurisdiccional del estado, carece de elementos propios de la especialidad exigida.

En razón de este análisis, y como plantearemos con posterioridad, los mecanismos de resguardo o control del proceso autoincriminatorio, surgen como la piedra angular del debido proceso especializado adolescente, verificando las condiciones de conocimiento de los hechos atribuidos, regulando la posibilidad de imposición de medidas más severas, y defensores técnicamente preparados, elementos que pudiesen en abstracto propender a que la renuncia de derechos se manifieste como un elemento complejo, pero al mismo tiempo canalizador de las garantías adolescentes.

2.2.2. CONFESIONES EFECTUADAS POR ADOLESCENTES.

Tal como se ha expresado, uno de los elementos más polémicos y cuestionados que resulta de la posibilidad de autoincriminarse, es determinar los alcances de una eventual confesión o reconocimiento de hechos, tomando especialmente en consideración el grado de madurez y estado de desarrollo personal.

Desde el punto de vista del desarrollo psicológico, evidentemente nos encontramos en una situación distinta al imputado adulto, el pensamiento del adolescente es un pensamiento inmaduro que pudiese ser más factible de impresionar o coaccionar. Es por ello que pudiese resultar complejo para un adolescente, comprender acertadamente las consecuencias a largo plazo de sus acciones, precisamente estas consideraciones puede llevar en la práctica a conclusiones erradas.

Tal como lo señala un informe del Innocent Project: “Entre los factores más comunes para una equivocada condena, entre los primeros 10 casos de exoneraciones por el Test del ADN, 35 se debían a falsas confesiones”.³⁵

De igual modo, resulta un elemento observable que la justicia penal, desde una perspectiva de negociación se funda en la maximización de beneficios y minimización de riesgos y costos, por lo que dicho equilibrio es sumamente cuestionable que pueda verificarse con toda claridad en la adolescencia en lo referido a la privación de libertad, precisamente puesto que se carece de todos los elementos de juicio para una adecuada decisión, más aún cuando dicha manifestación de voluntad acarreará efectos tan profundos y permanentes.

En ese contexto, existen escasos estudios que se han ocupado del tema, pero sus resultados son altamente indiciarios. Al respecto cabe mencionar el estudio de Bárbara

³⁵ ESTRADA, Francisco. *La Renuncia a Guardar Silencio por un Adolescente en Nuestro Ordenamiento y en el Estadounidense. Comentario a propósito del Fallo In Re E.T.C. Juvenile, 141 VT. 375 (1982) Corte Suprema de Vermont En: Revista de Derechos del Niño, números 3 y 4, UNICEF, 2006. pp. 181-194.*

Kaban y Judith Quinlan, efectuado para el Bureau of Justice Statistics de Estados Unidos, “en que se interrogó a noventa y nueve menores, objeto de acciones judiciales, sobre su comprensión de treinta y seis palabras usadas en el formulario de propuesta por declaración de culpabilidad y los alegatos de los tribunales de menores en Massachusetts. Los menores tenían entre nueve y diecisiete años, y se dividieron en un grupo de sesenta y nueve menores sin instrucción y un grupo de veintinueve menores con instrucción. Los resultados fueron notables. En promedio, los miembros del grupo sin instrucción solo definieron correctamente dos de treinta y seis palabras, y los miembros del grupo con instrucción, solo cinco palabras correctamente. Kaban y Quinlan proporcionaron ejemplos de respuestas incorrectas, tales como “presunción de inocencia” definida como “si tu asesor legal siente que no lo hiciste” (quince años de edad) y “disposición” definida repetidamente como “mala posición” (dieciséis años). En consecuencia, incluso con instrucción, algunos menores (e incluso quizás algunos adultos) pueden no tener suficiente conocimiento de los elementos relevantes de la declaración de culpabilidad”.³⁶

Otro antecedente que aporta en lo señalado, es el estudio efectuado por Thomas Grisso en *Juveniles Competence to Stand Trial*. En lo medular se detalla que del examen sobre la disposición de más de mil menores y adultos en la comunidad e involucrados en acciones judiciales (los más jóvenes de entre once y trece años; los mayores de entre dieciocho y veinticuatro años) de aceptar una hipotética oferta de declaración de culpabilidad (cuando eran culpables), y hallaron que la disposición de declararse culpables disminuía a medida que aumentaba la edad.³⁷

Admitiendo los alcances de dicho ejercicio y el rango de la muestra, es posible cuestionarse con argumentos del todo evidentes, la viabilidad de la admisión de la vía

³⁶ REDLICH, Alison D. *La Susceptibilidad de los Menores a Hacer Confesiones y Falsas Declaraciones de Culpabilidad*. En: Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Estudios de Derecho Penal Juvenil, Tomo III, Santiago, 2011.p. 91.

³⁷ REDLICH, Alison D. op.cit., p. 89.

autoincriminatoria, al menos en casos de privación de libertad. La suposición intangible de conocimiento preciso y pleno de los alcances de la aceptación de un procedimiento en muchos casos se contradice abiertamente con la realidad y es labor de la justicia especializada y sus intervinientes en aplicación del principio de interés superior, limitar las posibilidades de equívocos en la aplicación de sanciones. Dicho análisis, es por una parte armónico con la propia Convención sobre Derechos del Niño, que admite fraccionamiento en la maduración y la comprensión, traducidas en formas disímiles de participación dados esos elementos, y por otro lado con la evidencia científica, que tal como hemos brevemente señalado con anterioridad, nos habla de fases de maduración y del establecimiento de adquisición parcial y progresiva de habilidades en planos que se alimentan en forma continua, y que finalmente desembocan en la adultez.

2.2.3. PARTICIPACIÓN Y ARTÍCULO 31° DE LA LEY 20.084 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE.

Frente a la situación previamente descrita, debemos analizar de que formas el procedimiento admite participar a los niños y jóvenes investigados penalmente y en que se traducen materialmente los resguardos legales. En nuestro ordenamiento procesal, la norma que modelaría o limitaría la posibilidad de efectuar confesiones falsas de responsabilidad penal, en fase de investigación penal se encuentra contenida en el artículo 31° de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

La norma establece en lo pertinente que el adolescente podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. En palabras de Couso y Duce: “el defensor del imputado constituye el mecanismo concreto a través del cual el sistema se asegura que el derecho a no autoincriminarse no sea puesto en riesgo”.³⁸

³⁸ COUSO, Jaime, DUCE, Mauricio. Op. Cit., p. 245.

En ese sentido, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que: “la norma en comento viene a constituir un derecho que refuerza mayormente la garantía el debido proceso, en su variante del derecho de defensa, en cuanto a que el adolescente sólo puede prestar declaración ante el fiscal y en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda la mera acreditación de su identidad, como aconteció en el caso propuesto”.

En este sentido la Corte ha anulado el juicio oral y la sentencia cuando “(...) la declaración que se obtuvo del coimputado (...), menor sometido al estatuto de la Ley N° 20.084 al momento del acaecimiento de los hechos investigados, misma calidad que tenía al momento de prestar sus dichos ante los funcionarios policiales, fue irregular. Estos últimos reconocen en el juicio oral que concurrieron hasta su domicilio para entrevistarlo, y se le conminó a ser trasladado hasta la ciudad de Concepción para que declarara como testigo en los términos del artículo 83 letra d) del Código Procesal Penal, en relación a un reconocimiento, oportunidad en que no estaba su abogado defensor, privándosele de la debida asistencia jurídica a que tenía derecho como imputado, así como al de guardar silencio (...) Que de las diversas situaciones consignadas en el motivo anterior, aparece de manifiesto que, al momento de prestar su declaración, Pereira Peña lo hizo sin cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 91, 93, 94 y 194 del Código Procesal Penal y 31 de la Ley N° 20.084.³⁹

En una análisis más detallado, y si bien es cierto, la norma intuye adecuadamente el problema, lo hace desde una posición inadecuada e insuficiente, debido a que el imputado adolescente, es visualizado como un objeto del proceso sobre el que recaen o se materializan determinadas diligencias de índole investigativo, no entregándole en sí, un estatus privilegiado más allá que la presencia de un abogado defensor letrado.

³⁹ Defensoría Penal Pública, Documento de Trabajo: “*Recurso de Nulidad y Derechos Fundamentales a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Suprema*”, Abril 2017, Rol N° 4.001-2010, Excelentísima Corte Suprema, 24 de agosto de 2010.

Por otra parte la presencia del defensor vendría a garantizar toda imposibilidad de infracción de garantías procesales o constitucionales, según pudiese interpretarse de la mera lectura de la norma. Estimamos que dicha idea en sí, es evidentemente demasiado ambiciosa en el entendido que la mera presencia letrada, vela por el respeto de las garantías en juego, puesto que como advertiremos a continuación, no elimina la posibilidad de vulneración y tampoco asegura conocimiento efectivo y participación real.

Finalmente, no aborda el problema de fondo en torno al conocimiento y capacidad de participar en el proceso, sino que la dinámica establecida lo que garantiza en concreto es la viabilidad procesal de la legalidad de la diligencia determinada, en estricto rigor lo que asegura la norma, es que la prueba obtenida, materializada en diligencias sobre adolescentes sean aptas y no permeables de una declaración de ilegalidad y no puedan ser controvertidas en términos de prueba ilícita en la etapa de preparación de juicio oral o que no sea declarada ilegal una detención determinada. En nuestro entender la norma se refiere más bien y como se encuentra redactada, a la legalidad de la prueba recaída en un adolescente y a la manera en que se obtiene, pero no garantiza conocimiento del proceso, participación en el mismo y tampoco delimita claramente la posibilidad de admisiones de responsabilidad desinformadas en cuanto a efectos jurídicos.

