



UNIVERSIDAD DE AUSTRAL DE CHILE

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

**LA NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL
20.084. PRINCIPIOS INSPIRADORES, GARANTÍAS Y SU
FUNDAMENTO RESPONSABILIZADOR**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

PROFESOR PATROCINANTE: SUSAN TURNER SAELZER

ALUMNO: XIMENA DEL PILAR TRIVIÑOS LESPAL

VALDIVIA, NOVIEMBRE DE 2007

Informe de memoria de prueba

Me corresponde informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales presentada por doña Ximena del Pilar Triviños Lespai, denominada “La nueva Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (N° 20.084): principios inspiradores, garantías y su fundamento responsabilizador”.

El trabajo se estructura en cuatro capítulos: el primero, destinado al análisis histórico de las leyes nacionales sobre tratamiento de los menores infractores de ley. El segundo capítulo está dedicado a los principios generales recogidos por la nueva Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y el tercero, a las garantías procesales aseguradas por la misma al menor infractor. Por último, el capítulo cuarto se refiere a la imputabilidad y responsabilidad del adolescente infractor de acuerdo con la nueva normativa.

El estudio de la evolución histórica del tratamiento legal de los menores infractores resulta de interés, en la medida que permite sentar algunas tendencias en nuestro ordenamiento jurídico. El trabajo recoge con precisión las principales modificaciones relativas a la persecución penal de los menores de edad. Sin embargo, no logra llegar a conclusiones que abarquen la evolución normativa en su totalidad.

El capítulo segundo, relativo a los principios generales de la Ley 20.084, repasa los instrumentos internacionales de mayor influencia en los modernos sistemas de responsabilidad penal adolescente y describe, sucintamente, tres ordenamientos comparados en esta materia: el español, el costarricense y el brasilero. Este acápite habría ganado en relevancia en la medida que la autora hubiese realizado referencias comparativas con el sistema penal de adultos.

En el tercer capítulo de la presente memoria de grado, se exponen las garantías procesales consagradas en la nueva normativa. Este constituye un tema que, por sí solo, habría bastado como objeto de estudio de un trabajo de esta naturaleza. En efecto, el contenido y las consecuencias que estos principios procesales tienen tanto para el aspecto sustantivo como adjetivo de la responsabilidad penal de los adolescentes, ameritan un análisis de los mismos en profundidad. La autora se limita a hacer una descripción de las referidas garantías, con una bibliografía especializada muy escasa de respaldo.

Es en el cuarto acápite en donde el trabajo muestra mayores carencias. Los elementos de la responsabilidad penal son por esencia complejos. Su estudio particular habría supuesto el manejo de una bibliografía abundante y que sobrepasa los márgenes de una tesis de pregrado. Sin embargo, y aún asumiendo que el presente trabajo no estaba centrado en el

aspecto sustantivo penal, habría sido deseable una mayor precisión por parte de la autora. Si bien la literatura nacional se refiere generalmente a la teoría del delito referida a los adultos como sujetos de persecución, a partir de ella se pueden extraer algunas reflexiones importantes que marcan la diferencia entre el sistema de responsabilidad penal del adulto en relación con el del adolescente. Tampoco la separación nítida y necesaria entre la vía infraccional y la proteccional logran un desarrollo coherente en el trabajo.

Las debilidades del trabajo se manifiestan a lo largo del mismo y consisten fundamentalmente en la poca claridad conceptual, las dificultades en la redacción y la falta de conclusiones y vinculaciones entre las distintas aristas del tema central. Quedan de manifiesto ciertas dificultades de la postulante para trabajar con las fuentes bibliográficas y de extraer, a partir de ellas y sin necesidad de citas textuales, conclusiones propias.

En general, estimo que se trata de un trabajo de investigación relativamente ordenado y fundamentado, que contiene algunas reflexiones propias de la autora dignas de resaltarse pero que denota, asimismo, dificultades en el análisis bibliográfico y en la utilización del lenguaje jurídico. El régimen de citas es adecuado y suficiente.

Por lo expuesto, califico la presente memoria de prueba con nota 5,0.



Susan Turner Saeizer

Profesora Derecho Civil

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

Valdivia, septiembre de 2007.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1. Antecedentes históricos de las leyes sobre tratamiento de menores infractores en el derecho chileno	3
1. Evolución en nuestro país de las leyes de menores y normas adecuatorias hasta la ley de responsabilidad penal del adolescente infractor	3
1.1 Medidas cautelares. Artículo 16 de la ley 16.618	5
1.2 Prisión preventiva y discernimiento	5
1.3 Artículo 16 bis	6
1.4 Discernimiento	7
2 La ley 20.084	11
CAPITULO 2. Principios generales que recoge la ley 20.084	15
1. Principios recogidos de instrumentos internacionales	15
1.1 La Convención Internacional sobre derechos del niño	18
1.2 Las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad del año 1990	21
1.3 Las directrices de RIAD	23
2. Sistemas de responsabilidad juvenil de España, Costa Rica y Brasil	24
2.1 Sistema español	28
2.2 Sistema de Costa Rica	29
2.3 Brasil y el Estatuto del niño y Adolescente	29
CAPITULO 3. Garantías procesales aseguradas al menor en la ley 20.084	33
1. Garantía sustantiva	33
1.1. Principio de legalidad	33
2. Garantías procesales	35
2.1. Principio de jurisdicción	35
2.2. Principio de legalidad del Procedimiento	36
2.3. Principio del contradictorio	36
2.4. Principio de la inviolabilidad de la defensa	38
2.5. Presunción de inocencia	38

2.6. Principio de impugnación	40
CAPITULO 4. La imputabilidad y la responsabilidad del adolescente infractor en la ley 20.084	41
1. Concepto de culpabilidad	41
2. Concepto de imputabilidad	42
3. La edad mínima de responsabilidad	44
4. Discernimiento	47
5. La responsabilidad	49
5.1. Sanciones privativas de libertad	52
5.2. Sanciones no privativas de libertad	52
CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	55

INTRODUCCIÓN

Una vez instaurada íntegramente la reforma procesal penal en nuestro país, es decir, a partir de diciembre del 2000, quedaron de manifiesto las falencias y desigualdades que surgían entre el tratamiento penal de los adultos y de los adolescentes. Fue el compromiso adquirido por el Estado frente a ciertos instrumentos internacionales el que fue impulsado para la adecuación del amplio ámbito de la legislación relativa a la infancia; desde la igualdad entre los hijos (ley 19.585), la eliminación de los Juzgados de Menores y el establecimiento de los Tribunales de Familia (ley 19.968) hasta hoy, la implementación de un sistema especial de responsabilidad penal para los adolescentes infractores (ley 20.084).

Nuestra legislación de menores, contenía normas que recogían la llamada “doctrina de la situación irregular”, que considera al menor de edad un objeto del derecho, susceptible de *compasión-represión*, desarrollada a partir de la instauración del primer Tribunal de Menores en Chicago del 1899, en Estados Unidos de Norteamérica.

Destaca su afán proteccionista, en el sentido que el menor de edad entraba en el complejo sistema penal, además de haber incurrido en faltas, por su carencia material o abandono, el haber cometido un hecho que constituyera un delito cualquiera sea su gravedad; crimen o simple delito e inclusive faltas.

La gestación de una serie de principios que propiciaban una justicia restauradora y reintegradora del adolescente a la sociedad, se plasmaron primero, en recomendaciones o directrices a los Estados, emanados de la Declaración de los derechos del niño, para culminar en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, la cual fue acogida tímidamente por países de nuestra región, pioneros en implementar un sistema especial de responsabilidad juvenil.

Es esta Convención Internacional, la que establece en sus artículo 37 y 40, las garantías procesales mínimas de un adolescente acusado de cometer una infracción penal. Hasta antes de la Convención, el procedimiento seguido en contra de un menor, no contemplaba la presencia de defensor, no existía una instancia para que realizara sus descargos, no se fijaban límites de tiempo para su internación y el menor quedaba sometido a exámenes discrecionales y subjetivos como lo era el trámite del discernimiento.

El nuevo sistema penal especial para el adolescente infractor, rebajó la edad que fija la responsabilidad penal a los 14 años de edad, eliminando el examen del discernimiento.

Este sistema especial, requería de la implementación de sanciones exclusivas y diversas de aquellas impuestas a los adultos, con una acentuada finalidad de reinserción futura a la sociedad del adolescente infractor.

CAPITULO 1: Antecedentes históricos de las leyes sobre tratamiento de los menores infractores en el derecho chileno.

1 Evolución en nuestro país de las leyes de menores y normas adecuatorias, hasta la ley de responsabilidad penal del adolescente infractor 20.084.

Nuestro Código Penal promulgado en 1874, en su texto original establecía en su artículo N° 10 que estaban exentos de responsabilidad criminal el menor de 10 años; también se encontraban en esa calidad el mayor de 10 y el menor de 16 años, a no ser que constara que haya obrado con discernimiento.

Luego, la ley N° 4.447 de 24 de octubre de 1928, modificó la anterior disposición, estableciendo la edad de 16 años como límite a la inimputabilidad absoluta (que se mantenía hasta hace poco) y establecía como el período de presunción de inimputabilidad a las edades comprendidas entre los 16 a 21 años de edad. Al mismo tiempo esta ley disponía que la declaración de discernimiento la debía hacer el juez de menores, y se creó conjuntamente la Dirección General de Protección de Menores y Reformatorios¹.

Con posterioridad se dicta la ley N° 11.183 del 10 de Junio de 1953, que rebajaba la edad de 21 a 18 años, que es la edad que rige en la actualidad, imponiendo la obligación de elevar a consulta la resolución, que declarara sin discernimiento a un menor inculcado por un delito que merezca pena aflictiva.²

La ley 14.450 de 1961, uniformó la justicia de menores con la justicia ordinaria, tratando materias como la delincuencia juvenil y la vagancia infantil. Un año más tarde, esta ley, estableció garantías; puesto que exigía la constatación de que el menor había cometido el hecho y la participación que le había correspondido antes de aplicar las medidas de protección³.

La ley de Menores N° 16.618 del 8 de marzo de 1967, que es una de las disposiciones más importantes aplicables a los menores, regulaba la policía de menores y sus funciones, a los tribunales de menores en cuanto a su organización, sus atribuciones, y las medidas de protección a los menores.

Comprendía en este último término, a los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, que hayan obrado sin discernimiento, que hayan sido inculcados de

¹ Citado por Gómez Gallardo, Giovanna, “Legislación sobre Responsabilidad Penal Juvenil, propuestas legislativas y su adecuación a los Tratados Internacionales”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2002. Pág. 9.

² Ibid. Pág. 11.

³ Ibid.

crimen, simple delito o falta, quienes debían ser juzgado por el Juez de Letras de Menores respectivo, de acuerdo al artículo 28 de la original Ley de Menores. La resolución que declaraba la falta de discernimiento era consultada a la respectiva Corte de Apelaciones, cuando el delito merecía pena aflictiva, la Corte se pronunciaba en cuenta sin otro trámite que la vista del fiscal, salvo en el caso que se hubieran pedido alegatos.

Esta declaración, de haber obrado con o sin discernimiento, le correspondía efectuarla al Juez de Menores, oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores o a alguno de sus miembros en la forma que determine el Reglamento. Cabe señalar que las disposiciones que regulaban el funcionamiento de dicho Consejo fueron derogadas por el artículo 23 del D.L. N° 2.465, publicado el año 1979.

Respecto de los menores inculcados en un crimen, simple delito o falta, el juez de menores podía adoptar alguna de las medidas establecidas en el artículo 29, entre ellas la de confiarlo a algún establecimiento adecuado que el juez determine. Ahora bien, en tanto los menores recogidos por hechos no constitutivos de crimen, simple delito o falta, el Juez de Menores podía también aplicarle alguna de las mismas medidas, sin necesidad de llamarlo a su presencia.