En definitiva y como se puede observar, la garantía protegida por la norma resulta atingente, pero se encuentra absolutamente lejana a proporcionar conocimiento del proceso que se enfrenta y los alcances de este en su futuro, evidenciándose que la participación es inexistente desde la perspectiva exigida por la Convención Sobre Derechos del Niño y un debido proceso especializado, requiriéndose una interpretación y aplicación pro adolescente. En este punto y tal como plantea Berríos: “Tal como se ha sostenido, las normas legales sobre la detención y en especial los formulismos con que se expresan, no se bastan a sí mismas, sino que deben ser interpretadas y aplicadas de

acuerdo con su regulación a nivel constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos.”⁴⁰

2.2.4. RELACIÓN DE ABOGADO E IMPUTADO ADOLESCENTE.

Decíamos con anterioridad, que la sola presencia del defensor no puede constituirse en la piedra angular de la participación activa de adolescente enfrentados al sistema penal, ni menos garantiza el pleno conocimiento de dicho sistema. Lo anterior se fundamenta en las particularidades del derecho a defensa técnica, material y la especial relación abogado cliente adolescente.

Pareciera necesario señalar, que en el contexto de establecimientos de relación abogado cliente adolescente, diversos modelos han resultado insuficientes en razón de diversos factores, modelos como el de la conducta profesional basado en códigos de ética profesional de los defensores, el del mejor interés guiado al adolescente, el juicio guiado por los padres, del juicio sustituido, o los modelos autoritarios de representación o el modelo centrado exclusivamente en el cliente, han ido decantando en un modelo de carácter colaborativo.

Las dificultades en la representación naturalmente son multifactoriales y arrancan desde el proceso de maduración y transformación cognitiva del adolescente, pasan por la capacidad del abogado en explicar el proceso en un lenguaje claro, preciso pero completo y se basan fundamentalmente en la confianza del cliente al profesional.

Tal como se recoge por Kristin Henning: “existe una persistente cultura de paternalismo en la representación legal de los niños en el sistema de justicia juvenil.

⁴⁰ BERRÍOS, Gonzalo. Derechos de los Adolescentes y Actividad Persecutoria previa al Control Judicial de la Detención [en línea] *Revista de Estudios de la Justicia*, 2006, número 7, p. 142. <https://rej.uchile.cl/> [consulta 15 octubre 2018]

Algunas evaluaciones indican que los defensores experimentan grandes conflictos internos acerca de qué papel deben desempeñar en el sistema.”⁴¹

Dicho paternalismo, no es otra cosa que el profundo resabio tutelar existente en nuestra relación con la infancia, la que se desliza transversalmente por los actores e intervinientes del sistema penal, contexto que impide naturalmente observar al adolescente la diferenciación entre los roles de los profesionales que actúan en su procesos y por ende se limita la posibilidad de generar un lazo de confianza en el defensor. Tal como se ejemplifica en el texto citado respecto de un niño acusado en Washington, pero que resulta plenamente atinente a nuestra realidad, éste señala: “Tengo un defensor público, que no es lo mismo que tener un abogado. Él trabaja con el juez no como un abogado de verdad. Si fuese real, entonces no estaría de acuerdo con el juez”.⁴²

Si bien la afirmación, generaliza una realidad específica en el fondo lo que se plantea desde el nivel cognitivo del niño, es la escasa diferenciación de roles observada, centrando en el actuar estatal, todo el sistema de persecución, sin distinguirse con nitidez la funcionalidad del rol de la defensa, lo que indudablemente impide generar la confianza debida.

En ese contexto y tal como lo refiere la obra citada, basada en la poca evidencia científica referente al tema: “Algunos niños erróneamente cree que los abogados están obligados a informar la admisión de culpabilidad del niño ante el tribunal, o que el abogado no defenderá los intereses del cliente si el niño reconoce su participación en el delito. También es razonable suponer que pocos niños comprenden plenamente su derecho a ejercer una función directiva en la relación abogado-cliente. Incluso cuando

⁴¹ HENNING, Kristin. *Lealtad, Paternalismo y Derechos: Teoría del Asesoramiento al Cliente y el Rol del Abogado del Niño en Casos de Delincuencia*. Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Estudios de Derecho Penal Juvenil II, Santiago, 2011. p. 59.

⁴² HENNING, Kristin. Op.cit., p. 46.

no hay confusión en cuanto a lealtad del abogado, los niños generalmente son socializados a esperar que los adultos tomen decisión por ellos y pueden deferir al abogado por defecto”.⁴³

De lo anterior, podríamos desprender que las circunstancias que moldean la vigencia del paternalismo en las decisiones de un proceso, no son completamente circunstancias del todo exógenas al adolescente, sino que en variadas oportunidades arrancan de la propia forma de racionalizar las situaciones enfrentadas dentro de un contexto de investigación criminal a su respecto. El fundamento de aquello pudiese ser también multifactorial.

Por una parte en el desligarse del proceso penal evidentemente existe un elemento de maduración cognitiva, propio de la etapa pero de igual modo subyace un paternalismo y tutelarismo interno, que resulta ser la otra cara del fenómeno observado, relativo a las manifestaciones que pueden percibir los niños y jóvenes de los órganos estatales e intervinientes del sistema penal. En definitiva, la pregunta que pudiésemos plantearnos es: ¿podemos exigir participación e involucramiento absoluto, cuando en la práctica no hemos explicado adecuadamente un cúmulo de derechos y circunstancias relevante, o si lo hemos hecho, no hemos motivado adecuadamente la participación efectiva?

En este escenario, un sistema plenamente colaborativo en la estructuración de la defensa penal de un adolescente se hace abiertamente necesario, entendido éste como una nueva forma de relacionarse fundada en una dirección determinada en base al conocimiento jurídico del profesional, que exceda el relatar neutralmente características del proceso, las alternativas existentes y eventualmente un resultado favorable o no.

Dicho accionar precisamente implicaría desconocer las diferenciaciones entre un proceso de adultos y niños no observando distinción alguna del abogado defensor. Se requiere por tanto un plus, el que se encuentra dado por una profundización en los

⁴³ HENNING, Kristin. Op.cit., pp. 72-73.

conceptos y en la respuesta que se entregará desde un enfoque realista, concreto y ejemplificador.

Tal como lo refiere Henning, en el texto citado: “El modelo colaborativo puede ofrecer un marco particularmente útil para la dupla abogado-niño, ya que el abogado colaborativo entiende que la buena toma de decisiones se afirma en la capacidad del abogado de crear un contexto ambiental apropiado para aconsejar y para desarrollar una buena relación con el cliente. Para los niños que demuestren una mejor capacidad cognoscitiva en los contextos que les resultan familiares y desprovistos de estrés, el consejero colaborativo proporcionará un ambiente físico y emocional cómodo y asignará el tiempo suficiente para un asesoramiento completo. El consejero también construirá rapport con el niño a través del tiempo, comprometerá al niño en un diálogo de uno a uno apropiado a su edad y repetirá la información tantas veces como el menor necesite escucharla”.⁴⁴

Del análisis efectuado, la mera presencia de un defensor en las diligencias que recaigan en el adolescente, ciertamente constituyen una respuesta estatal exigua en la protección de la garantía real de conocimiento y participación en el proceso, minimiza el rol del adolescente y finalmente no constituye una protección preferente ni especializada, pareciera por tanto que el requerimiento o estándar debiese ser considerablemente mayor.

Más adelante, efectuaremos propuestas concretas en la materia sin perjuicio de lo cual debemos determinar ciertas condiciones mínimas que deben ser observadas. Tal como refiere el profesor Albrecht, respecto de los jóvenes: “están antes dispuestos a una declaración, confiesan antes y tienen menos conocimientos de los derechos que les competen. Por eso facilitan las instancias de conducción de la prueba y por eso se les

⁴⁴ HENNING, Kristin. Op. Cit. p. 117.

comprueba antes su culpabilidad y son antes sancionados”.⁴⁵ Esa circunstancia, resulta central al momento de establecer ciertos parámetros de resguardo en pro de los jóvenes.

Dado lo anterior, no resulta aconsejable en nuestro criterio que los adolescentes efectúen admisiones de responsabilidad, si éstas traen aparejadas privaciones o restricciones de libertad, en los proceso en que participan mientras no se constate fehacientemente la existencia real de una gama de elementos de control sobre su declaración, tampoco puede obligárseles a mentir o guiar una determinada declaración, pero no se les puede negar la opción de participar en un proceso penal seguido a su respecto.

Tal como lo plantean Grisso y Bonnie, es posible determinar ciertas competencias y habilidades mínimas para el juzgamiento de adolescentes penalmente. Unas de carácter colaborativas con el abogado y que pudiesen ser traducidas en comprender los cargos y los elementos básicos del sistema adversarial, apreciar la situación que se tiene como acusado en la persecución penal y relacionar la información pertinente en lo relativo a los hechos del caso para el abogado.

Un segundo componente, estaría dado por circunstancias relativas a las capacidades decisionales compuestas a su vez por la capacidad de comprender la información relevante para el asunto específico que debe ser resuelto, la capacidad de apreciar la situación que se tiene como acusado respecto de una decisión específica, la capacidad de pensar racionalmente acerca de los cursos alternativos de una acción y la capacidad de expresar una elección entre alternativas existentes.⁴⁶

⁴⁵ ALBRECHT, Peter, *El Derecho Penal de Menores*. Barcelona, Editorial PPU, 1990. p. 407.

⁴⁶ BONNIE, Richard y GRISSO, Thomas. *Adjudicative Competence and Youthfull Offenders*. En: LEIVA, Leonardo. La especialidad del proceso penal juvenil y el procedimiento abreviado, revista de Estudios de la Justicia, número 25, 2016, p. 122.

En definitiva, según lo analizado y expuesto en este capítulo no resulta lógico impedir la posibilidad de autoincriminarse para los adolescentes, puesto que ello sería altamente contrario a la posibilidad concreta de autodeterminación de este grupo etario y a las normas internacionales citadas, no existiendo por lo demás normas procesales que lo impidan a nivel interno.

Del mismo modo, no es plausible admitir la autoincriminación en los términos existentes casi idéntica que para imputados adultos sin efectuar una debida especificación reconociendo criterios de especialidad. Dada esa circunstancia, resulta altamente cuestionable el modo en cómo se verifica la participación concreta de los adolescentes en el contexto existente hoy en nuestro ordenamiento.

Pareciera que dicha participación, pretendida en la Convención Sobre Derechos del Niño, aparece reducida en la forma en que el legislador la ha insertado e internalizado en la ley sobre responsabilidad adolescente, en el marco del proceso penal, no existiendo con claridad una modalidad efectiva de conocimiento, resultando en razón de lo analizado insuficiente los resguardos existentes de dichas garantías.

2.3. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE.

En el contexto establecido, resulta un ejercicio interesante efectuar un somero análisis de algunos pronunciamientos jurisprudenciales, de carácter internacional, así como algunos emanados de los Tribunales de Justicia de Chile.

Dado el punto tratado en el presente artículo, efectuaremos un análisis que comprende elementos relativos a participación y la comprensión del adolescente que en algunos casos exceden lo estrictamente penal, debido a que dichas garantías son más amplias que lo netamente punitivo, sin perjuicio de centrarnos básicamente en ese ámbito.

Adentrándonos en la materia y tal como hemos brevemente adelantado, el derecho de participación de los niños y adolescente se encuentra enmarcado en una gama de

derechos más amplio y que tiene su origen en la Convención sobre Derechos del Niño y específicamente en su artículo 12.1 que perentoriamente señala que: “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.”⁴⁷

En ese orden de ideas, en materia internacional y nacional existen pronunciamientos que en nuestro criterio resultan bastante indiciarios y comunican las normas de la convención adecuadamente con las del sistema penal especializado.

2.3.1. CASO GILLICK V. WEST NORFOLK AND WISBECH AREA HEALTH AUTHORITY.

Nos parece adecuado citar primeramente el caso Gillick. Sucintamente, el caso trata acerca de la aplicación de la Ley de Servicios Nacionales de Salud, de 1977, en que el gobierno del Reino Unido, establecía perentoriamente la obligación de los servicios de salud, en orden a entregar consejo médico y asistencia, en materia de anticoncepción a niñas que consultasen al respecto. Frente a dicha medida, Victoria Gillick, madre de 5 niñas, solicitó en forma preventiva que ninguna de sus hijas recibiera tratamiento anticonceptivo, ni consejo técnico al respecto, en razón de fundamentos de carácter valórico.

No obstante, haber logrado impedir en fases preliminares del proceso, el otorgamiento de la asesoría señalada y que constaba en la respectiva circular del servicio de salud inglés, finalmente la House of Lords británica en el año 1985, rechazó la petición efectuada por los padres de las niñas Gillick.

⁴⁷ Convención sobre los Derechos del Niño.

Los fundamentos del rechazo, son del todo atingentes al tema tratado, puesto que la House of Lords, estableció entre otras consideraciones, que: “Los derechos parentales para controlar al niño no existen en beneficio de los padres... [sino que] están establecidos en beneficio del niño y están justificados sólo hasta el punto en que le permitan al padre el cumplimiento de sus deberes hacia el niño... Por cierto que el consentimiento de los padres debe normalmente ser consultado, pero ese consentimiento puede muchas veces no estar disponible de inmediato. En condiciones que el paciente, no importa si niño o niña, es capaz de entender lo que se le propone y de expresar sus propios deseos, no observándose dónde puede haber una buena razón para sostener que él o ella carece de la capacidad para expresarlo válida y efectivamente”. Y agrega “Después de todo, un menor de 16 años puede, claro, con ciertos límites, contratar... demandar y ser demandado, entregar evidencia y testimonio bajo juramento”.⁴⁸

Expresa adicionalmente, que: “Es preciso tener en cuenta que un niño llega a ser independiente en la medida que va creciendo; mientras el niño es mayor, la autoridad parental va —correspondientemente— disminuyendo. Por lo mismo, la ley no reconoce ninguna regla de autoridad parental absoluta sobre alguna determinada edad. En cambio de ello, los derechos parentales son reconocidos por el derecho sólo en cuanto ellos son necesarios para la protección del niño, por lo que esos derechos ceden frente a los derechos del niño a tomar sus propias decisiones cuando ha alcanzado el suficiente entendimiento e inteligencia para ser capaz de tomar una decisión [informada] a su propio cargo”.⁴⁹

En nuestro entender y sin perjuicio de la fecha del pronunciamiento, la House of Lords, determinada adecuadamente, la progresividad de la autonomía de los adolescentes y niños, priorizando con total corrección la importancia del parecer de los

⁴⁸ LOVERA, Domingo. *Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: de la Protección a la Autonomía*, En: Justicia y Derechos del Niño, número 11, UNICEF, 2009. p 23.

⁴⁹ Loc. Cit.

adultos responsables, en las decisiones de los niños, más aún, cuando se encuentran relacionados con la aplicación de una política pública de salud. Como se ha mencionado, el caso no tiene estricta relación con el ámbito del proceso penal juvenil, pero resulta atingente en determinar los alcances de la participación de los niños en los asuntos que le afecten.

2.3.2. CASO IN RE E. T. C. JUVENILE.

En segundo término y en un aspecto diverso en cuanto al tema de fondo debatido, pero plenamente atingente desde la participación y conocimiento de adolescentes enfrentados a procesos penales, estimamos relevante citar el fallo *In Re E.T.C. Juvenile*, 141 VT. 375 (1982), Corte Suprema de Vermont.

En efecto, el caso trata acerca de tres jóvenes acusados de efectuar robos en domicilios cercanos al Hogar Comunitario que habitaban. Efectuando las pesquisas investigativas preliminares la Policía de Vermont, efectúa interrogatorios a los jóvenes en presencia de Director del Centro, realizando las correspondientes advertencias del catálogo “Miranda”, en orden a contar con abogado defensor no autoincriminarse y guardar silencio.⁵⁰

En dicho contexto, el encargado del Centro en presencia de la Policía actuando como cuidador de un joven, lo insta a actuar “correctamente” y a “ser derecho”, lo que implicó la admisión del delito atribuido, siendo con posterioridad condenado, valorándose dicha admisión de responsabilidad, ordenándose el ingreso a cumplir la sanción impuesta en la respectiva Correccional.

Deduciéndose apelación, la defensa del joven sostuvo que dicha declaración debía ser suprimida, en razón de haberse impedido consultar los aspectos esenciales del

⁵⁰ ESTRADA, Francisco. *La Renuncia a Guardar Silencio por un Adolescente en Nuestro Ordenamiento y en el Estadounidense. Comentario a propósito del Fallo In Re E.T.C. Juvenile*, 141 VT. 375 (1982) Corte Suprema de Vermont. En: Revista de Derechos del Niño, números 3 y 4, UNICEF, 2006. pp. 181-194.

proceso o la materialización de los derechos que le asistían con un adulto interesado, careciendo el joven de la voluntariedad y conocimiento adecuados.

Dicha impugnación, fue acogida por la Corte Suprema del estado de Vermont, revirtiendo la decisión original, en atención que la gama de derechos especiales que le asisten al adolescente no pueden ser renunciados sin el consejo de un adulto responsable e interesado, debiendo haber sido notificado de tal diligencia. En esta materia, la Corte Suprema de Vermont establece que: “Este Estado, como todos los demás, ha reconocido el hecho que los jóvenes muchas veces carecen de la capacidad y la responsabilidad de darse cuenta de todas las consecuencias de sus actos. Como resultado de este reconocimiento, los menores son incapaces de ejecutar un contrato vinculante, incapaces de adquirir bienes raíces e incapaces de casarse por su propia voluntad. Sería ciertamente, inconsistente e injusto, establecer que aquellos a quienes el estado ha estimado incapaces de contraer matrimonio, o comprar bebidas alcohólicas, o incluso donar su propia sangre, debería ser compelido a pararse en el mismo pie que los adultos cuando s eles pide una importante renuncia a derechos en el momento más crítico para él y en un atmósfera muy extraña y poco familiar”.⁵¹

Tal como lo plantea Estrada y compartiendo su criterio al analizar la sentencia de Vermont, la Corte Suprema ha exigido una serie de elementos que den contenido a los derechos del adolescente y que ciertamente exceden de la mera lectura o apercebimiento de los derechos “Miranda”. En efecto, se individualiza la necesidad de que el joven pueda haber tenido la opción de comunicarse con un adulto, el que debe estar genuinamente interesado, más allá de un rol meramente formal, y debe ser independiente a la persecución penal, debiendo estar informado acerca del proceso e informar al joven.

Si se observa con atención el contenido de la sentencia y los elementos exigidos vinculados a la materialización de los “Miranda Rights”, y haciendo una vinculación con

⁵¹ Loc. Cit.

la problemática tratada con anterioridad a propósito del artículo 31° de la Ley 20.084, pareciera establecer que el nivel de exigencia requerida en el Fallo, obliga dar contenido a la mera lectura de derechos con elementos que lo rodeen y nutran de contenido a la actividad investigativa persecutoria, no bastando con la simple lectura.

En dicho sentido, como hemos planteado al momento de tratar el artículo 31°, la mera lectura de derechos o la sola presencia del abogado defensor, no constituyen en sí elementos que provoquen de manera automática la plena vigencia de la comprensión del adolescente del sistema de enjuiciamiento y del proceso que enfrentan. Se requiere por tanto, una articulación distinta, un lenguaje apropiado y una nueva forma de aproximación a la adolescencia, basada en una justicia especializada, que no se auto satisfaga con cumplimientos formales y apunte a lo sustantivo.

Tal como lo reseñan oportunamente Duce y Couso, en referencia al caso: “La Corte Suprema de dicho Estado (refiriéndose a Vermont) ha sostenido que para renunciar al derecho a ser asesorado por un abogado y a guardar silencio se requiere previamente que el joven sea asesorado o reciba el consejo de un tutor o consejero responsable y que, además, se notifique a su representante antes de cualquier interrogatorio. Se ha establecido también que el adulto que cumple la función de consejero o asesor no sólo debe estar genuinamente interesado en el bienestar del joven sino que ser completamente independiente de la persecución penal y estar informado de los derechos de la persona a quien presta consejo.”⁵²

2.3.3. CASO T Y V CONTRA REINO UNIDO.

En línea con lo planteado y en estrecha relación con la participación concreta de adolescentes frente a la problemática del enjuiciamiento penal, ligando lo anterior a la defensa material que éstos pueden ejercer, resulta atinente citar la Sentencia del

⁵² COUSO Jaime, DUCE, Mauricio. El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado [en línea] *Política Criminal*, julio 2012, volumen 7, número 13, p. 49. <política criminal> [consulta: 13 septiembre 2018]

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 16 diciembre 1999, recaído en el Caso V. contra Reino Unido.