Así entonces, estas normas se aplicaban indistintamente a los infractores de la ley penal y a aquellos menores que requerían de asistencia y protección.

La ley 19.806, publicada el 31 de mayo de 2002, conocida como Normas Adecuatorias del sistema Legal chileno a la Reforma Procesal Penal, introdujo, en su artículo 37 modificaciones a la Ley de Menores.

Esta normativa intentaba armonizar sus disposiciones con el Sistema de Investigación, Juicio Público y contradictorio, corrigiendo aquellas contenidas en la Ley de Menores que aparecían contrarios a las garantías fundamentales a la luz del compromiso internacional adquirido por el país en cuanto a la normativa internacional.⁴

El objetivo de estas normas era corregir las dificultades de la doctrina de la situación irregular. Perseguida, hacer posible la interacción de los nuevos órganos de la Reforma Procesal Penal con los jueces de menores y adecuar el ejercicio de sus funciones al escenario de la reforma, pero además efectuaba diversas correcciones de carácter estructural en ámbitos como la competencia de los tribunales, los procedimientos, y una incipiente distinción entre lo proteccional y lo infraccional.⁵

Señalaré a continuación, las normas adecuatorias, con trascendencia para este estudio.

⁴ Geisse Graepp, Francisco. "Bases y Límites para la responsabilidad penal de los adolescentes". En Revista de derecho (Valdivia), Julio 2003, Vol.XIV, Pág.99-124. ISSN N° 0718-0950 versión on line.

⁵ Ibid.

1.1 Medidas cautelares. Artículo 16 de la ley 16.618 de menores.

Carabineros debía poner a disposición a los mayores de 16 y menores de 18 años de edad y que se encontraran en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, directa e inmediatamente, a disposición del juez de garantía competente.(menores detenidos por orden judicial o en delito flagrante).

Si se solicitaba ampliación del plazo de detención en conformidad al artículo 132 del Código Procesal Penal, la detención se haría efectiva en los Centros de Observación y Diagnostico (COD) o en establecimientos determinados por el Presidente de la República. Esta norma, perseguía la erradicación de los menores de las cárceles de adultos.

Si el hecho imputado al menor era alguno de aquellos señalados en el artículo 124 del Código Procesal Penal, esto es, aquellos que no se sancionan con penas privativas ni restrictivas de libertad o si la sanción no excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, Carabineros se limitaría a citar al mayor de 16 años a la presencia del fiscal y lo dejaría en libertad, previo señalamiento del domicilio, en la forma prevista en el artículo 26 del mismo Código.

Se deben resaltar, las modificaciones a la ley de menores por parte de esta ley 19.806, de Normas Adecuatorias a la Reforma Procesal Penal, ya que regulaba en forma clara la situación de menores de 18 y mayores de 16 años que eran detenidos por delito flagrante, ya que dejaba al juez de garantía como juez competente para controlar la detención y decidir acerca de la privación de libertad del menor mientras se determinaba su discernimiento.

De esta manera se adelantó al proyecto de ley de responsabilidad penal juvenil, radicando las potestades que dicen relación con la cautela de garantías de los menores, precisamente en los jueces de garantía⁶.

1.2 Prisión preventiva y discernimiento

El artículo inciso tercero del artículo 16 de la ley de menores, fue reemplazado por aquel que señalaba que la prisión preventiva que se decretara, mientras se practicaba el examen de discernimiento, solo podía ejecutarse en los lugares señalados en el inciso primero, esto es, en los COD. Una vez que se encontrara firme y ejecutoriada la resolución que declaraba el discernimiento, la prisión preventiva se ejecutaría en los establecimientos penitenciarios correspondientes, caso en el cual, debía darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 17 de la ley, es decir, se prohibía a los jefes de

⁶ Decap Fernández, Mauricio. “Comentarios a la ley N° 19.806 de Normas Adecuatorias a la Reforma Procesal Penal”, en “Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia”, Año 1, N° 2-3, diciembre 2002.Pág. 99.

establecimientos de detención, permitir la comunicación entre los menores de edad y otros procesados o detenidos mayores de edad, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; a ser tratado con humanidad con respeto a la dignidad y necesidades de su persona y edad y permanecer separado de los adultos⁷.

El menor privado de libertad siempre podría ejercer los derechos consagrados en el Código Procesal Penal, tales como; a ser informado de los hechos que se le imputan, a ser asistido por un abogado, solicitar diligencias al fiscal, declarar ante el juez, guardar silencio, solicitar el sobreseimiento definitivo, solicitar del tribunal que se le conceda la libertad, que se informe a la familia que está privado de libertad, y a recibir visitas⁸, y a los derechos a impugnar la privación de libertad, a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad y en general las garantías de un debido proceso de establecidos en la Convención de los derechos del niño.⁹

Los encargados de estos centros o establecimientos no podían aceptar el ingreso de menores sino en virtud de órdenes impartidas por el juez de garantía competente.

La ley 20.084, modificó la ley de Menores, derogando este artículo 16.

1.3 Artículo 16 bis

Estas normas adecuatorias agregaron el artículo 16 bis, el cual se refería a aquellos casos en que aparecieran gravemente vulnerados o amenazados los derechos de un menor de edad, Carabineros debía conducirlo al hogar de sus padres o cuidadores, entregarlos e informarles los hechos que motivaron la actuación policial.

Cuando un menor de 16 años de edad, hubiese sido imputado de haber cometido un crimen o simple delito, Carabineros debía conducirlo a un Centro de Tránsito y Distribución (C.T.D), informando inmediatamente a un juez de menores.¹⁰

Aquí, se produce una paradoja, porque en el antiguo texto del artículo 16 los adolescentes eran citados al tribunal previa entrega a los padres, lo cual en la redacción de esta nueva disposición no estaba permitido, debiendo ser conducidos al Centro de Tránsito y Distribución. Se observa que los menores de 16 años quedaron en peor condición que los mayores de 16, quienes sí pueden ser citados en los casos del artículo 124 del Código Procesal Penal. En general, la norma fue un avance, porque separó vías, pero mantuvo la confusión entre política social y criminal cuando se trata de menores de

⁷ Artículo 37, letra c) de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

⁸ Artículos 93 y 94 del Código Procesal Penal, que regulan los derechos y garantías del imputado y del imputado privado de libertad.

⁹ Artículos 37 y 40 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

¹⁰ Esta norma, curiosamente, no fue modificada por la entrada en vigencia de la ley que creó los Tribunales de Familia, al mantenerse la referencia al juez de menores y no al de familia.

16 años¹¹. En materia de protección de derechos y a diferencia de las infracciones a la ley penal, sólo Carabineros eran competentes para realizar las labores descritas en este artículo nuevo 16 bis nuevo.

La ley 20.084 modificó este artículo 16 bis en su inciso segundo, al suprimir el procedimiento de las faltas cometidas por adolescentes, en dicha ley, que pasa a ser de competencia de los Tribunales de Familia, así, se regirá de acuerdo a un procedimiento contravencional establecido en el nuevo artículo 102 A, introducido a la ley 19.968¹². Suprimió, a su vez, el inciso cuarto, que señalaba que el menor de 16 años de edad que fuere imputado de haber cometido un crimen o simple delito, Carabineros debía conducirlo a los Centros de Tránsito y Distribución, informando al juez de menores

De acuerdo a la legislación de menores, ésta consagraba la absoluta inimputabilidad penal del menor de 16 años, el niño inculcado de un delito, no enfrentaba un juicio en su contra, sino que pasaba al juzgado de menores respectivo. Allí se le aplicaba, en un procedimiento verbal y sin forma de juicio, una de las medidas de protección, en conformidad al artículo 29 de la ley de Menores.

En el numeral 2 de dicha norma se establecía la facultad del tribunal respecto de un menor de edad de someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuaría en la forma que determine el Reglamento, sin embargo dicho reglamento nunca llegó a existir.

Es decir, ante situaciones distintas, como las descritas en los dos párrafos anteriores, como el adolescente que hubiere cometido un crimen y el adolescente que hubiese sido vulnerado en sus derechos, ambos podían recibir la misma respuesta de parte del Estado, como por ejemplo una medida de privación de libertad, se igualaba de esta manera a los niños en situación de riesgo social con los infractores. La norma 29 de la ley de Menores fue derogada por la ley 20.084.

1.4 Discernimiento

El Código Penal, establecía, que respecto del mayor de 16 y el menor de 18 años de edad, de acuerdo al artículo 10 N° 3 se encontraba exento de responsabilidad penal “a no ser que conste que ha obrado con discernimiento”. De este modo, se establecía una presunción simplemente legal de inimputabilidad penal de los adolescentes entre 16 y 18 años, presunción que podía ser desvirtuada judicialmente a través del procedimiento previo del examen de discernimiento.

¹¹ Geisse Graepp, Francisco. Op. Cit.

¹² Ley que creó los Tribunales de Familia.

Con anterioridad a la reforma procesal penal, el juez del crimen, al quinto día de permanecer detenido un menor de 18 y mayor de 16, lo ponía a disposición del juzgado de menores para que se pronunciara sobre su discernimiento. Este tribunal tenía 15 días para resolver. La apelación de la resolución que lo declaraba con discernimiento era vista en la Corte de Apelaciones, la que no contaba con plazo para su fallo. En aquellos casos en que correspondía el trámite de la consulta (por merecer el delito pena aflictiva) la causa era vista por la Corte de Apelaciones, en cuenta, a menos que los abogados defensores soliciten oportunamente alegatos. Persistió, por tanto, en esta ley adecuadora, el llamado trámite de discernimiento. El artículo 28 de la ley de menores, establecía una regla de competencia absoluta en virtud de la cual, según la gravedad del delito, podía ser el juez de menores o bien, el de garantía del tribunal competente, el que decidía sobre el discernimiento.

De esta manera, de acuerdo a éste artículo 28 de la ley de menores; cuando a un mayor de 16 y menor de 18 años de edad, se le imputara un hecho constitutivo de delito que la ley sancionara con penas superiores a presidio o reclusión menores en su grado mínimo: la declaración previa de si haber obrado o no con discernimiento debía hacerla el juez de letras de menores a petición del Ministerio Público, inmediatamente de formalizada la investigación. El juez de menores debía oír al órgano técnico correspondiente al Servicio Nacional de Menores, a los intervinientes en el proceso penal respectivo y bajo todo respecto al defensor del menor.

Si por el contrario, cuando era un mayor de 16 y menor de 18 años de edad y se le imputara la comisión de falta o de simple delito que la ley no sancionara con penas privativas de libertad o restrictivas de libertad, o bien cuando estas no excedieran la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, la declaración previa acerca de discernimiento debía ser emitida por el juez de garantía competente, también a petición del Ministerio Público. Para ello se citaba a una audiencia con todos los intervinientes, designando previamente a un defensor si el menor no tuviere uno de su confianza.

En cuanto a la oportunidad en que debía solicitarse la declaración de discernimiento, había que distinguir dos situaciones:

- Cuando el tribunal competente era el de menores, primero el fiscal tenía que formalizar la investigación en contra del adolescente ante el juez de garantía e inmediatamente después, solicitar al juez de menores se pronuncie sobre el discernimiento.
- Cuando correspondía al juez de garantía conocer del examen de discernimiento, la situación era distinta: el Ministerio Público solicitaba en primer lugar la

realización del examen, y sólo una vez declarado que el adolescente había obrado con discernimiento, podía presentarse el requerimiento correspondiente.

Si el juez de Garantía declaraba que el menor había obrado con discernimiento, el proceso se regulaba de acuerdo a lo previsto en el título I del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, cualquiera hubiese sido la pena requerida por el fiscal.