En el caso en particular, de gran notoriedad pública en el Reino Unido dos niños de once años fueron condenados en noviembre del año 1993, como autores del secuestro y el asesinato de un niño de dos años, aecido en la ciudad de Liverpool.⁵³

El proceso, se celebró en forma pública ante el Tribunal de la Corona (Crown Court) siendo en definitiva sancionados los jóvenes inculpados a una pena de privación de libertad de duración indeterminada, mediante un período de internamiento punitivo establecido por el Ministro de Interior inglés.

En razón de dicha sentencia y concluido dicho período, los reclusos debían ser puestos en libertad a menos que en opinión de la Comisión de Libertad Condicional representen una amenaza para la sociedad. En dicho contexto, se estableció un período punitivo de quince años para cada uno de los niños, siendo finalmente anulada dicha resolución en un procedimiento de revisión judicial ante la House of Lords en 1997.

Básicamente, la presentación efectuada por los demandantes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, se fundaba en que dada su edad, el juicio celebrado en audiencia pública ante un Tribunal de la Corona instituido para los adultos, así como la naturaleza punitiva de la condena que les fue impuesta, constituyen una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en particular de su derecho a no ser sometidos a penas o tratos inhumanos o degradantes, así como haberseles privado de un proceso equitativo, agregando que la condena de privación de libertad durante el tiempo que “plazca a Su Majestad” que les fuese impuesta, supone una violación de su derecho a la libertad, señalando adicionalmente que el hecho de que sea un ministro del Gobierno, y no un juez, el encargado de establecer la duración del período

⁵³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia 24888/94 y 24724/94, Casos T. y V. contra Reino Unido, [en línea] <<http://www.trastornosmentalesyjusticiapenal.com/portfolio-item/stedh-caso-t-y-v-contra-reino-unido-de-16-de-diciembre-de-1999/>> [consulta: 10 octubre 2018]

privativo de libertad, vulnera los derechos que les garantiza el artículo 6° del Convenio citado.

Finalmente, denunciaron que hasta la fecha de la presentación de su reclamo, no les fue permitido someter la legalidad del mantenimiento de su privación de libertad al control de un órgano judicial, como la Comisión de Libertad Condicional.

Al resolver el asunto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, efectuó un pronunciamiento del todo lógico y coherente con la normativa internacional, expresando con claridad que es esencial tratar a un niño acusado de una infracción, de una manera que tenga en cuenta su edad, su madurez y sus capacidades en el plano intelectual y emocional, y tomar medidas para favorecer la comprensión del procedimiento y su participación en él.

Añadiendo el Tribunal que el juicio al que fueron sometidos los demandados se celebró durante tres semanas en audiencia pública ante el Tribunal de la Corona y provocó un interés extraordinario en la prensa y en la opinión pública, dentro y fuera de la sala del juicio, hasta el punto de que el juez se refirió en su recapitulación a las dificultades causadas por la enorme publicidad que rodeó la comparecencia de los testigos y pidió al jurado que lo tuviera en cuenta al valorar sus declaraciones. Dada la juventud de los demandantes, se adoptaron medidas especiales por ejemplo se les explicó el procedimiento judicial, se les llevó a ver la sala del juicio con antelación y se redujo la duración de las vistas para no cansarles demasiado. No obstante, los formalismos y rituales del Tribunal de la Corona debieron resultar a veces incomprensibles e intimidatorios para unos niños de once años. Hay pruebas de que algunos de los cambios en la sala del juicio, en concreto el banquillo elevado diseñado para que los demandantes pudieran ver lo que ocurría, aumentaron su sensación de incomodidad durante el juicio ya que se sintieron sometidos al escrutinio de la prensa y del público. Ha habido pruebas psiquiátricas de que ambos demandantes sufrían trastornos de estrés postraumático en el momento del juicio, como consecuencia de lo que le habían hecho al niño de dos años, y que les resultaba imposible hablar del delito con sus abogados. El juicio les causó miedo y aflicción y fueron incapaces de

concentrarse durante su transcurso. En tales circunstancias, el Tribunal estima insuficiente, a los efectos del artículo 6.1, que los demandantes estuvieran representados por letrados competentes y con experiencia. Aunque sus representantes legales estuvieran situados, como precisa el Gobierno, «tan cerca que podían hablarles al oído», resulta poco probable que los demandantes se sintieran lo bastante a gusto, en una sala donde reinaba un ambiente tenso y se sentían sometidos a las miradas inquisidoras del público, como para conferenciar con sus abogados durante el juicio. Dada su inmadurez y su estado de consternación es probable que fueran incapaces de colaborar con sus abogados incluso fuera de la sala y de proporcionarles información para articular su defensa. Por tanto, los demandantes no gozaron de un proceso equitativo en violación del artículo 6.1.

Compartimos el análisis efectuado por el profesor Miguel Cillero, que comentando el fallo citado expresa: “Del análisis de esta sentencia, y de los instrumentos internacionales que garantizan un juzgamiento especializado para los adolescentes, se desprende que en la Justicia penal de adolescentes no es posible sustituir la voluntad del imputado que no puede participar del juicio, por carecer de la madurez suficiente o de la asesoría letrada adecuada para comprender el contenido del proceso; tampoco es válida una condena en que, debido a la forma en que se ha llevado el proceso, la voluntad del adolescente ha quedado anulada o si se ha impedido, de cualquier forma voluntaria o involuntaria, que el adolescente participe en él.”⁵⁴

En el mismo sentido y precisando los alcances del fallo, en el texto citado anteriormente se reproducen las opiniones técnicas, emanadas de profesionales de la ciencia relativas a su percepción acerca de la comprensión de los niños acerca del proceso que afrontaron. En efecto, se cita la opinión del doctor Bentovim, que compareció como perito en el juicio, quien señala: “En mi opinión, en base a su inmadurez y su edad en el momento de los hechos y del proceso, (V.) era incapaz de

⁵⁴ CILLERO, Miguel. *Notas Sobre el Derecho a la Defensa Penal de Adolescentes*. En: Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Documento de Trabajo número 6, diciembre de 2006.

comprender perfectamente el desarrollo del procedimiento, con la excepción de los principales actos en los que él era responsable. (...) (Vista) su inmadurez, me parecía muy dudoso que él comprendiera suficientemente la situación para dar instrucciones claras a su abogado para representarle (...). Aunque, hablando en propiedad, él tenía más de diez años en el momento de los hechos, estoy convencido que él no tenía la madurez psicológica o afectiva de su edad”.⁵⁵

En la misma línea, se cita la opinión de Sir Michael Rutter, profesor de psiquiatría infantil del Instituto de psiquiatría de la Universidad de Londres, quien refiere: “Así mismo, se me ha invitado a pronunciarme sobre los efectos que puede tener un largo proceso público sobre los niños en general, y (sobre V.) en particular, desde el punto de vista mental y emocional. En mi opinión, el procedimiento de juicio tal y como se aplica a niños de la edad de (V.) presenta dos aspectos negativos. En primer lugar, una de las graves consecuencias de un largo proceso es el retraso inevitable que supone en la asistencia psicológica y terapéutica necesaria. A la edad de diez años, un niño está en una fase en la que su desarrollo psicológico va a proseguir aún durante muchos años y es importante en grado sumo no interrumpir este desarrollo de manera prolongada por un procedimiento de juicio. Especialmente, cuando un niño comete un acto grave, como el asesinato de otro niño, es esencial que pueda hacer frente a la realidad de su acto y a todo lo que de éste se deriva. Esto es imposible mientras dura el proceso, cuando el Tribunal no se ha pronunciado todavía sobre la culpabilidad. Concluyo, por lo tanto, que el largo procedimiento de juicio es inevitablemente perjudicial para un niño de solamente diez u once años (incluso mayor)”.⁵⁶

Como se puede apreciar, nos encontramos frente a un caso de imposibilidad material de participación y de defensa material extrema. Los niños de once años, juzgados y condenados a una pena indefinida temporalmente en condiciones atentatorias al debido proceso, no pudieron ni siquiera relacionarse adecuadamente con su defensa en

⁵⁵ CILLERO, Miguel. Op. Cit., p. 20.

⁵⁶ CILLERO, Miguel. Ob. Cit., p. 20.

términos de impedirles prácticamente intervenir, no comprendiendo el sentido ritual del proceso, su finalidad, lo derechos que le asistían, ni la posibilidad de comunicarse con los letrados que los asistían, como ha dicho el Tribunal circunstancias que provocaron en la práctica la mayor completa indefensión de los cargos formulados.

2.3.4. CASO INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS CONTRA IX ZONA ARAUCANÍA, CARABINEROS DE CHILE.

Finalmente, dentro de este breve análisis jurisprudencial se estima necesario citar un fallo que fomenta en nuestro criterio adecuadamente la participación de adolescentes en el contexto de proceso penales y determina correctamente los elementos relativos al principio del interés superior del niño.

Es necesario aclarar que en materia de artículo 31° de la Ley 20.084, existe una nutrida jurisprudencia, emanada de diversos Tribunales de Justicia, no efectuaremos un análisis a ese respecto, en razón de que como hemos señalado, en nuestro criterio, no constituye en la norma un elemento que propenda a la plena información y conocimiento de las garantías del proceso, sino que discurre bajo la lógica de la validez de determinadas diligencias procesales que recaen sobre adolescentes. Al respecto y en el capítulo pertinente efectuaremos ciertas propuestas frente al punto.