Si el juez de menores declaraba que el menor había actuado sin discernimiento, su resolución era susceptible solo del recurso de apelación en el efecto devolutivo.

Si es el juez de garantía quien lo declaraba, su resolución era comunicada al juez de menores, a este último correspondería la aplicación de alguna de las medidas señaladas en el artículo 29 de la ley de menores.

Como ya se había mencionado, una de las exigencias decía relación con el fiscal, quien debía formalizar la investigación, antes de someter al menor al trámite de discernimiento.

El trámite de discernimiento se mantenía en el juez de menores, salvo que se tratara de faltas o simples delitos que la ley no sancionare con penas superiores a presidio o reclusión menor en su grado mínimo, en cuyo caso, como ya señalamos, sería efectuado directamente por el juez de garantía. Se trataba de una adecuación que buscaba dejar dentro del sistema de enjuiciamiento criminal a las faltas y simples delitos menores, con la finalidad de que sean rápidamente resueltos, así la responsabilidad de aportar los antecedentes que acreditaban que el menor actuó o no, con discernimiento se entregaba a las partes, recayendo la carga de la prueba sobre el fiscal del Ministerio Público¹³.

Se mejoró notablemente la situación de los menores vulnerados en sus derechos, precisando las facultades de los jueces de menores para disponer medidas de protección, estableciendo algunos límites que permitían objetivizarlas¹⁴.

El recién expuesto artículo 28 de la ley de menores fue derogado por la ley 20.084.

El 30 de agosto de 2004, fue publicado en el Diario Oficial, la Ley 19.968, que creó los Tribunales de Familia, a esta judicatura especializada la ley asignó dentro de su competencia, numeral 8 del artículo 8º, todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la ley de menores, y en tanto, que el numeral 10; le entregó todos los asuntos en que se impute un

¹³ Decap, Fernández, Mauricio, Op. Cit. Pág. 100.

¹⁴ Ibid.

hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal, y aplicar, cuando corresponda, las medidas contempladas en el artículo 29 de la ley de menores.

De esta manera, modificó, de paso el artículo 28 de la ley 16.618, que ya expusimos, estableciendo por consiguiente, que:

Cuando a un mayor de 16 años y menor de 18 años de edad se le atribuyere un hecho constitutivo de delito, la declaración previa acerca del discernimiento debía ser emitida por el juez de garantía competente, a petición del Ministerio Público, en el plazo de 15 días. Con dicho objetivo se citaba a una audiencia con todos los intervinientes, previa designación de un defensor para el menor si no tuviere uno de su confianza, a la que debían concurrir con todos sus medios de prueba.

De esta forma, no se distinguía, respecto de la pena en abstracto a aplicar, independiente de la gravedad de la infracción penal, todo trámite de discernimiento debía ser realizado por el juez de garantía, siempre a petición del Ministerio Público.

Respecto de las consecuencias de la declaración del juez de garantía, se debía distinguir:

Si se declaraba que el menor había actuado con discernimiento, el proceso se regulaba de acuerdo a lo previsto en el Título I del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, cualquiera hubiere sido la pena requerida por el fiscal. La ley establecía, en este evento, que el fiscal podía igualmente ejercer las facultades contempladas en el párrafo 1° del título I del Libro II del Código Procesal Penal o deducir los respectivos requerimientos o acusaciones.

Si por el contrario, el juez de garantía declaraba que el menor había actuado sin discernimiento; la comunicaba al juez de familia, a fin de que este último determine si correspondía la aplicación de alguna de las medidas contempladas en el artículo 29.

La ley 20.084 modificó la ley de Tribunales de Familia, ya que al eliminar el artículo 29 de la ley 16.618 (ley de menores), la expresión del numeral 10 del artículo 8°, referido al artículo 29 de la ley de menores, debió sustituirse la referencia al artículo 29 y se establece ahora en dicha norma que; respecto de todos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños (as) o adolescentes exentos de responsabilidad penal, se aplicarán las medidas referidas ahora al artículo 30 de la ley de menores.

Además, la ley 20.084, incorporó al artículo 8° de la ley de los Tribunales de Familia, un nuevo numeral 10 bis, el cual señala que las infracciones que en caso de ser ejecutadas por mayores de edad, constituirían faltas y que no dan lugar a responsabilidad penal, conforme al artículo 102 A, el juzgamiento de dichas faltas se someterá a las reglas establecidas en el párrafo 4° del título IV de aquella ley. Este procedimiento es incorporado a continuación del artículo 102, como 102 A, que se titula

“Procedimiento Contravencional ante los Tribunales de Familia”, el cual prescribe que las faltas contenidas en la legislación vigente que sean cometidas por adolescentes, constituirán contravenciones de carácter administrativo para todos los efectos legales y su juzgamiento se regulará al procedimiento establecido en el párrafo cuarto.

2 La Ley 20.084

El proyecto de ley que establece por primera vez un sistema de responsabilidad penal especial de las adolescentes infractores se inicia con el Mensaje¹⁵ de S.E el Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, el 2 de agosto del 2002.

El proyecto que el ejecutivo envió al Congreso se proponía los siguientes objetivos:

- 1° Considerar adolescente al mayor de 14 y menor de 18 años de edad.
- 2° Excluir expresamente de la aplicación de esta ley a los menores de 14 años.
- 3° Distinguir entre simples infracciones a la ley penal e infracciones graves.
- 4° Reafirmar el principio de legalidad, estableciendo que sólo se podrá sancionar conforme a las disposiciones de esta ley, al adolescente que haya incurrido en una conducta constitutiva de infracción a la ley penal y respecto de quien no concurra alguna causal de extinción, exención o privación de responsabilidad.
- 5° Suprimir el trámite del discernimiento.
- 6° Reiterar diversos principios aplicables a los menores como el de igualdad e integridad corporal.
- 7° Establecer que la pena privativa de libertad será de carácter excepcional y solamente se aplicará como último recurso.
- 8° Consagrar el principio de separación en virtud del cual los adolescentes que se hallaren privados de libertad por aplicación de esta normativa, deberán permanecer separados de los procesados, acusados o condenados que fueren adultos.
- 9° Establecer un listado de sanciones privativas y no privativas de libertad, señalando reglas para la determinación de las penas aplicables y restringiendo la aplicación de las penas privativas sólo a las infracciones graves.
- 10° Fijar un tope máximo de cinco años para las penas privativas de libertad.

¹⁵ Boletín N° 3021-07.

11° Establecer un procedimiento especial para el juzgamiento de estas infracciones, disponiendo la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Penal.

12° Crear un sistema de justicia especializada sobre la base de la organización que establece la reforma procesal penal.

13° Establecer diversas medidas cautelares personales las que son esencialmente provisionales, revocables y sujetas al principio de la proporcionalidad.

14° Limitar la pena máxima a imponer por el tribunal oral, impidiendo que se fije una pena privativa de libertad si el fiscal no la ha pedido o que fuere mayor que la solicitada.

15° Establecer, para la ejecución de las sanciones, centros privativos de libertad bajo la administración del Servicio Nacional de Menores, al que corresponderá también la revisión y fiscalización de las medidas sancionatorias no privativas de libertad que ejecuten las instituciones colaboradoras.

16° Reglar los derechos y garantías que corresponden al adolescente durante la ejecución de las sanciones.

17° Establecer medidas de control de la ejecución de las sanciones, cuestión que corresponderá al juez de garantía.

La publicación de la ley se realizó el 7 de diciembre del año 2005 y debía entrar en vigencia seis meses después de su publicación, esto era el 8 de junio del 2006. La ley 20.110 modificó la entrada en vigencia de la ley de responsabilidad penal, la cual fue postergada en un año, hasta el 8 de junio del 2007, entre las justificaciones que señaló el gobierno¹⁶, es que la especialización del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes se manifiesta en distintos ámbitos. Dicha especialidad implica centros privativos de libertad diferentes y enfocados exclusivamente en los adolescentes, los cuales deben posibilitar una intervención que se oriente a la reinserción social. Significaba, además, que todos los actores del sistema-policías, jueces, fiscales, defensores, delegados de los centros- debían estar capacitados, ya en el aspecto legal como de reinserción del adolescente. El gobierno a través del Ministerio de Justicia hizo una evaluación, previa a la entrada en vigencia de la ley, antes del 8 de junio del año 2006, la cual mostró las carencias, que colocaban en riesgo particularmente la administración de las sanciones de la ley, en relación a los centros semicerrados y los programas de educación y rehabilitación del consumo de drogas para los adolescentes

¹⁶ Boletín N° 4197-07.

infractores de la ley penal¹⁷. Con estos objetivos el gobierno asumió ocho compromisos de gestión¹⁸, a través de los cuales se fijaron las condiciones básicas para la entrada en vigencia de la ley 20.084.

En el presente año, la ley 20.191 modificó la ley de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, días antes de que entrara en vigencia, aquella, fue publicada en el Diario Oficial, el 2 de junio del presente año. El ejecutivo señaló que debían realizarse ajustes a la ley, para cumplir el objetivo principal de la ley la responsabilidad penal y reinserción del adolescente. Las modificaciones que señaló el ejecutivo en el Mensaje de la ley 20.191¹⁹, se referían a cuatro aspectos:

1° La reordenación de los artículos que se refieren a la determinación de las penas, distinguiendo entre las penas a imponer y la pena considerada en abstracto. Los artículos 6°, 21, 22, 23 y 32 habían dado lugar a diversas interpretaciones. Se señaló en el proyecto que la pena a considerar en estas disposiciones, será aquella abstracta que el delito tenga asignada, de acuerdo a la normativa penal general o especial, según sea el caso. De esta manera la pena quedará determinada por el mínimo establecido para el delito en cuestión, a la que se rebaja un grado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 20.084.

2° La procedencia de la internación provisoria, clarifica cuál será la pena a considerar por el juez para determinar si es o no procedente. Atendido el artículo 32 de la ley 20.084, la cual suscitaba problemas de interpretación, se proponía la solución estableciendo que esta medida cautelar era procedente si la pena en abstracto lo permitiera.

3° La detención en caso flagrante, respecto de nuevos elementos que deben presentarse durante el tiempo anterior a que el adolescente es puesto a disposición del Tribunal. En el proyecto se modificaba el artículo 31, proponiendo como medida de garantía, establecer obligaciones para el fiscal y las policías durante las horas previas a la puesta a disposición del tribunal del adolescente, lo que en ningún caso podía exceder de 24 horas. Para ello se establecían cuatro elementos que daban cuenta de esa garantía: el deber de disposición directa al Tribunal; la necesidad de que ello ocurra en el menor tiempo posible, con preferencia en la programación de la audiencia y, con presencia del defensor cuando la diligencia exceda de la simple acreditación de identidad.

¹⁷ Boletín N° 5031-07.

¹⁸ Dentro de los compromisos asumidos por el Gobierno, se encuentra la infraestructura para la aplicación de la ley. Se crearán 17 centros cerrados de privación de libertad a nivel nacional con una capacidad de 1470 plazas para una demanda nacional que se estima en 893 plazas, durante el primer año de vigencia. En cuanto a los centros semicerrados de privación de libertad, el gobierno se comprometió a un centro por región con un total de 17 centros a nivel nacional, con un total de 810 plazas. En www.camaradiputados/diario/noticia de fecha 11 de mayo de 2007.

¹⁹ Boletín N° 5031-07.

4° Centros semicerrados. Se otorga la posibilidad al Servicio Nacional de Menores para celebrar convenios con colaboradores acreditados para efectos de la oferta en materia de estos centros. Se faculta al juez para que opte por la aplicación de una libertad asistida especial, en aquellos casos en que sea procedente una sanción de internación en régimen semicerrado.