En concreto, el caso que nos ocupa se refiere al recurso de amparo presentado y acogido en favor de los niños M.M.Q, J.M.M, L.M.H y F.L.L.N, miembros de la Comunidad Temuicui, respecto del actuar de funcionarios de Carabineros la Prefectura de Malleco, acción interpuesta por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, al cual se adhirió la Defensoría Penal Pública, impugnación tramitada bajo el Rol N° 604-2012, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco. En efecto, la acción constitucional de amparo se funda en que con fecha 23 de julio del año 2012 un grupo de personas pertenecientes a la comunidad Temuicui hicieron ocupación pacífica del fundo La Romana, en la comuna de Ercilla, mismo día en que Carabineros procedió a desalojar y detener a los y las comuneras participantes de la toma, entre los que se

encontraban niños y niñas, contexto en el que familiares de los detenidos se reunieron en horas de la tarde a fin de poder visitar a los mismos en el hospital de Collipulli.

Se agrega que en las inmediaciones del hospital estaba apostado un bus de Carabineros, con personal en su interior, descendiendo del mismo al ver a los familiares, comenzando a disparar sin que exista motivo para ello, resultando numerosas personas con heridas por impactos por proyectiles de perdigón, entre ellos, niñas y niños, además de adolescentes, mismo tiempo que no permitía el paso al hospital ordenando se retiran del lugar. Entre los heridos se encontraban los adolescentes indicados, acompañando el recurso fotografías del estado físico en que se encontraban los mismos, con posterioridad al ataque de las Fuerzas Policiales.

El punto atingente al presente artículo, lo constituye el hecho que en la tramitación de la acción de amparo, la Defensoría Penal Pública con fecha 6 de agosto de 2012, solicitó a la Corte de Temuco, la realización de una audiencia para escuchar a los niños amparados, fundado la petición en el artículo 12° de la Convención de Derechos del Niño, de la Observación General N° 12 año 2009 del Comité de Derechos del Niño y del artículo 12° del Convenio 169 de la OIT. Se debe mencionar, que la realización de este tipo de audiencias no es de común ocurrencia en la tramitación ante la Cortes de Apelaciones Chilenas, siendo materializada con fecha 17 de agosto de 2012, pudiendo el Tribunal conocer de los propios niños, las circunstancias expuestas en el recurso de amparo respectivo.

Posteriormente y con fecha 3 de septiembre de 2012, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, acoge el recurso de amparo interpuesto y: “ordena a la Prefectura de Carabineros Malleco, efectuar los procedimiento policiales con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, absteniéndose, en lo sucesivo, de afectar los derechos fundamentales de las personas amparadas, teniendo una especial consideración en cuanto a los medios de disuasión que se utilicen para controlar a grupos de personas que provoquen desórdenes, y en especial cuando dentro de dichos grupos de personas puedan haber niños y niñas.” La Resolución, deja expresa

constancia: “Que a fojas 50 se realizó audiencia con los menores, la que es de carácter privado, y se encuentra registrada íntegramente en audio digital.”⁵⁷

Finalmente, se debe indicar que por resolución del 26 de septiembre del 2012, la Excelentísima Corte Suprema, conociendo de la apelación presentada respecto del recurso acogido y en Rol N° 7132-2012, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. En nuestro entender y más allá del caso en particular, lo relevante del pronunciamiento, es la expresa materialización por un Tribunal de Alzada, en orden a escuchar directamente a los adolescentes amparados. Es relevante, puesto que no limita el ejercicio del derecho a una formalidad de comparecencia en particular, sino que atiende a lo urgente y necesario, consistente en precisamente hacerse conocedor de las circunstancias expuestas en el recurso directamente por los niños afectados, es decir, aquilata correctamente el fundamento de la garantía a ser oído y participar.

Concluyendo este análisis jurisprudencial, debemos señalar que indistintamente del origen de los mismos y la materia en particular que tratan, se observa que los fallos citados, adecuadamente priorizan el derecho a ser oído, en correcta armonía con las materias en que se manifiesta.

En este punto, debemos señalar que materias tan disímiles como el derecho a la salud y la educación sexual, la participación en el sistema penal, el derecho a ser oído y las manifestaciones del derecho material de defensa en caso de adolescentes, se comunican bajo la lógica de la Convención, nutriendo a los órganos del estado y las decisiones adoptadas por éstos.

Dicha estrecha comunicación, validan la importancia de citar la jurisprudencia antes analizada, con la finalidad de efectuar un vínculo con lo medular del presente trabajo, en cuanto a participación efectiva de adolescente y niños.

⁵⁷ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, 13 de septiembre de 2012, Rol N° 604-2012, [en línea] < <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> >

CAPITULO III. MODIFICACION NORMATIVA Y PROPUESTAS.

En el presente capítulo, se efectuará un breve análisis de las modificaciones que actualmente se han propuesto legislativamente y que se vinculan al tema central abordado en este artículo, así como proponer algunas medidas concretas que entendemos, aportarían en el debate relacionado a la participación, conocimiento, garantías de los adolescentes que enfrentan un proceso penal y la eventual autoincriminación.

3.1. PROYECTO DE LEY QUE PROMUEVE MODIFICACIONES LEGALES RELATIVAS A LA COMPRESION DEL SISTEMA PENAL POR ADOLESCENTES.

En primer término, debemos señalar que por razones de diversa índole y que van desde la percepción existente en la sociedad acerca del fenómeno de la delincuencia juvenil, así como la constatación empírica de insuficiencia de algunos elementos del sistema juvenil, han provocado que el Poder Ejecutivo haya promovido iniciativas en las materias relacionadas a infancia y adolescencia.

En efecto y en lo concerniente a adolescentes infractores, actualmente en el Congreso Nacional se debate acerca del Proyecto de Ley, iniciado por mensaje de S.E. la Presidenta de la República, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes y a otras normas que indica dicho texto. El proyecto se encuentra contenido en el Boletín N° 11.174-07, ingresado con fecha 4 de abril de 2017 y que a la fecha se encuentra en Primer Trámite Constitucional en el Senado de la República.

Contextualiza el Mensaje de dicho Proyecto, que: “El año 2005 se aprobó la ley N° 20.084 estableciendo por primera vez en Chile un sistema penal especial para hacer efectiva la responsabilidad penal de los adolescentes. Dicha normativa marcó un hito en nuestro ordenamiento jurídico por varias razones. En primer lugar, representó la primera expresión concreta de la necesaria separación respecto del sistema de Administración Pública de los conflictos que presenta la población menor de edad, lo que contribuyó a

superar la perniciosa confusión que propone para estos conflictos el sistema fundado en la doctrina de la “situación irregular”. Además, permitió contar con una herramienta más respetuosa de las garantías que la Constitución asegura a todos los individuos”.

Agrega, en lo pertinente que: “No obstante, la ley N° 20.084 ha demostrado ser insuficiente para alcanzar los resultados esperados. El actual sistema penal de adolescentes no logra reinsertar ni se muestra eficaz en términos preventivos. No solo por cuanto refleja los problemas que enfrenta el proceso penal para aclarar o resolver los diversos casos denunciados, sino que, además, por la total ausencia de contenidos realmente disuasivos en las sanciones dispuestas. A su vez, otras modalidades de reacción se muestran absolutamente desproporcionadas y favorecedoras de la mera desocialización”.⁵⁸

En lo estrictamente relacionado a lo medular del análisis que hemos efectuado, se establece dentro de las reformas a la Ley 20.084, sobre responsabilidad penal de los adolescentes, que la materialización de este modelo requiere ajustes normativos importantes que dan forma y contenido preciso al presente proyecto de ley. Entre ellos destacan los siguientes:

M- Formalización legal de la procedencia del procedimiento abreviado, “Conforme a las evaluaciones realizadas, la aplicación de las reglas generales sobre el procedimiento abreviado no goza de uniformidad a lo largo del país. De ahí que se haga necesario formalizar su procedencia y condicionarlo a un marco de penalidad que guarde una relación de proporcionalidad relativa con la regla prevista para el régimen general. De ahí que se fije, siguiendo el precedente histórico, en torno a las condenas a régimen cerrado inferiores a los tres años de extensión.

⁵⁸ Senado de la República de Chile, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín N° 11.174-07 [en línea] <www.senado.cl> [consulta: 25 septiembre 2018]

La existencia de instancias procesales en que se requiere la concurrencia de la voluntad del imputado y de las que emanan efectos restrictivos de su libertad o derechos se basa en su responsabilidad para adoptar decisiones que puedan ser asumidas como plenamente responsables. Tratándose de menores de edad dicho supuesto aconseja fortalecer las opciones de que se verifique la plena responsabilidad en su decisión. Para ello se propone una instancia judicial destinada a asegurar que el consentimiento se brinde en forma plenamente informada”.⁵⁹

De lo anterior, puede observarse que efectivamente la propuesta efectúa un análisis preliminar correcto y adecuado de la problemática que ha sido descrita con anterioridad y que subyace de la normativa existente, la que empíricamente ha demostrado ser insuficiente. En primer término, plantea que no existe consenso en la aplicación del procedimiento abreviado, intentando el proyecto limitar la temporalidad aplicable en materia de sanciones extremas de privación de libertad surgidas a propósito de un procedimiento abreviado y en segundo término, propone derechamente que el consentimiento de los adolescentes perseguidos penalmente debe brindarse en forma plenamente informada, por lo que se plantea una instancia judicial que así lo garantice, no señalándose en forma precisa la manera en que dicha iniciativa se materializará.

Es del caso señalar, que se ha propuesto modificar el actual artículo 27° de la Ley 20.084, estableciéndose su contenido de la siguiente forma: “El procedimiento abreviado procederá conforme a las reglas generales, a menos que la pena solicitada sea el internamiento en régimen cerrado con programa de reinserción social con una duración superior a los 3 años. También podrá solicitarse una sanción mixta en la medida que se ajuste al plazo antes señalado.”⁶⁰

⁵⁹ Loc.Cit.

⁶⁰ Loc.Cit.

En este punto, se refleja uno de los aspectos medulares de la reforma pretendida. Como puede observarse, la nueva redacción establece que el procedimiento abreviado será aplicable de conformidad a las reglas generales, a menos que la pena exceda los 3 años de régimen cerrado o se sanción mixta.

Dicho contenido, en nuestro entendido grafica un elemento de suma importancia y que ha sido tratado en el presente trabajo, consistente en determinar sistemas de control mayormente efectivos y más depurados respecto de la aplicación de medidas privativas de libertad en caso de adolescentes. En efecto, la circunstancia de que se determina una limitación temporal, implica que existe un interés patente en orden de establecer sistemas de resguardo mayores, los que unidos a los que establece el artículo 27° bis, según se analizará, constituye un control distinto al existente en esta materia actualmente.

Dicha limitación trae aparejada además una segunda observación que confirma lo señalado anteriormente. Si la norma establece, que se permite proceder de acuerdo al procedimiento abreviado hasta los 3 años de sanción en caso de régimen privativo de libertad o sanciones de carácter mixto, nos debiésemos preguntar, que ocurre en el caso que la pretensión del ente persecutor exceda los 3 años de privación de libertad.

En nuestro entender y dado que la norma específicamente refiere que el procedimiento abreviado procederá conforme a las reglas generales, se puede desprender que en el evento de no encontrarse la solicitud de pena dentro de los márgenes establecidos, se debe proceder de acuerdo a las normas del procedimiento penal general, efectuándose el respectivo juicio oral. Dicho análisis, implica el reforzamiento de procedimientos de carácter adversarial, respecto de adolescentes, dada la limitación establecida para inculparse, lo que pudiese permitirnos concluir que dicho efecto, es la materialización de un interés legislativo que pretende reforzar la especialidad en el debido proceso de adolescentes.

En razón de lo que concluiremos al finalizar el presente trabajo, estimamos que dicha limitación transita en la línea adecuada, restringiendo las posibilidades de imposición de medidas privativas de libertad, que se verifiquen en procedimientos abreviados.

El proyecto además propone un nuevo artículo 27° Bis, el que expresaría lo siguiente: “Artículo 27 bis.- Consentimiento informado. Siempre que el consentimiento del adolescente sea condición para acceder a un determinado procedimiento, suspenderlo o ponerle término, el Juez deberá cerciorarse, antes de resolver, de que ha conversado con el defensor privadamente; y que ha sido adecuadamente informado de sus derechos y de las implicancias procesales que conllevan dichas decisiones. Tratándose del procedimiento abreviado en particular, verificará en particular si comprende que renuncia al juicio oral y que podría ser condenado o absuelto. En dichas actuaciones el Juez deberá usar un lenguaje comprensible acorde a la madurez y desarrollo del adolescente.”⁶¹

Si se observa, la normativa propuesta establece un contenido aún más preciso, determinando la obligación positiva al juez que conoce del procedimiento, de cerciorarse más pormenorizadamente de algunos elementos que en criterio del legislador, asegurarían con un nivel de detalle mayor las condiciones en las que se expresaría la manifestación de voluntad. De igual modo, al exigir cerciorarse antes de resolver, e implica que cualquier tipo de duda que se genere en esa instancia acerca de la voluntariedad del joven, en orden a proceder por la vía autoincriminatoria, o la falta de comprensión cabal respecto del proceso penal, los antecedentes que lo forman, o algún otro elemento generaría un inmediato obstáculo a la prosecución del proceso abreviado. En esa línea, la explicación pormenorizada acerca de las consecuencias que acarrearía la aceptación de determinados hechos y la pena aparejada, implican conocimiento concreto de lo que eventualmente se acepta.

⁶¹ Loc.Cit.

Frente a lo señalado y en la explicación en concreto de las características de una pena, su temporalidad y por sobre todo, la manera en que se ejecutará, permite agotar por el juez que finalmente impondrá la sanción la fase de aseguramiento de la voluntad del joven, no quedando dudas en la verificación de como se ha generado su voluntad en determinado sentido.

En este punto, la exigencia de un lenguaje comprensible acorde a la madurez, implica en la práctica un real esfuerzo de materializar el derecho a ser oído y por otro lado diferencia los ritos procesales, existentes respecto de imputados adultos, circunstancia que como hemos anotado, constituye un elemento central del procedimiento abreviado. Un lenguaje cercano por otra parte permite el ejercicio de una defensa material por parte del adolescente, quién comprendiendo los alcances del proceso puede materialmente ejercer los derechos y garantías en un marco de debido proceso especializado.

De igual modo, el hecho que el consentimiento del adolescente sea condición para acceder a un determinado procedimiento, suspenderlo o ponerle término, implicaría en una interpretación amplia que la verificación de elementos volitivos del adolescente en el proceso penal excede la mera autoincriminación en un procedimiento abreviado. En efecto la circunstancia de añadirse la suspensión de un determinado procedimiento, implica que otros institutos procesales, tales como la suspensión condicional del procedimiento o el acuerdo reparatorio, requieren la verificación de la voluntad del adolescente en forma pormenorizada como se exige respecto del procedimiento abreviado. La misma exigencia, es requerida respecto de otro procedimiento, como el procedimiento simplificado, en atención a que dicha verificación se debe efectuar siempre que el consentimiento del adolescente sea condición para acceder, suspenderlo o ponerle término.

En el mismo sentido, discurre la conversación previa con la defensa técnica, exigida por la norma modificatoria, ya que se pretende determinar un nivel de resguardo y protección elevados, mediante la actividad desplegada por un defensor especializado, tal como lo exige la propia ley 20.084, entre otras disposiciones en el artículo 31° ya

analizado, en definitiva se pretende un nivel de concomimiento determinado, para adoptar una decisión trascendente.

Entendemos que la reforma, en caso de materializarse en definitiva en esta materia debiese profundizar en los sistemas de control que verificarían el principio planteado, determinando en forma concreta la manera en que será exigible en la práctica que el adolescente sido adecuadamente informado de sus derechos y de las implicancias procesales que conllevan dichas decisiones. En definitiva la redacción de los artículos 27 y 27 bis, imponen una procedencia acotada en la temporalidad en caso de medidas privativas de libertad, estableciendo, la manera y el momento en que la Judicatura verifica acerca de la voluntad del adolescente, en orden a proceder con las normas del procedimiento abreviado, además de exigir un lenguaje claro y preciso para relacionarse con dicho imputado, el que se encuentra en pleno desarrollo.

En este punto, es aconsejable observar la experiencia comparada en esta materia. A modo ejemplar, el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes de la Procuraduría General de México, en referencia al procedimiento abreviado exige como elemento central de su protocolo que: “Para el procedimiento abreviado se requiere el reconocimiento de haber intervenido en los hechos materia del procedimiento, por lo que se considera que el consentimiento del adolescente deberá ser valorado en relación a su desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez, en términos del artículo 43 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes y el artículo 71 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; debiendo practicarse los peritajes necesarios para la acreditación de dicha circunstancia, lo que será requisito indispensable para que el agente del Ministerio Público Especializado en Justicia para Adolescentes solicite el procedimiento abreviado.”⁶²

⁶² Procuraduría General de la República de México, Subprocuraduría de Control Regional, Procedimientos Penales y Amparo, “Protocolo de Actuación del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. Procedimiento Abreviado” [en línea] México, 2016 <<http://secretariadoejecutivo.gob.mx>> [consulta: 20 de noviembre de 2018]

El antecedente referido, en nuestro criterio determina con precisión el requerimiento relativo a la comprensión de los alcances y determina con una nivel mayor de eficacia, los fines que plantea la modificación debatida actualmente, referida a la información de derechos y alcances de una determinada decisión por parte de los adolescentes, estableciendo elementos de carácter evolutivo y la constatación pericial.

Finalmente, diremos que con independencia de la manera en que avance el debate del proyecto en definitiva y de como se plasme finalmente la modificación legal, teniendo presente que a la fecha de elaboración del presente artículo, el proyecto se encuentra en tramitación constitucional, se puede afirmar que la circunstancia de presentarse un proyecto de ley por el Poder Ejecutivo, que da cuenta de elementos estructurales referidas a la infancia y la adolescencia, y en particular a lo relacionado al presente trabajo, en lo vinculado a la participación, conocimiento, voluntariedad de los jóvenes y adolescentes y su autoincriminación implica un reconocimiento expreso que la realidad normativa existente resulta exigua y no aborda adecuadamente los resguardos que la legislación debe proporcionar en defensa de dichas garantías, sin perjuicio que resulta determinante precisar los alcances de los elementos relativos a consentimiento intriganes de la propuesta y el modo en que este se plasma o verifica materialmente.

3.2. PROPUESTAS DE ACCION.

En razón de todo lo antes señalado, resulta oportuno plantear algunas consideraciones que en nuestro entender pudiesen reforzar en la materialidad dichos principios y que constituirían herramientas que favorecerían la plena protección de las garantías de participación, conocimiento y voluntariedad, basadas en los criterios de maduración analizadas con anterioridad.

De esta forma, estimamos que favorecerían dichas finalidades, los puntos que a continuación se plantean:

3.2.1. SISTEMAS DE CONTROL EN SEDE INVESTIGATIVA.

En primer término, se estima que deben ser fortalecidos los sistemas de control existentes en fase investigativa y en concreto en la realización de diligencias en que participen adolescentes, tendiendo al pleno conocimiento y la participación. Tal como hemos referido, la nomenclatura usada y los alcances del artículo 31° de la Ley sobre responsabilidad penal adolescente, dan un tratamiento al infractor adolescente, que básicamente los constituye en un elemento del sistema sobre el cual recaen diligencias del persecutor penal, no observándose con claridad en dicho estadio la manera en que pudiese verificarse el derecho de participación en base a un conocimiento expreso de los derechos que le asisten pudiéndose colegir un desnivel entre la protección otorgada a los fines investigativos del proceso penal sobre las garantías de los adolescentes, determinándose un peligroso desequilibrio.

Como hemos señalado, según lo observado en la experiencia comparada no es suficiente garantía la mera presencia de un abogado defensor, debiendo existir elementos distintos y convergentes, que en conjunto con la labor del abogado defensor especializado, permitan crear un conjunto sistémico de medidas de refuerzo que aseguren el pleno conocimiento y participación, teniendo en especial consideración el interés superior del niño.