Finalmente la ley 20.084, entró en vigencia el 8 de junio del presente año, siendo sus principales características:

- a) El reconocimiento del adolescente como sujeto de derechos, responsable penalmente. Existirá responsabilidad por los delitos que cometan:
 - i) Respecto de crímenes y simples delitos (los mismos que para los adultos) Artículo 1° inciso 2°.
 - ii) En cuanto a delitos sexuales. Se establece una regla especial. Artículo 4°.
 - iii) Faltas. Artículo 1° inciso 3°:
 - adolescentes de 16 y 17 años, sólo respecto de ciertas faltas penales de especial relevancia.
 - las demás faltas y respecto de imputados de 14 y 15 años, contravenciones administrativas de competencia de los Tribunales de Familia. Artículo 102 A de la ley de los Tribunales de Familia.
- b) Establece un derecho penal mínimo para adolescentes. Artículo 1° y artículos 21, 22 y 23.
- c) En las actuaciones judiciales o relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables al adolescente infractor se debe considerar el interés superior del adolescente. Artículo 2°.
- d) Límites de edad: esta ley se aplica a personas entre mayores de 14 y menores de 18 años de edad, los cuales se consideran “adolescentes”. Artículo 3°. La edad se considera al momento en que se hubiere dado principio a la ejecución del delito. Artículo 31 inciso 1°. Se debe mencionar una situación especial que se regula en el artículo 3° inciso 2° respecto de los delitos permanentes.
- e) Sanciones exclusivas y diversas para adolescentes de las de los adultos, según una Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes. Artículo 6°.
- f) Proporcionalidad en la aplicación de sanciones, determinación de la extensión o duración. Artículo 21.

- g) Se establece un límite máximo de las penas privativas de libertad. Artículo 22 en relación con el artículo 18.
- h) Se imponen reglas de determinación de la naturaleza de la pena. Artículo 23.
- i) Las sanciones privativas de libertad tienen el carácter de excepcional y de último recurso. Artículos 20, 26 y 47.
- j) Las sanciones privativas de libertad se establecen con modalidades especialmente destinadas a los adolescentes, separados de los adultos y con un objetivo de reinserción social. Artículos 15, 16 y 17.
- k) En cuanto al procedimiento aplicable, se establece la supletoriedad del Código Procesal Penal. Artículo 27 a 41.
 - i) La regla general: es el principio de oportunidad, salidas alternativas y procedimiento simplificado.
 - ii) La excepción: el juicio oral ante el Tribunal colegiado.
- l) Se establece un control jurisdiccional del cumplimiento de las sanciones. Artículo 50.
- m) Se establece una justicia especializada y la de los demás actores procesales. Artículo 29 y 30.
- n) Existe intervención socio-educativa amplia y orientada hacia la plena integración. Artículo 20.

CAPITULO 2: Principios generales que recoge la ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes.

1 Principios recogidos de instrumentos internacionales:

Para referirse a los principios que inspiran nuestra legislación de menores, es imprescindible hacer mención a la gestación en el Derecho Internacional de una normativa vinculante referida a la justicia juvenil.

Se reconoce que la primera manifestación sobre esta materia se produce en el año 1923, con la Declaración de Ginebra, a la luz de la Unión Internacional para la Protección de la Infancia, con el objeto de unificar la normativa dispersa relativa a los menores.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, del año 1955, establecían el principio de separación de los “detenidos jóvenes” y los adultos en los

establecimientos de reclusión, e igualmente, tanto en el caso de los adultos como en el de los jóvenes, la separación de acusados y condenados.²⁰

La Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó en el año 1959, la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Preámbulo señalaba que “considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño, la Asamblea General proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios”. En virtud del Principio N° 2, que señala: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”

Estos principios, constituyen una normativa no vinculante o también llamada “flexible”, y aun cuando fueron aprobados en este foro internacional, ello no implicó obligaciones formales con respecto a su puesta en práctica.²¹

Sin embargo, sirvió de fundamento para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos del año 1966, el primero, prohíbe que la pena de muerte se aplique a las personas declaradas culpables de haber cometido un crimen antes de haber cumplido los 18 años de edad.²² Este Pacto también contiene varias garantías válidas para todas las personas detenidas y llamadas a comparecer ante un Tribunal y específicamente establece que “en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de

²⁰ Documento de trabajo titulado “Innocenti Digest 3 Justicia Juvenil”, del Comité español de Unicef, en <http://www.unicef.org>.

²¹ Ibid.

²² Artículo 6°. Párrafo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

estimular su readaptación social”²³. El Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, como órgano permanente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, dictó las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Las Reglas de Beijing.

La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobó dichas Reglas con fecha 29 de Noviembre de 1985, establecía que “aunque dichas reglas puedan parecer difíciles de poner en práctica en el presente, debido a las condiciones sociales, económicas, culturales, políticas y jurídicas actuales, existe, sin embargo, el propósito de aplicarlas como norma mínima para las políticas”.

Es decir, estas reglas son las “condiciones mínimas aceptadas por las Naciones Unidas en el tratamiento de los delincuentes juveniles en cualquier sistema penal...”²⁴

En estas Reglas, se precisan los objetivos de una Justicia de Menores en la Regla 5ª: “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

Tal como nos señala el Comentario de dicha Regla, contiene dos de los más importantes objetivos de la justicia de menores: el fomento del bienestar del menor y el principio de proporcionalidad, éste último recogido expresamente²⁵ en la ley 20.084.

El principio de proporcionalidad²⁶ supone la no intervención penal, cuando la escasa relevancia social del hecho o las específicas condiciones del adolescente hagan innecesaria o perjudicial para su desarrollo psicoeducativo y la adopción de cualquier tipo de sanción. Es el instrumento para restringir las sanciones punitivas. Exige que la respuesta en los casos concretos de los menores delincuentes sea adecuada, ni más ni menos. La respuesta no solo debe basarse en la gravedad del delito, sino también en las circunstancias personales del menor, por ejemplo, su situación familiar, su condición social, el daño causado por el delito, los esfuerzos para indemnizar a la víctima. La proporcionalidad de la respuesta se encuentra en relación con las circunstancias del delincuente, del delito y de la víctima.²⁷

Este principio deja entrever la teoría de la justicia restaurativa, la cual deja atrás los tradicionales modelos de administración de justicia juvenil, cuyo fundamento era responsabilizar al menor de edad que ha cometido una infracción, frente a su víctima y a la comunidad: “Este modelo sostiene que el proceso de justicia pertenece a la

²³ Artículo 14. Párrafo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁴ Citado por Gómez Gallardo, Giovanna. Op. Cit. nota 1-2-3. Pág.13.

²⁵ Artículo 35 de la ley 20.084.

²⁶ Funes Jaume, González Carlos. “Delincuencia Juvenil, Justicia e Intervención Comunitaria”. En <http://www.iin.org>.

²⁷ Prieto, Ana Luisa. “Modelo de Justicia Restaurativa”. En <http://www.lexisnexis.cl>.

comunidad, las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden y seguridad y recibir una restitución. La justicia restaurativa es un conjunto de valores y creencias acerca de lo que significa la justicia”²⁸.

La Convención Internacional sobre Derechos del Niño, retomó las principales disposiciones de las Reglas de Beijing, para darles un valor obligatorio del que carecían hasta ese momento, principios recogidos en la Convención, puesto que en sus disposiciones se basan en el enfoque que debe tener el tratamiento de un niño con conflictos con la ley, debería tener en cuenta, entre otras cosas, “la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”²⁹.

1.1 La Convención Internacional sobre Derechos del Niño ³⁰

En 1989 fue aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada en Chile en 1990.

La Convención se ha inspirado en la doctrina de la protección integral, la cual crea un sistema correccional que trata a los menores como sujetos de derechos responsables de sus actos, a los que se les otorga un tratamiento especial, orientado a su protección, pues se les considera personas en pleno desarrollo.³¹

Entre los rasgos fundamentales que caracterizan a este importante instrumento jurídico podemos mencionar los siguientes:

- a) Reúne normas jurídicas consagradas en instrumentos jurídicos consagradas en instrumentos internacionales anteriores y como tal recoge todas las experiencias internacionales y sirve como marco general de interpretación.
- b) Ha producido como efecto la necesidad de modificar nuestra legislación interna, iniciándose un proceso de reforma en la justicia juvenil.
- c) Ha puesto en una línea principal de discusión, todos los aspectos relacionados con la infancia, y no únicamente el caso de los menores infractores de la ley penal.
- d) Hace aplicables las garantías procesales comúnmente aceptadas para el derecho penal de adultos, tomando en cuenta la particular condición de la infancia para la aplicación de la ley.
- e) Establece la solución judicial para los conflictos de menores frente a la ley como un último recurso, siempre y cuando las otras posibles soluciones no sean factibles.

²⁸ Ibid.

²⁹ Párrafo 1, artículo 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

³⁰ En adelante: CIDN

³¹ Do Amaral E Silva, Antonio Fernando “La protección como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la doctrina de la situación irregular” en Documento compilado por Emilio García Méndez. En <http://www.unesco.org>.

La doctrina³² a partir del contenido de la Convención ha agrupado los derechos del niño, entendiendo por tal todo menor de 18 años, en el derecho a la vida, derecho al desarrollo, derechos de carácter político se debe hacer especial mención al derecho a la protección que establece el derecho a no ser discriminado por ser un individuo de una raza, sexo, religión o posición económica determinada. Proscribe el maltrato y la explotación del niño y señala la necesidad de ayudar al deficiente físico o psíquico.

En cuanto al impacto de la Convención en América Latina³³ la Convención ha significado un cambio radical no solo desde el punto de vista jurídico, sino también histórico y político y, por supuesto, cultural. Las legislaciones existentes con anterioridad a la aprobación de la Convención, respondían a la llamada “situación irregular del menor” o modelo tutelar, el cual consideraba al menor como objeto de protección, circunstancia que llevaba a practicar una custodia penal y represiva encubierta.

Una vez aprobada la Convención, se ha producido la transformación desde este modelo asistencial a la llamada “doctrina de la protección integral” que considera a niños, niñas y adolescentes sujetos plenos de derechos.

Sin embargo el proceso de ratificación de la Convención, en los países latinoamericanos no pasó en una década de ser un impacto político o llamado retórico en algunos países, una adecuación meramente formal de normas de derecho interno al Instrumento Internacional, puesto que su incorporación al derecho interno no produjo realmente ningún cambio sustancial, no más allá del impacto político. Chile, Argentina y Uruguay, además de México, se les consideraba³⁴ los más atrasados en la adecuación de sus respectivos ordenamientos legales a la Convención.

En otros países, hubo una adecuación meramente formal porque se reformaron las leyes, pero no cambió la mirada. La doctrina³⁵ denominó estos cambios formales como “fraudes de etiqueta”, puesto que en el fondo nada cambia si sólo se trata de un cambio de nombres vacío en el contenido. La protección integral no propone un cambio en el nivel de los conceptos, sino que propone un cambio absoluto en el nivel de los significados. Dentro de esta clasificación se mencionan los países de República Dominicana, Bolivia y Ecuador. En el ordenamiento del primer país mencionado no se regulaba por ejemplo la figura del abogado defensor del menor, y en Ecuador se diseñó un modelo de justicia de carácter administrativo, aun en asuntos penales.

³² Bavestrello Bonta, Irma. *Derecho de Menores*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003. Pág. 32-33.

³³ Belloff, Mary. “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar” en Justicia y Derechos del niño. En <http://www.unicef.org>.

³⁴ Belloff, Mary. *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

Por otra parte, se encuentran aquellos países en que ha habido una adecuación sustancial, que integra todo su ordenamiento jurídico al Derecho Internacional, siendo el caso más paradigmático Brasil, al sancionar en 1990, el Estatuto del Niño y del Adolescente, y Costa Rica, en el año 1996 con la Ley de Justicia Penal Juvenil y en el año 1997 con el Código de la Niñez y Adolescencia, más tarde Paraguay en el año 2001, con el llamado Código de la Infancia y Adolescencia.