De lo anterior, una mayor proactividad en el resguardo de dichas garantías, contenidos en protocolos internos de materialización de dichas garantías por el ente persecutor y que aborden expresamente la manera en que se entrega la información, en coordinación con la defensa técnica, implicarían un avance significativo en esta materia.

En este punto, no debemos olvidar, que dichas garantías y el hecho de fomentarlas le son exigibles a cualquier órgano, incluso al que sostiene la persecución penal, no sólo a quien efectúa la labor de defensa, por lo que dicha proactividad legitimaría aún en mayor medida el principio de objetividad que lo rige en relación con infancia y adolescencia, existiendo una evidente brecha de mejora en esta área.

Tal como refiere Duce, refiriéndose a las exigencias del artículo 31° de la Ley 20.084: “La idea detrás de esta exigencia tiene que ver con el mayor riesgo que existiría al entregar en forma autónoma a la policía la posibilidad de obtener declaraciones autoinculpatorias del joven, aún con abogado presente. A su vez, la doctrina se ha preocupado de pronunciarse sobre los efectos que debiera tener la infracción de esta regla. Se ha sostenido que ella debiera dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias al interrogatorio por infracción de garantías fundamentales y otros han sostenido otra consecuencia es que debiera ser excluido de un proceso en contra de un adolescente imputado cualquier testimonio de oídas en el que se haga referencia a una supuesta declaración del mismo en sede policial sin cumplimiento de las condiciones analizadas previamente.”⁶³

3.2.2. CONSENTIMIENTO A LA VÍA AUTOINCRIMINATORIA.

De igual modo y tal como lo observa el proyecto de ley citado con anterioridad, el sistema en su conjunto debe instar por asegurar que el consentimiento de adolescentes que opten voluntariamente por la vía autoincriminatoria se brinde en forma plenamente informada. Dicha propuesta efectúa una mirada a futuro en lo concerniente al mejoramiento de las herramientas a nivel de las “instancias judiciales” en el lenguaje de la iniciativa, en que se verifica la manifestación de voluntad, y por otra parte devela que en la actualidad la proactividad de la magistratura en orden de averiguar fehacientemente el conocimiento del adolescente y entre otras consideraciones el contenido de los hechos que se aceptan o admiten o la manera en que se produjo el fenómeno volitivo que concluye en tal aceptación, pareciera requerir elementos de especialización dado el nivel de madurez propio del sujeto investigado.

Habiéndose constituido la vía autoincriminatoria respecto de adolescentes, en una herramienta tan ampliamente utilizada en la actualidad por la justicia penal, ésta se

⁶³ DUCE, Mauricio. El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno [en línea] *Política Criminal*, 2010, volumen 5, número 10, pp. 310-311. <[www. https://scielo.conicyt.cl](https://scielo.conicyt.cl)> [consulta: 26 noviembre 2018]

verifica de una forma exacta a la de imputados adultos, siendo las preguntas formuladas por los jueces a adolescentes infractores las mismas que se efectúan a los imputados adultos, no existiendo ningún proceso diferenciado de averiguación relativo a la madurez del infractor y su desarrollo personal en la toma de decisión. No debemos olvidar, que dicha exigencia tiene imperio a nivel normativo y debe ser exigida.

Dado lo anterior, en nuestro criterio y en el evento que las vías autoncriminatorias, vayan a seguir siendo utilizadas con la frecuencia con la que en la actualidad se producen, estimamos que mínimamente, se debiese exigir a los intervinientes del sistema y en particular a la judicatura un esfuerzo mayor en la averiguación de las condiciones tenidas a la vista para efectuar el reconocimiento de ciertos hechos que acarreen responsabilidad penal y consecuentemente efectos de cierta permanencia en el tramo etario de los justiciables.

Esa especial preocupación, materializaría la especialidad de la justicia juvenil, en el sentido de determinar que el conocimiento y la plena participación, nace en un debido proceso efectivo, en que los encargados de garantizarlo, los intervinientes del sistema penal adolescente, han tenido a la vista las condiciones en que el joven se autoincrimina, aquilatando con la debida preocupación la injerencia de elementos exógenos en su voluntad y la forma que ésta se expresa.

3.2.3. SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS.

Unido a lo anterior, y existiendo demasiados cuestionamientos de carácter jurídico, se aprecia que resultaría absolutamente idóneo en un marco del debido proceso y de especialización de la justicia penal, la vigencia de una norma expresa que impida la aplicación de medidas privativas de libertad, en cualquier ámbito y extensión, en el marco de un procedimiento abreviado, a menos que se incorpore una norma que establezca como requisito de procedencia la expresa constatación que el adolescente está en pleno conocimiento y entendimiento de los efectos que acarrearía en su vida futura la

imposición de una sanción de carácter privativo, en los términos planteados por la modificación legal en actual trámite, a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

Siguiendo en este punto a Leiva: “el abreviado en los términos en que se encuentra regulado en el CPP no debiese aplicarse a los adolescentes ni por razones de diseño del sistema penal juvenil (que involucra los problemas de competencias y capacidades de los adolescentes y las diferencias que el proceso penal juvenil debe tener respecto de los adultos), ni por los argumentos que ha dado la doctrina en el escenario que ha fijado para el debate. Es decir, sin reforma legal no debiese ser aplicable el abreviado a los adolescentes. Y si tal fuera la intención, nos parece que a lo menos la reforma legal debiese tener en consideración los siguientes aspectos.” Añadiendo el autor: “El punto no es negar que producto de un procedimiento abreviado en determinados casos los adolescentes puedan obtener una “mejor” sanción, lo que podría ser adecuado para sus intereses, sino que el punto consiste en que el sistema efectivamente esté diseñado para que eso pueda ocurrir y, más aún, si esto puede ocurrir tratándose de todo tipo de adolescentes”.⁶⁴

Tal como hemos examinado con anterioridad, no existen en nuestro entender, buenas razones que emerjan desde la política criminal, desde el derecho penal especializado, ni de las garantías de participación, el conocimiento y el debido proceso, que pudiesen hacer recomendable la autoincriminación de adolescentes, cuando dicho ejercicio trae aparejado una sanción privativa de libertad. Estimamos que su aplicación, en la práctica se materializa preferentemente como una herramienta que intenta optimizar los recursos del sistema de enjuiciamiento, dejando en un segundo plano el rol que en sí contiene un juicio oral y contradictorio respecto de adolescentes. Dicho proceso, en sí, se encuentra dotado, tal como lo ha desarrollado la doctrina de fines socio-educativos, que la misma ritualidad del proceso, entregan al enjuiciado, muy distintos a los efectos de un juicio de actas y de la mera aceptación de hechos.

⁶⁴ LEIVA, Leonardo. *La Especialidad del Proceso Penal Juvenil y el Procedimiento Abreviado*. Revista de Estudios de la Justicia, 2016, número 25, pp. 105-137.

De igual modo, es dable hacer presente en esa misma línea argumentativa, lo desaconsejable que resultaría fomentar la autoincriminación aún con penas privativas, basada en una lógica de negociación de mejores penas. En nuestro entender, dicha afirmación contiene dos problemas de cierta significación.

El primero, es que la negociación de mejores penas, es una actividad que en muchos casos, exonera abiertamente al joven de participación real, oportuna y concreta en su vinculación al sistema, obviando en gran parte sus condiciones particulares de desarrollo y de su contexto socio educativo. Poco importan en la determinación de esas mejores penas, los elementos personales del adolescente, su vinculación al sistema educativo, su entorno social, puesto que materialmente la pena es identificada y determinada por los intervinientes del sistema penal, defensor y fiscal y consultada una vez determinada al adolescente, con las consabidas escasas posibilidades reales de participar en dicho escenario procesal de acuerdo. En este punto debe destacarse la cercanía observada por los jóvenes, respecto de fiscales y defensores, y en general de los intervinientes del sistema, no existiendo una adecuada diferenciación de roles, tal como se ha expresado en capítulos anteriores.

De igual modo, dicha determinación técnica de la naturaleza de la sanción y la extensión de la misma, obedece en la práctica, a criterios preestablecidos en casos análogos, respeto de determinados catálogos de delitos, no observándose en la generalidad de los casos, elementos de independencia en dicha individualización punitiva.

En segundo término y en dicho escenario las mejores sanciones se negociarían evitando su opuesto, es decir, las peores sanciones. Estas últimas, contextualizándolo así, se pronunciarían por los Tribunales Orales en lo Penal, que conozcan respecto de hechos delictuales atribuidos a jóvenes y adolescentes. Si dicha lógica de las mejores penas, fuese efectiva y nos situásemos en ese escenario, estaríamos asumiendo que la falta de especialidad en la determinación de sanciones de dichos tribunales, los del fondo y que imponen las “peores penas”, fomentaría la admisión de responsabilidad de los

adolescentes investigados, renunciando de paso a su presunción de inocencia y a un proceso contradictorio y justo.

Como hemos señalado, los escasos estudios en la materia, nos han enseñado de la especial propensión de adolescentes en efectuar confesiones y admisiones de responsabilidad falsas, dado el cúmulo de elementos cognitivos y de desarrollo y maduración propios de la etapa que enfrentan.

En definitiva, el contexto de aplicación de medidas privativas de libertad surgidas de procedimientos abreviados, provocaría que el sistema penal especializado, inste por fines ajenos a los principios socio educativos o la prevención especial positiva, a admitir ciertos delitos a los jóvenes, con la finalidad de negociar y obtener “mejores penas”, aún con la posibilidad de que se acepten hechos a lo menos potencialmente no acreditados, careciéndose actualmente de un ejercicio concreto de verificación de la situación en que se admite responsabilidad, sin un criterio diferenciador de adultos.

Si bien, lo anterior podría simplificar en demasía la situación, ello no exime que sea una posibilidad concreta de observación del fenómeno en la actualidad, posibilidad que en sí misma, permite no establecer como admisible la autoincriminación de adolescentes respecto de penas privativas de libertad.