La Convención no es una Declaración como la firmada en el año 1959, que era una formulación de principios. Al contrario, es un contrato en el que toda la comunidad internacional se ha puesto de acuerdo respecto del estándar mínimo de tratamiento de la infancia, y se obliga a respetarlo.

Los Estados han optado por distintas modalidades; algunos optan por aprobar un Código integral y para otros han dictado leyes específicas referidas a implementar sistemas penales para adolescentes. Los que optan por lo primero, al aprobar sus leyes integrales regulan sobre todos los derechos reconocidos por la Convención. El segundo grupo de Estados, optan por dictar leyes específicas en el marco de la Convención, sobre algún tema puntual; adopción, violencia, leyes sobre la responsabilidad penal de los adolescentes. Se critica³⁶ que un país que dicta solo una ley específica no está cumpliendo en su cabalidad con el compromiso asumido al ratificar la Convención, puesto que con ello se había comprometido a adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarios para hacer efectivos todos los derechos allí reconocidos.

Sin embargo, lo que se rescata es que un país al adecuar su derecho interno a la Convención no debe quedar ámbitos del orden jurídico al margen de los parámetros internacionales.

No obstante, lo anterior, se ha reconocido que a partir de los artículos 37 y 40 de la Convención surgen una serie de Principios Básicos³⁷ de la Justicia de Menores, los cuales deben ser observados por el legislador, para la eficacia de las normas que rigen la protección de los menores de edad infractores de la ley penal y la reinserción del menor delincuente en la sociedad. Estos Principios Básicos son:³⁸

1. La necesidad de una edad mínima antes de la cual el menor carece de responsabilidad penal, por lo que pueden aplicársele medidas de protección, como libertad vigilada, colocación en hogar de guarda, internación de instituciones, etc., y solo cuando corresponda, recurrir a la autoridad judicial.

³⁶ Belloff Mary. Op. Cit. 17.

³⁷ Bavestrello Bonta, Irma, *Derecho de Menores*, Op. Cit. Pág.120.

³⁸ Ibid.

2. Ningún niño puede ser privado de libertad ilegal o arbitrariamente y la prisión solo debe ser utilizada como último recurso y por el periodo más breve posible.
3. El niño privado de libertad debe tener asistencia jurídica adecuada, un trato digno y debe ser mantenido alejado de los adultos, facilitando la visita de los familiares.
4. Mientras no se pruebe su culpabilidad, debe estimarse inocente.
5. Debe ser informado oportunamente de los cargos en su contra.
6. Procedimiento judicial rápido y eficaz, pudiendo rendir las probanzas que estime necesarias.
7. De aplicarse una pena, deberá ser revisada por autoridad u órgano judicial superior.
8. No se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua a los menores de 18 años.

Además de los principios sentados por la Convención, se deben destacar las llamadas Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad del año 1990.

1.2 Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad del año 1990.

Su objetivo principal fue asegurar el respeto a la dignidad humana de las personas que se encuentran en pleno desarrollo, estableciendo que la privación de libertad deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales.

De acuerdo con las señaladas Reglas, por privación de libertad se entiende como “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público y privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquiera autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Si un menor estuviese detenido, se sientan los siguientes principios:

- a) Respetto de los menores detenidos o en prisión preventiva:
 1. Se asegura la presunción de inocencia, puesto que se presume que los menores detenidos bajo arresto o espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales.
 2. La detención debe tener un carácter excepcional y en el caso de ella producirse, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad para una rápida tramitación.

3. Estableciéndose que los menores detenidos deben estar separados de los declarados culpables.³⁹

b) Respecto de la administración de los centros de menores:

1. En cuanto al párrafo titulado de “Los Antecedentes”, se observa el Principio de confidencialidad; todos los informes, incluidos los registros jurídicos y médicos, las actas de las actuaciones disciplinarias, así como todos los demás documentos relacionados con la forma, el contenido y los datos del tratamiento deberán formar un expediente personal y confidencial, que deberá ser actualizado, accesible sólo a personas autorizadas y clasificado de forma que resulte fácilmente comprensible.

2. Además ningún menor deberá ser admitido en un centro de detención sin una orden válida de una autoridad judicial o administrativa u otra autoridad pública.⁴⁰

3. En el párrafo denominado del “Ingreso, registro, desplazamiento y traslado”, se exige una exhaustiva información de los menores del lugar al cual sean conducidos, para su identificación, situación personal y circunstancias de cada menor, una serie de obligaciones que recaen sobre la administración del recinto de detención; como la entrega de copia del reglamento del centro de detención, sus derechos y obligaciones, y el deber de ayudar a comprender a los menores⁴¹.

4. Según el párrafo de “Clasificación y asignación”, se debe preparar un informe psicológico y social en que consten los datos pertinentes al tipo y nivel concretos de tratamiento y programa que requiera el menor. Todo ello en conjunto con informe médicos, debe servir para decidirse el lugar mas adecuado para el menor en su instalación en el centro y determinar el tipo y nivel de tratamiento y programa rehabilitados para serle aplicado.

Se establece la separación de los distintos grupos de menores, puesto que se reconoce las distintas necesidades de los interesados y por consiguiente una distinta asistencia, además de la separación en los centros de detención de los adultos.

5. De acuerdo con el párrafo denominado “Medio físico y alojamiento” los centros en el aspecto de servicios físicos, deben contar con locales que satisfagan, señala la Regla, todas las exigencias de higiene y de dignidad humana. Su diseño debe responder a su finalidad, esto es a la rehabilitación de los menores. En cuanto a los locales para dormir y la vigilancia regular y discreta para asegurar su protección, así como las instalaciones sanitarias, se le da importancia a la posesión de efectos personales como

³⁹ Regla N° 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

⁴⁰ Regla 19 y 20. Ibid.

⁴¹ Reglas 21, 22, 23, 24, 25 y 26 .Ibid.

elemento importante en el bienestar psicológico del menor, así como sus propias prendas de vestuario, y una alimentación adecuada.

6. Debemos referirnos al acápite final “Reintegración en la Comunidad”; que establece que todos los menores, sin distinción, deben beneficiarse con medidas de reintegración a la sociedad, a la vida familiar y a la educación y al trabajo, una vez puestos en libertad las autoridades competentes tienen el deber de crear servicios que ayuden a los menores a esta re inserción en la sociedad, e incluso se establece en lo posible que sea una contribución a atenuar los prejuicios que existan contra esos menores y también tienen la obligación de contar con centros especiales para proporcionar al menor alojamiento, trabajo y vestuario, todo ello de una manera de preparación para una reintegración a la sociedad.

1.3 Las Directrices de RIAD

También en el año 1990, fueron aprobadas las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como las Directrices de RIAD. De ellas se destacan los siguientes principios:

- a) Que la prevención de la delincuencia juvenil se considera esencial de la prevención del delito en la sociedad.
- b) Que toda la sociedad debe procurar un desarrollo armonioso de los adolescentes, como elemento eficaz en la finalidad anterior.

1.- Deben existir programas preventivos, los cuales deben centrarse en el bienestar de los jóvenes.

2.- La aplicación de política progresista de prevención de la delincuencia y elaborar medidas que eviten penalizar y criminalizar al niño.

Estas Directrices incluyen medidas para la prevención de las infracciones juveniles a distintos niveles, entre las cuales sobresalen las siguientes:

- a) Prevención primaria, esto es, medidas generales que promueven la justicia social y la igualdad de oportunidades, abarcando las que son vistas como las causas principales de la delincuencia, tales como la pobreza y otras formas de marginación.
- b) Prevención secundaria, que son medidas destinadas a asistir a los niños que puedan correr más peligro, situaciones como por ejemplo de padres que no se ocupan de ellos como debieran.
- c) Prevención terciaria, es decir, planes diseñados para evitar que los niños entren innecesariamente en contacto con el sistema judicial formal, y otras medidas para impedir que reincidan.

La prevención está estrechamente ligada con la reintegración que constituye uno de los objetivos finales de la justicia juvenil, la que no se limita a una mera asistencia al infractor para su regreso a la comunidad, sino que consiste en un proceso en que el joven es considerado en una situación especialmente peligrosa de delinquir debiendo adoptarse medidas apropiadas no sólo respecto del individuo, sino también de la familia y comunidad.

Se establece como principal responsabilidad la de la familia con respecto al bienestar, la protección y la educación del niño y la obligación que tiene el Estado de asistir a la familia en el ejercicio de estas funciones y de intervenir cuando resulte que los padres no quieren o no pueden asumir sus responsabilidades.

2 Sistemas de responsabilidad juvenil de España, Costa Rica y Brasil

Antes de la Convención en la mayoría de las legislaciones lo que justificaba la intervención jurídico penal era la llamada “situación irregular” del menor y no necesariamente el haber infringido las leyes penales.

La situación irregular, plasmada en el acta de constitución del primer Tribunal de Menores, creado en 1899, en la ciudad de Chicago, en Estados Unidos de América, señalaba que “...El Estado debe asumir la guarda de todo menor que se encuentre en condiciones sociales o individuales tan adversas que pueden conducir a la comisión de un delito...” Esto es que se debía comprender en este sistema a todo niño o joven que carecía de las necesidades básicas para su desarrollo, bien sean de carácter material o inmaterial.⁴² Niños y adolescentes abandonados, víctimas de abusos o maltratos y supuestos infractores a la ley penal, cuando pertenecientes a los sectores más débiles de la sociedad, se constituyen en clientes potenciales de esta definición. Más aún las leyes de menores extendían los alcances de disponibilidad estatal al resto de la infancia que se encontrare en peligro material o moral⁴³.

Esta situación, también llamada de “peligro social” se convierte en sinónimo de conducta delictiva o pre-delictiva. Sin duda, semejante comparación quebranta toda la teoría del delito y refleja desde luego un tipo especial de control social⁴⁴.

⁴² Gatica Barrientos, Juan Alberto. “Nuestra Ley de Menores a la luz de los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2005. Pág. 16.

⁴³ García Méndez, Emilio. “La legislación de menores en América Latina: Una doctrina en situación irregular. En <http://www.iii.oea.org>.

⁴⁴ García Méndez, Emilio. “Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de Justicia”. En <http://www.iii.oea.org>.

A diferencia de las legislaciones anteriores a la Convención, la nueva fundamentación de la punibilidad se apoya en la culpabilidad por el hecho, que es la mejor garantía para el respeto de los derechos humanos⁴⁵.

Como principio básico para la intervención jurídico penal es necesario la atribución de haber cometido o participado en un hecho delictivo. La infracción debe estar expresamente consagrada en la ley penal vigente en el momento en que supuestamente se cometió el hecho. De un derecho penal de menores caracterizado por el modelo de culpabilidad del autor y la peligrosidad, se ha pasado a un derecho de culpabilidad por el hecho⁴⁶.

Ahora bien, se ha sostenido que las dos grandes reformas en materia penal producidas por las nuevas legislaciones latinoamericanas originadas en la Convención, consistieron en primer lugar en haber introducido las garantías penales, procesales, y de ejecución de las sanciones que antes de ella no amparaban a las personas menores de edad y en segundo término, haber introducido alternativas a la justicia penal, y sanciones y medidas no privativas de libertad que contribuyeron a reducir notablemente el uso del encierro.⁴⁷

Antes de la vigencia de la Convención, la materia penal juvenil en los países de América Latina estaba regida por las leyes denominadas “tutelares”, que se caracterizaban⁴⁸ por:

- a) Negar el carácter de sujetos de derecho a las personas menores de edad, y no reconocerles las garantías del derecho penal de adultos, violando particularmente su derecho de defensa;
- b) Consagrar un sistema inquisitivo en el que el juez tenía el carácter de buen padre de familia;
- c) Contener una confusión de la materia penal con cuestiones sociales no penales, pudiendo ser sancionada y privada indefinidamente de libertad una persona menor de edad por conductas o situaciones consideradas “de riesgo” o “de peligro material o moral”;
- d) Un uso excesivo de la privación de libertad, con medidas indeterminadas de “institucionalización”.