En definitiva y tal como lo plantea Schunemann: “Desde el punto de vista de la prevención especial la atenuación convenida de la pena no resultaría adecuada, pues el condenado no tomaría en serio la sentencia producto del acuerdo, pues se sentiría únicamente como la parte más débil de un negocio transaccional. El arrepentimiento y la comprensión de la propia culpabilidad como motores de la auto-resocialización no pueden fundar una atenuación de la pena en cuanto provienen de un acuerdo que, si no indica lo contrario, inclusive puede contradecirlo.”⁶⁵

⁶⁵ SCHUNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global [en línea] *Dialnet*, 2004, p. 187. <<http://dialnet.unirioja.es/>> [consulta: 05 noviembre 2018]

3.2.4. FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA ADVERSARIAL EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.

Del análisis efectuado con anterioridad, surge la última reflexión, tendiente a fortalecer los modelos adversariales de resolución de conflictos de adolescentes en conflicto con la ley penal. Se aprecia, que un modelo contradictorio, especializado, robustece por un parte las garantías vinculadas a la participación y en segundo término proporciona el adecuado lugar de los principios socio educativos en materia del reproche penal de adolescentes. En materia de adolescencia, las normas del debido proceso, derecho sustantivo y normativas de infancia, se comunican de forma coherente y lógica, puesto que es la única manera de garantizar los fines perseguidos por la especialidad, observándose con nitidez dentro de una formalidad que se hace realmente concreta para el adolescente.

En relación a ese punto, la dinámica misma del juicio de actas, en abstracto resulta poco reconciliable con la de un proceso penal, que en sí mismo mantiene finalidades que propenden el conocimiento de un determinado actuar reprochable por parte del adolescente. El injusto penal, determinado lisa y llanamente, por la aceptación de un hecho que se establece de la lectura de elementos de cargo, no genera en sí el ejercicio pedagógico de la sanción penal, puesto que los efectos de un proceso adversarial en contraposición con la mera admisión de responsabilidad, resultan del todo evidentes.

CONCLUSIONES.

La problemática existente acerca de la comprensión de las alternativas procesales en el marco de la infancia y la adolescencia, enfrentada al sistema penal, resulta una temática variada y compleja en su análisis, más aún en la variable analizada en el presente trabajo, centrada en las posibilidades de la autoincriminación de adolescentes y la renuncia de derechos en sede investigativa, con las anotadas deficiencias participativas en tales diligencias.

Dicha aseveración, se sustenta en la multiplicidad de factores que resulta necesarios abarcar para efectuar propuestas en la materia o bien efectuar una observación general del fenómeno. Decimos en ese contexto, que resulta extensa y variada, debido a las circunstancias relativas a los elementos cognitivos que se encuentran insertos en el ejercicio de la plena participación y a ser oído, en el marco de los derechos que asisten los adolescentes y jóvenes.

Como hemos observado, la propia convención sobre derechos de los niños, reconoce progresividad en las posibilidades materiales de participación, debiéndose adicionalmente circunscribirse a elementos propios del debido proceso, el derecho penal sustantivo y la especialización de la justicia juvenil.

La comunicación de diversas normativas, de origen disímil ha provocado que en distintos contextos, las normas relativas a participación y las garantías de un proceso penal justo, se superpongan en planos de aplicación, no apareciendo necesariamente sostenibles y reconciliables. Como hemos podido observar, al momento de efectuar el análisis de cierta jurisprudencia, los pronunciamientos no han resultado unívocos en orden a sistematizar armónicamente los orígenes disimiles, de las normas que regulan a la infancia y la adolescencia.

El camino recorrido en materia de derechos de la infancia, ha moldeado la exigencia de que los problemas relacionados con la participación disminuyen, con el establecimiento normativo general y transversal que precisamente inste por más

participación, con mayor progresividad, abandonando la lógica tutelar, en la toma de las decisiones que involucren a la infancia, no escapando el proceso penal a dicha realidad.

En ese contexto surge el debate que actualmente se produce legislativamente, acerca de la comprensión del sistema por parte de los jóvenes y en particular en materias tan discutidas como la autoincriminación reglada, especialmente cuando dicha admisión de responsabilidad trae aparejada la imposición de medidas privativas de libertad, que adicionalmente privan del elemento educativo del juicio a los niños y jóvenes infractores de la ley penal, en circunstancias que la ritualidad procesal, en el establecimiento de responsabilidad contiene en sí, un germen de justicia y reproche de diversa índole que la mera lectura de actas levantadas en la investigación del órgano que detenta la persecución penal.

De este modo, estimamos que la comprensión del sistema penal y sus alternativas para el adolescente que lo enfrenta, sólo se encontrara dotado de elementos suficientes que permitan la plena participación, en cuanto se establezca normativamente una serie de elementos de resguardo y garantía de dichos derechos, perfeccionando las posibilidades de participación informada y plena, más allá de formalismos que parecen del todo insuficientes.

Finalmente, luego del análisis efectuado podemos concluir, que los exiguos resguardos existentes en materia de renuncia de los derechos a no auto incriminarse en el marco de diligencias investigativas, así como la aceptación de cargos en procedimientos abreviados, en los casos que sean aplicadas medidas privativas de libertad, obedecen a la carencia de criterios de especialidad por parte de los actores del sistema y a la materialización empírica de tutelarismo en la aplicación de justicia a los adolescentes infractores penales, que ciertamente no son lógicos o coherentes con el trayecto recorrido por los derechos de la infancia.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBRECHT, Peter. "El Derecho Penal de Menores", Barcelona, Editorial PPU, 1990.

BARATTA, Alesandro. "La Niñez como Arqueología del Futuro", en Justicia y Derechos del Niño, número 9, UNICEF, 2007.

BELLOF, Mary. "Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina Actual", Revista jurídica de la Universidad de Palermo N° 1. Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2005.

BELOFF, Mary. "Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina", Revista jurídica de la Universidad de Palermo N° 5. Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2000.

BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano, TERRAGNI, Martiniano y FREEDMAN, Diego. "La Justicia Juvenil y el juicio abreviado", Buenos Aires, 2015.

BERRÍOS, Gonzalo. "El derecho de defensa penal y la Convención sobre los Derechos del Niño: una exigencia de Especialización". en Una deuda pendiente en la Ciudad de Buenos Aires: Justicia penal especializada para personas menores de edad, 1° Edición, Buenos Aires, Ernesto Blanck, 2012.

BERRÍOS, Gonzalo. "Derechos de los Adolescentes y Actividad Persecutoria previa al Control Judicial de la Detención" Revista de Estudios de la Justicia, número 7, 2006.

BONNIE, Richard y GRISSO Thomas. "Adjudicative Competence and Youthfull Offenders", en Leiva, Leonardo. La especialidad del proceso penal juvenil y el procedimiento abreviado, revista de Estudios de la Justicia, número 25, 2016.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Chile el 27 de septiembre de 1990.

CILLERO, Miguel. "Notas Sobre el Derecho a la Defensa Penal de Adolescentes", Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Documento de Trabajo, diciembre de 2006.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación General 12/2009, julio 2009..

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 17/2002, agosto 2002.

DEFENSORIA PENAL PÚBLICA, Documento de Trabajo: "*Recurso de Nulidad y Derechos Fundamentales a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Suprema*", Abril 2017, Rol N° 4.001-2010, Excelentísima Corte Suprema, 24 de agosto de 2010.

DODDS, Malcolm. "Family Law 126 (Old Bailey Press: 2004)", en LOVERA, Domingo. Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: de la Protección a la Autonomía. Justicia y Derechos del Niño, número 11, UNICEF, 2009.

DUCE, Mauricio. "El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno", Revista de Política Criminal, 2010.

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS PUNTO LEX. "Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, Legislación e Historia del establecimiento de la Ley", Editorial Punto Lex, 2007.

EPSTEIN, Robert. "El mito del Cerebro Adolescente", *Mente y Cerebro* N°32/2008.

ESTRADA, Francisco. "La Renuncia a Guardar Silencio por un Adolescente en Nuestro Ordenamiento y en el Estadounidense. Comentario a propósito del Fallo In Re E.T.C. Juvenile, 141 VT. 375 (1982) Corte Suprema de Vermont", *Revista de Derechos del Niño*, números 3 y 4, UNICEF, 2006

FREEMAN, Michael. "Tomando más en Serio los Derechos de los Niños", en Revista de Derechos del Niño, números 3 y 4, UNICEF, 2006.

HERRERA, Marisa. "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino", Justicia y Derechos del Niño, número 11, UNICEF. 2007.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. "Derecho procesal penal", Santiago, Editorial Jurídica, 2002.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, 13 de septiembre de 2012, Rol N° 604-2012.

INHELDER, Barbel y PIAGET, Jean. "De la lógica del niño a la lógica del adolescente", en Serrano, Juan Emilio Adrián. Aprendizaje y Desarrollo de la Personalidad, tema 2: El desarrollo cognitivo del adolescente.

LEIVA, Leonardo. "La Especialidad del Proceso Penal Juvenil y el Procedimiento Abreviado", Revista de Estudios de la Justicia, número 25, 2016.

LEY 20.084. "*Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal*" Ministerio de Justicia. Noviembre 2005. Santiago de Chile.

LOVERA, Domingo. "Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: de la Protección a la Autonomía", Justicia y Derechos del Niño, número 11, UNICEF, 2009.

PÉREZ, Ricardo. "Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes", Justicia y Derechos del Niño, número 9, UNICEF 2008.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE MÉXICO, Subprocuraduría de Control Regional, Procedimientos Penales y Amparo, “Protocolo de Actuación del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. Procedimiento Abreviado”

REDLICH, Alison D. “La Susceptibilidad de los Menores a Hacer Confesiones y Falsas Declaraciones de Culpabilidad”, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Estudios de Derecho Penal juvenil, Santiago, 2011.

RIEGO, Cristián. “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”, Revista Política criminal, Diciembre 2017, volumen 12, número 24.

SCOTT, Elisabeth. “Criminal Responsibility” en COUSO, Jaime, y DUCE Mauricio. Juzgamiento Penal de Adolescentes, 1ª edición, Santiago, 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. “Cuestiones Básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”.

SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín N° 11.174-07.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia 24888/94 y 24724/94, Casos T. y V. contra Reino Unido.