⁴⁵ González Zorrilla, Carlos. “Minoría de edad penal. Imputabilidad. Imputabilidad y responsabilidad”. Citado por Juan Bustos Ramírez. En <http://www.iii.unesco.org>.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Carranza, Elías. “La reforma de la justicia penal juvenil en América Latina y la Justicia Restaurativa”. en <http://www.onu.org>.

⁴⁸ Ibid.

Por el contrario en las nuevas legislaciones penales juveniles adecuadas a la Convención y a los demás instrumentos mencionados, podemos señalar como características las siguientes⁴⁹:

- a) El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en etapa específica de desarrollo, que significa también la adquisición paulatina de responsabilidades de tipo jurídico, entre ellas la penal a partir de determinada edad y distinta de la responsabilidad penal de los adultos.
- b) La inclusión de opciones para minimizar la intervención penal evitando el proceso o juicio (alternativas al proceso, mecanismos de desjudicialización).
- c) El establecimiento de una gama de sanciones (medidas) con una finalidad pedagógica y entre las cuales las que impliquen privación de libertad deben ser excepcionales, reservadas para los delitos más graves y utilizados en tanto no sea posible aplicar una sanción diferente.
- d) Las garantías del debido proceso sustancial y formal de los adultos, mas las garantías específicas que corresponden a los adolescentes en razón de su edad. Estas garantías están reconocidas expresamente, y normados los actos del procedimiento para que posibiliten su efectividad, tomando en cuenta la situación específica de las personas adolescentes.
- e) La especialidad de todos los órganos del sistema de justicia penal juvenil.
- f) La participación de la víctima en el proceso, tomando en cuenta también la finalidad pedagógica de la intervención penal.⁵⁰

Como resultado, pueden apreciarse una serie de aspectos comunes en cuanto a la responsabilidad, los procedimientos y sanciones en las legislaciones latinoamericanas, pudiendo mencionar a modo ejemplar, entre otras:⁵¹

- a) Establecimiento de normas especiales de administración de justicia a todos los menores de 18 años.
- b) Se consideran como acto infractor que constituye delincuencia juvenil a la descrita como crimen o simple delito descrito en el Código Penal, cuando es cometida por un menor o adolescente.
- c) Se establece un sistema alternativo de sanciones, procurando evitar el uso del sistema represivo estatal, sustituyéndose por medidas como amonestación al menor, prestación de servicios a la comunidad, reparación de los daños a la víctima, la libertad

⁴⁹ Carranza Elías. Op. Cit. Pág. 16.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Bolaños Mora, L. "Situación de la Infancia en América Latina y el Caribe", Revista Ilanud N° 17, en [http:// www.iii.oea.org](http://www.iii.oea.org).

asistida, internación en establecimientos donde se desarrollen programas psico- social y pedagógico.

La doctrina⁵² ha agregado ciertos rasgos centrales de las nuevas legislaciones latinoamericanas basadas en la doctrina de la protección integral, entre ellos mencionan:

1. Jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica.
2. Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más que el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsables por la acción u omisión.
3. Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia.
4. Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión, debidamente comprobada, de delitos o contravenciones.

De acuerdo con el Mensaje,⁵³ con el que iniciaba el proyecto de la ley N° 20.084, contenía una crítica a nuestro sistema penal juvenil, al hacer un paralelo con otros sistemas, se le acusa de contener elementos diversos desde el aspecto teórico y en la prevención de la delincuencia juvenil en la cual se ha manifestado su ineficacia. Es precisamente por ello que “busca adecuarse a los avances del derecho comparado”⁵⁴. Se pretende con ello dejar atrás tradicionales modelos para la administración de Justicia de Menores, siendo un término intermedio entre el castigo y el bienestar, hacia uno más alejado de ambos: la llamada justicia restaurativa, cuyo pilar fundamental es la responsabilidad del adolescente, autor de una infracción penal, frente a su víctima y a la comunidad⁵⁵. Siendo por ello una de las finalidades más importantes de esta ley la prevención y la reinserción en la sociedad del menor infractor.

De acuerdo al Mensaje⁵⁶, se recogió especialmente la experiencia comparada de España, Costa Rica y Brasil, a través de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor de 13 de enero del 2001, la ley de Justicia Penal Juvenil del año 1996 y el Estatuto del Niño y Adolescente del año 1990, respectivamente.

⁵² García Méndez, Emilio. “Legislaciones infanto juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias”. En <http://www.iii.onu.org>.

⁵³ Boletín N° 5031-07.

⁵⁴ Boletín N° 3021-07.

⁵⁵ Prieto, Ana Luisa. Op. Cit. Pág. 2.

⁵⁶ Boletín N° 3021-07.

A continuación revisaremos aspectos importantes del sistema penal juvenil español, costarricense y finalmente el Sistema penal juvenil brasileño.

2.1 Sistema español.⁵⁷

Es en el artículo 19 del Código Penal español donde se establece que la mayoría de edad comienza a los 18 años y exige una reglamentación en una ley independiente que regule la responsabilidad penal de los menores de dicha edad.

Es para dar cumplimiento a dicha exigencia que se aprobó la ley orgánica, 5/2000.

En la exposición de motivos⁵⁸ de dicha ley se señaló que lo dispuesto en el Código Penal español debe ser complementado en dos aspectos: primero, que la responsabilidad penal de los menores en comparación con la de los adultos tiene un carácter principalmente educativo que es trascendente a la regulación jurídica que pueda hacerse y que es lo que determina las diferencias en el procedimiento. La Ley Orgánica española tiene una particular naturaleza, puesto que se define como sancionadora⁵⁹, ya que frente a la ejecución de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal se establece una responsabilidad jurídica de los menores, pero no obstante lo anterior esta intervención punitiva del Estado es además educativa, puesto que expresamente se rechaza finalidades que son esenciales en el derecho penal de adultos, como por ejemplo, la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, la intimidación de los destinatarios de la norma, ya que el objetivo es impedir un efecto contraproducente para el menor y el aspecto sancionatorio que puede establecerse respecto de cada uno de estos grupos etáreos, sin perjuicio de las garantías comunes a ambos procesos, el segundo aspecto, se refiere a la edad, ya que al establecerse la edad de 18 años para hacer responsable al menor de edad se ha debido establecer otro límite como mínimo a partir del cual es posible la exigibilidad de responsabilidad de un menor por sus actos. Se habría llegado a la certeza de que las infracciones realizadas por personas menores de esta última edad serían irrelevantes, puesto que sería suficiente una asistencia siempre dentro del entorno de la familia, no siendo necesario una intervención judicial del Estado.

Han sido llamados “criterios orientadores”⁶⁰ de la redacción de esta Ley Orgánica, los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional español referente al respeto a los derechos fundamentales que deben manifestarse en los

⁵⁷ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

⁵⁸ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Exposición de Motivos N° 4.

⁵⁹ Ibid. Exposición de Motivos N° 7.

⁶⁰ Ibid.

procedimientos conducidos por los jueces de menores, puesto que la naturaleza y finalidad de este proceso, no está orientada a medidas represivas, sino que por el contrario, su orientación debe encaminarse a la reinserción y a uno de los principales principios de la Convención; el interés superior del niño, criterios que paradójicamente, no deben buscarse en las ciencias jurídicas.

La ley orgánica se guío guiada por principios generales, tales como el de la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables, el reconocimiento expreso de las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, la competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y la protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución.⁶¹

El interés superior del niño, como adelantamos, debe ser el componente primordial en el procedimiento y las medidas a adoptar. Este principio⁶² debe ser considerado con criterios técnicos, asesorándose por profesionales especialistas en áreas de ciencias no jurídicas, sin perjuicio de adecuar la aplicación de las medidas a las garantías de todo procedimiento penal como el principio acusatorio, el principio de defensa y el principio de presunción de inocencia.

2.2 Sistema de Costa Rica.

La estructura de la Ley de Justicia Penal Juvenil⁶³ consagra principios rectores⁶⁴ y enumera una serie de principios⁶⁵ que deben ser observados desde el inicio de la investigación, durante el proceso y en las sanciones a aplicar. Ellos son la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad.

Destacan dentro del Capítulo II de los Derechos y Garantías Fundamentales, los siguientes derechos, nombrados de acuerdo a su orden en la Ley:

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid. Artículo 28, del Capítulo II que regula las Medidas Cautelares.

⁶³ Ley N° 7576 de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

⁶⁴ Ibid. Artículo 7°.

⁶⁵ Ibid. Capítulo II de Derechos y Garantías fundamentales, artículos 10 al 27.

a) El derecho a la igualdad y a no ser discriminados puesto que durante la investigación policial, el trámite del proceso y la ejecución de las sanciones, se les respetará a los menores de edad el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminados por ningún motivo.

b) El principio de justicia especializada:

La aplicación de esta ley, tanto en el proceso como en la ejecución, estará a cargo de órganos especializados en materia de menores.

c) El principio de legalidad:

Ningún menor de edad podrá ser sometido a un proceso por un hecho que la ley penal no tipifica como delito ni contravención. Tampoco podrá ser sometido a sanciones que la ley no haya establecido previamente.

d) El principio de lesividad:

Ningún menor de edad podrá ser sancionado si no se comprueba que su conducta daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado.

e) La presunción de inocencia:

Los menores de edad se presumirán inocentes hasta tanto no se les compruebe, por medios establecidos en esta ley u otros medios legales, la culpabilidad en los hechos que se les atribuyen.

f) El derecho al debido proceso:

A los menores de edad se les debe respetar su derecho al debido proceso, tanto durante la tramitación del proceso como al imponerles una sanción.

g) El derecho de abstenerse de declarar:

Ningún menor de edad estará obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, inclusive hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.

h) El principio de "Non bis in idem":

Ningún menor de edad podrá ser perseguido más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique la calificación legal o se acusen nuevas circunstancias.

i) El principio de aplicación de la ley y la norma más favorable:

Cuando a un menor de edad puedan aplicársele dos leyes o normas diferentes, siempre se optará por la que resulte más favorable para sus derechos fundamentales.

j) El derecho a la privacidad:

Los menores de edad tendrán derecho a que se les respeten su vida privada y la de su familia. Consecuentemente, se prohíbe divulgar la identidad de un menor de edad sometido a proceso.

k) El principio de confidencialidad:

Serán confidenciales los datos sobre los hechos cometidos por menores sometidos a esta ley. En todo momento, deberá respetarse la identidad y la imagen del menor de edad.

Los Jueces Penales Juveniles deberán procurar que la información que brinden, sobre estadísticas judiciales, no contravenga el principio de confidencialidad ni el derecho a la privacidad, consagrados en esta ley.

l) El principio de inviolabilidad de la defensa:

Los menores de edad tendrán el derecho a ser asistidos por un defensor, desde el inicio de la investigación policial y hasta que cumplan con la sanción que les sea impuesta.

m) El derecho de defensa:

Los menores de edad tendrán el derecho de presentar las pruebas y los argumentos necesarios para su defensa y de rebatir cuanto les sea contrario. En ningún caso podrá juzgárseles en ausencia.

n) El principio del contradictorio:

Los menores de edad tendrán el derecho de ser oídos, de aportar pruebas e interrogar a los testigos y de refutar los argumentos del contrario. Lo anterior está garantizado por la intervención de un defensor y del Ministerio Público dentro del proceso.

o) El principio de racionalidad y proporcionalidad:

Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o el delito cometido.

p) El principio de determinación de las sanciones:

No podrán imponerse, por ningún tipo de circunstancia, sanciones indeterminadas. Lo anterior no excluye la posibilidad de que el menor de edad sea puesto en libertad antes de tiempo.

q) El internamiento en centros especializados:

En caso de ser privados de libertad, de manera provisional o definitiva, los menores de edad tendrán derecho a ser ubicados en un centro exclusivo para menores de edad; no en uno para personas sometidas a la legislación penal de adultos. De ser detenidos por la policía administrativa o judicial, esta destinará áreas exclusivas para los menores y deberá remitirlos cuanto antes a los centros especializados.

2.3 Brasil y el Estatuto del Niño y el Adolescente de 1990.

El Estatuto del Niño y el Adolescente ⁶⁶ fue sancionado en 1990. Regula la protección integral de la infancia y adolescencia, considerando, como tales, infantes hasta 12 años y adolescentes desde los 12 hasta los 18 años.

⁶⁶ En adelante: El Estatuto.

Durante los años anteriores a la sanción del Estatuto, en la década del 80, se ha indicado ⁶⁷ que Brasil se destacó por el protagonismo que adquirió el tema de los niños de la calle quienes pasaron a representar el símbolo de los niños y adolescentes más vulnerables.

El Estatuto hace un reconocimiento explícito de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, se asegura su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad; reconociendo asimismo su condición particular de persona en desarrollo.

La política de atención a los derechos de los niños y adolescentes se lleva a cabo a través de un conjunto articulado de acciones gubernamentales y no gubernamentales, del gobierno federal, de los estados y de los municipios que se concretan a partir de políticas sociales básicas, política y programas de asistencia social.

La edad de intervención es entre 12 años a 18 años de edad. La duración mínima de las penas depende de cada sanción. En el caso de internación son tres meses. La duración máxima en caso de una sanción de internación es de 3 años. Aunque existen hipótesis el período máximo de internación será superior a 3 años.

La determinación de la sanción es discrecional. Se considera “acto infractor” la conducta descrita como crimen o contravención penal.

La medida debe tener en cuenta su capacidad para cumplir la pena, las circunstancias y la gravedad de la infracción. El artículo 122 dispone que la medida de internación sólo podrá aplicarse cuando se trate de acto infractor cometido mediante grave amenaza o violencia a la persona, por reiteración en la comisión de otras infracciones graves y por reiterada e injustificada falta de cumplimiento de la medida impuesta anteriormente, caso en el cual el plazo de internación no podrá ser superior a tres meses.

Alcanzados los tres años, el adolescente deberá ser liberado y colocado en régimen de semilibertad o de libertad asistida. La puesta en libertad será obligatoria a los 21 años de edad.

El catálogo de medidas incluye; la advertencia, la obligación de reparar el daño, prestación de servicios a la comunidad con un máximo de 6 meses, la libertad asistida con un mínimo de 6 meses, inserción en régimen de semilibertad, e internación en un establecimiento por un período que podrá ir de los 3 meses a los 3 años. La internación constituye una medida privativa de libertad sujeta a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo.

⁶⁷ Irene Konterllnik. “Marco General de iniciativas legislativas, administrativas y programas sociales”. En <http://www.planalto.gov.br>.

CAPITULO 3: Garantías procesales aseguradas al menor en la ley 20.084.

El elemento principal es el reconocimiento del adolescente como un sujeto distinto al adulto ante el derecho penal. El adolescente no es simplemente un no adulto o un adulto en pequeño, es un sujeto diferente considerado en su peculiar condición social de sujeto en desarrollo y dotado de una autonomía jurídica y social en permanente evolución.

Uno de los objetivos de la reforma fue concretar la estructuración de un sistema que garantice la aplicación igual del derecho en situaciones equivalentes, de modo que se asegure la igualdad de trato.⁶⁸

A continuación, se mencionan las principales garantías, subdivididas en la garantía sustantiva del principio de legalidad y las garantías procesales, reconocidas en los Tratados Internacionales, así como en nuestra Constitución Política, y señalando la forma en que se manifiestan en la ley número 20.084.

1 Garantía sustantiva:

1.1 Principio de legalidad

El principio de legalidad es uno de los elementos conformadores del Estado de Derecho que aparece consagrado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, así como en instrumentos internacionales.⁶⁹

En el ámbito procesal implica que la conducta sancionada como delito debe estar claramente establecida en la ley con anterioridad a la comisión del hecho punible⁷⁰. Sin una ley que lo haya declarado previamente punible, ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal. Este principio significa, además, la prohibición de la creación de tipos penales por medio del derecho consuetudinario y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal.

El sistema tutelar, que regía hasta antes de la entrada en vigencia de la ley 20.084 en nuestro país, no respetaba el principio de legalidad, pues, no solo por haber cometido un delito, los adolescentes o los niños ingresaban a recintos carcelarios, sino que bastaba una “situación irregular”, un problema conductual, una carencia social, para

⁶⁸ Beloff Mary. “Algunas Confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistema de justicia juvenil latinoamericanos”. En <http://www.unicef.cl>

⁶⁹ Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 37 párrafo b) y artículo 40 párrafo 2 letra a) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y los artículos 2.2 letra b) y en el artículo 17.1 letra b) de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de menores.

⁷⁰ Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Proceso penal y derechos fundamentales, Editorial Alfabet Impresores, Santiago, 1994. Pág. 64.

entrar a dichos recintos. Con el sistema de responsabilidad penal que establece la nueva norma legal mencionada, solamente se castigarán aquellas conductas que la ley tipifique como delitos⁷¹, y que haya establecido previamente a la comisión del hecho que supuestamente es delito y obviamente restringido estrictamente aquello que la ley dice que es delito.⁷²

Algunas de las expresiones del principio de legalidad, son a su vez los principios de proporcionalidad y oportunidad. El primero de ellos, busca establecer una cierta conformidad en las sanciones que se aplican a quienes son declarados culpables por haber cometido una infracción a la ley penal, proporcionalidad que se traduce en el establecimiento de un amplio catálogo de sanciones, tal como es recogido en la nueva ley 20.084⁷³. Por su parte, el principio de oportunidad supone la no intervención penal cuando la escasa relevancia social del hecho o las específicas condiciones del menor hagan innecesaria o perjudicial, para su desarrollo socioeducativo la adopción de cualquier tipo de sanción. La idea es que en muchos de ellos ni siquiera se inicie persecución penal⁷⁴. De esta manera los fiscales deben tener especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado y debe tener en cuenta la pena base, resultante de la rebaja penal. Lo importante de resaltar es que la privación de libertad está contemplada como un último recurso, con carácter excepcional y no como la sanción principal. Se revela, este principio de oportunidad, en la ley de responsabilidad de adolescentes, a través de la abstención del Ministerio Público de acusar,⁷⁵ atendiendo a las circunstancias del menor de edad y al hecho, o desistir de la continuación del expediente, si se ha producido la conciliación con la víctima o el compromiso de reparar el daño causado o de realizar un actividad educativa, situaciones que también pueden producir la renuncia de la acción penal son; cambios positivos en el adolescente después de la infracción, antigüedad del delito, carácter episódico del hecho, considerando que en determinados supuestos la desjudicialización de los conflictos facilita la búsqueda de soluciones educativas y formativas para estas personas que se encuentran en pleno desarrollo⁷⁶.

2 Garantías procesales:

⁷¹ Artículos 1º, 3º, 4º, 6º, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la ley 20.084.

⁷² Gonzalo Berríos Díaz, *Responsabilidad Penal del Adolescente*, Editorial Corporación Opción, Santiago, 2003. Pág. 72.

⁷³ Artículo 6º de la ley número 20.084.

⁷⁴ Artículos 35 y 170 de la ley número 20.084.

⁷⁵ Artículos 20 y 26 de la ley número 20.084.

⁷⁶ Berríos Díaz, Gonzalo, “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Número 6, Año 2005.

2.1 Principio de jurisdicción

Si el menor es sujeto del Derecho Penal, y, además, a éste se le aplican aquellas normas a través de una justicia especializada, este órgano debe reunir todos los requisitos que son esenciales a la jurisdicción, el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial⁷⁷.

Uno de los mandatos específicos contenidos en los instrumentos internacionales a los cuales hemos hecho referencia⁷⁸ y que tocan el tema de la justicia de niños y adolescentes, se refiere a la necesidad de contar con un sistema especializado de justicia, que permita comprender mejor la problemática y principios que se deben aplicar a los casos de infracciones juveniles.⁷⁹

El principal objetivo de la reforma fue separar y especializar para enfrentar situaciones que son distintas, por un lado, las vulneraciones de los derechos reconocidos a los niños, niñas, adolescentes, y por otro lado, las infracciones que estos pueden haber cometido a la ley penal. Tal como lo señala el Mensaje⁸⁰, “al no existir un sistema especializado destinado al juzgamiento y atribución de consecuencias de las infracciones a la ley penal cometidos por adolescentes, se genera una confusión entre la protección de los niños y las medidas sancionatorias”.

Esta especialización y separación obviamente implica normas jurídicas, órganos y procedimientos distintos y es a través de la ley de responsabilidad penal del adolescente, la cual implementa un sistema de justicia especializada para perseguir y enjuiciar los delitos, la cual contempla la preparación de jueces, fiscales y defensores y un sistema de ejecución de las sanciones.

Tal especialización viene exigida sólo en cuanto se debe contar con una capacitación adecuada y no por la creación de nuevos órganos, sin perjuicio de los aumentos de dotación y recursos adicionales que se contemplan para implementar la ley.⁸¹ Se define genéricamente el contenido de la especialización; como el conocer las especificidades de la criminalidad juvenil, las características de la adolescencia como etapa evolutiva de la persona, las normas de la Convención y el sistema de sanciones; aspectos que

⁷⁷ Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Proceso penal y derechos fundamentales. Op Cit. Pág. 63.

⁷⁸ Artículo 8º, párrafo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 37 letra d), artículo 40 párrafo 2 letra b) y párrafo 3 letra b) de la CIDN; artículo 14.1 y en el comentario al mismo artículo.

⁷⁹ Berríos Díaz, Gonzalo. *Responsabilidad Penal del Adolescente*, Editorial Corporación Opción, Santiago, 2003. Pág. 70.

⁸⁰ Boletín N° 3021-07.

⁸¹ Berríos Díaz, Gonzalo. *Responsabilidad Penal del Adolescente*, Editorial Corporación Opción, Santiago, 2003. Pág. 171.

permiten orientar las instituciones respecto de lo que se espera de ellas.⁸² El Mensaje también aporta en este sentido al indicar que se busca garantizar “la capacidad e idoneidad de los operadores del sistema para hacerse cargo de las finalidades de esta ley”. Es así como en la ley 20.084, el Título II de Procedimiento, dedica un párrafo íntegramente a la justicia especializada⁸³, concretando las aspiraciones del Mensaje presidencial.

2.2 Principio de legalidad del procedimiento

Significa este principio que no puede dejarse a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional el disponer el tipo de procedimiento aplicable, sino que este debe estar fijado en la ley respectiva, derivación del principio “nulla poena sine iudicio”. En materia de menores debe establecerse una ordenación de los actos procesales que garanticen el contradictorio.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagra expresamente este principio, pero lo contiene implícitamente al establecer las garantías judiciales⁸⁴.

La ley 20.084 satisface los estándares internacionales en materia de derechos de los adolescentes y el debido proceso;⁸⁵ particularmente, por el hecho de que se señala un carácter supletorio del Código Procesal Penal, en materia de investigación, juzgamiento y ejecución, lo que presenta aspectos positivos puesto que dicho cuerpo legal, contiene un procedimiento que, en líneas generales, es absolutamente compatible con los requerimientos del Debido Proceso. Esto es reforzado en el artículo inciso segundo del artículo 2° de la ley número 20.084⁸⁶.

2.3 Principio del contradictorio

El proceso es una redacción contradictoria, donde deben estar claramente definidos los distintos roles procesales, supone que debe existir el debido equilibrio entre los sujetos procesales, que en el caso de los menores debe garantizar especialmente, como por ejemplo el sistema español, que comprende⁸⁷:

1. el derecho a ser oído
2. la solicitud y práctica de diligencias de prueba.
3. escrito de alegaciones previo a audiencias, recursos contra sanciones.

⁸² Artículos 29 y 30 de la ley número 20.084.

⁸³ Artículo 29 de la ley 20.084.

⁸⁴ Artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁵ Inciso segundo del artículo 1° de la ley 20.084.

⁸⁶ El artículo 2°, hace aplicable a todas las etapas del proceso, las garantías establecidas en la Constitución, en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

⁸⁷ Conde, María Jesús: “El nuevo sistema de justicia juvenil en España”. En <http://www.iii.onu.org>.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la CIDN, establecen garantías mínimas y varios derechos que se refieren al contradictorio, respectivamente.⁸⁸

La supletoriedad del Código Procesal Penal, se manifiesta una vez más, en lo que respecta a este principio, en nuestro país, ya que la investigación y juzgamiento para determinar la responsabilidad del menor que ha infringido la ley, se sujeta a lo que establezca la ley 20.084 y el Código procedimental ya indicado⁸⁹.

El procedimiento aplicable⁹⁰ se determina de acuerdo a lo que persiga el Ministerio Público.

De esta manera, si se requiere una pena no privativa de libertad se debe sujetar a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio. Por el contrario, si se requiere una pena privativa de libertad, de quantum superior a 540 días, se sujetará a las reglas del procedimiento ordinario.

Respecto del concurso de procedimientos⁹¹ se contempla la situación de una misma persona, que es responsable como adolescente en un hecho y posteriormente como adulto en otro hecho, el procedimiento se regirá por las normas procesales de los adultos, siempre que se agrupen las investigaciones o acusaciones.

Si participan adolescentes y adultos en un hecho, la sustanciación del procedimiento es separada y siguiendo sus propias reglas. Si existe una sustanciación conjunta, deben respetarse las reglas procesales especiales de los adolescentes, pero pueden mantenerse las reglas de los adultos en cuanto no sean incompatibles⁹².

Se establecen en la ley, mecanismos de aceleración, aplicables en el juicio inmediato, especialmente si se trata de un delito flagrante.⁹³

La ley 20.084, estableció un plazo⁹⁴ para el cierre de la investigación de 6 meses desde la formalización, excepcionalmente, el plazo judicial puede ser menor, de oficio o a petición de parte⁹⁵, cuya ampliación puede ser de 2 meses. En el caso de flagrancia es de 60 días⁹⁶.

2.4 Principio de inviolabilidad de la defensa

Es esencial la presencia del defensor técnico en todos los actos procesales desde

⁸⁸ Inciso segundo del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 40 de la CIDN.

⁸⁹ Inciso primero del artículo 27, 31.

⁹⁰ Artículo 27 inciso 2° de la ley 20.084.

⁹¹ Artículo 28 de la ley 20.084.

⁹² Artículo 28 inciso segundo.

⁹³ Artículos 37 inciso 1° de la ley 20.084 y 235 del Código Procesal Penal.

⁹⁴ Artículo 38 de la ley 20.084.

⁹⁵ Artículo 234 del Código Procesal Penal.

⁹⁶ Artículo 37 inciso segundo de la ley 20.084.

el mismo momento en que al menor se le imputa la comisión de una infracción. De ahí a exigir un defensor letrado y la obligación de proveerle un defensor de oficio cuando no tuviere uno particular.⁹⁷

Como todos los funcionarios de la justicia de menores, el defensor tendrá que tener capacitación especial en el tema. Su función no puede ser suplida ni por los padres ni por los técnicos (psicólogos, trabajadores sociales).

Tanto la Convención Americana sobre derechos Humanos y la Convención Internacional de los Derecho del Niño otorgan a la persona inculpada la garantía procesal a la que nos referimos⁹⁸, como asimismo en las Reglas de Beijing⁹⁹.

La figura del defensor público es parte de la justicia especializada que propugna la ley 20.084¹⁰⁰, el derecho de hacer peticiones para la realización de diligencias en la investigación de un delito flagrante, dentro de un juicio inmediato¹⁰¹, dentro de los derechos y garantías de la ejecución se señala expresamente la privacidad y regularidad de las comunicaciones, en especial con sus abogados¹⁰². Se debe hacer especial mención a la modificación introducida a la ley 20.084 el 2 de junio de 2007, al artículo 31, en cuanto a la figura del defensor, si bien se mantiene en dicha norma, que el menor que ha sido detenido en caso de flagrancia sólo puede prestar declaración ante el Ministerio Público, en presencia del defensor, ésta última condición se eleva a la categoría de imprescindible, no sólo en esta ocasión, si no que a toda actuación procesal, en que requiera al adolescente¹⁰³. Norma que sólo existía explícitamente en el procedimiento para el mayor de edad en el Código Procesal Penal.¹⁰⁴

2.5 Presunción de inocencia

Este principio, tiene una doble vertiente, en primer lugar, constituye una norma de tratamiento del imputado, según la cual este debe recibir el trato que corresponde a una persona inocente mientras no se demuestre su culpabilidad o responsabilidad del imputado, y que si ello no se logra, nos encontramos ante el segundo aspecto de este principio, el cual es que debe dictarse sentencia absolutoria a su respecto. La Constitución chilena no consagra directamente el principio de inocencia, pero colateralmente este ha llegado a alcanzar rango constitucional, en virtud de lo dispuesto

⁹⁷ artículo 102 y siguientes del Código Procesal Penal.

⁹⁸ Artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 37 letra d) y 40 párrafo 2 letra b) punto i).

⁹⁹ El artículo 7.1 consagra el “derecho de asesoramiento”.

¹⁰⁰ Inciso primero del artículo 29.

¹⁰¹ Inciso final del artículo 37.

¹⁰² Artículo 49 letra e) punto iv).

¹⁰³ Artículo 31 de la ley 20.084.

¹⁰⁴ Artículos 93 letra c), 94 letra f), 103 del Código Procesal Penal.

en el artículo 5° y en los tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Significa entonces, que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad.¹⁰⁵

Tanto la Convención Americana sobre derechos humanos, la CIDN y las Reglas de Beijing la establecen este principio.¹⁰⁶

Desde la doctrina procesal clásica, siempre se menciona que el instrumento más adecuado para medir los componentes autoritarios o democráticos de una sociedad, se encuentra en el proceso penal, y el indicador específico de cualquiera de esos instrumentos es, precisamente, la situación de la prisión preventiva, en relación a la presunción de inocencia.¹⁰⁷

Es durante la etapa de investigación, que desde el punto de vista de la vigencia de las garantías individuales de los adolescentes, donde se encuentran una mayor vulnerabilidad de sus derechos¹⁰⁸. Es en esta fase en donde se discute la prisión preventiva o internación provisional. El tema de la internación provisional, en definitiva se traduce en una cuestión de plazos, tanto para los adultos como para los jóvenes y el ser juzgado en un plazo razonable, o el derecho a ser juzgado sin demora.

La ley 20.084 regula la detención de un adolescente infractor en el caso de flagrancia¹⁰⁹, dicha norma dispone que el adolescente deba ser puesto a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, lo cual no puede ser mayor que 24 horas, con preferencia en la audiencia de control de detención, sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia del defensor, cuya actuación es indispensable, y en el caso de ampliación de plazo de detención, ésta sólo puede ejecutarse en los centro de internación provisoria.

La internación provisoria en un centro cerrado¹¹⁰, será procedente cuando las conductas que ser cometidas por un adulto constituirían crímenes. Esta internación, debe aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso 1° del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las medidas cautelares personales. Se contempla también para el adolescente sometido a internación provisoria la posibilidad de un permiso de salida diaria¹¹¹, siempre que no vulnere la finalidad de la medida.

¹⁰⁵ Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Op. Cit. Pág. 79

¹⁰⁶ Inciso segundo del artículo 8° de la Convención Americana, artículo 40 párrafo 2 letra b) punto i) y el artículo 7.1 de las Reglas de Beijing.

¹⁰⁷ Berríos Díaz, Gonzalo. Op. Cit. Pág.57

¹⁰⁸ Ibid. Pág. 54.

¹⁰⁹ Artículo 31 de la ley 20.084.

¹¹⁰ Artículo 32 de la ley 20.084.

¹¹¹ Artículo 34 de la ley 20.084

Respecto de la situación de la libertad de un menor de 14 años de edad, la ley 20.084, señala que si es sorprendido flagrante, la policía reestablecerá el orden y la tranquilidad pública, otorgando la debida protección a la víctima. Hecho lo anterior, debe poner el niño a disposición del Tribunal de Familia para adecuar su debida protección. Si dicha infracción es de menor entidad podrá entregarlo directa e inmediatamente a sus padres, a quien lo tenga a su cuidado, o algún adulto que se haga responsable, informando igualmente al Tribunal de familia competente.

El Mensaje¹¹² definía la privación de libertad como toda forma de aprehensión, arresto o detención, así como el internamiento en cárceles o recintos públicos o privados, ordenados o practicados por la autoridad judicial u otra autoridad pública, del que no se permita al adolescente por su propia voluntad. La medida cautelar de internación provisoria en un recinto cerrado, sólo podía aplicarse cuando los objetivos que la norma 50 de dicho Mensaje no pudieren ser alcanzados, y solo cuando aparezca como estrictamente indispensable.

2.6 Principio de impugnación

Es fundamental que todo acto del juez, ya sea de impulso o decisión, sea impugnabile, es decir que exista la posibilidad de recurrir ante un órgano superior. Además de la impugnación a través de recursos ordinarios y extraordinarios, en el caso de los menores al igual que en materia de adultos, se recomienda la habilitación del habeas corpus y otras acciones similares contra las resoluciones judiciales que dispongan privaciones de libertad o la prolongación de ellas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la CIDN y las Reglas de Beijing establecen este principio¹¹³.

Respecto del juicio oral; la fecha de la celebración de la audiencia¹¹⁴, no puede ser antes de 15 ni después de 30 días siguientes al auto de apertura del juicio oral, y el juicio no puede suspenderse o interrumpirse por un término superior a 72 horas.

En la audiencia de determinación de la pena¹¹⁵, el Tribunal podrá requerir la opinión de peritos, para que los ilustren acerca de las características de personalidad del adolescente. Existe la posibilidad de escuchar también al imputado y a sus parientes, además de escuchar a la víctima para establecer la viabilidad de las sanciones.

¹¹² Boletín N° 3021-07.

¹¹³ Artículos 6° y 8° párrafo 2 letra h) de la Convención Americana y el artículo 40 párrafo 2 letra b) punto v) de la CIDN, y el inciso primero del artículo 7° de las Reglas de Beijing.

¹¹⁴ Artículo 39 de la ley 20.084.

¹¹⁵ Artículo 40 de la ley 20.084.

Se establece la institución de la suspensión de la condena,¹¹⁶ que procede en el caso de sanciones privativas o restrictivas de libertad igual o inferior a 540 días, deben concurrir antecedentes favorables que no hagan imposible su imposición. Si el imputado no es requerido ni formalizado por el plazo de 6 meses, se dejará sin efecto la sentencia y se dictará sobreseimiento definitivo. No afectará la responsabilidad civil derivada del delito.

CAPITULO 4: La imputabilidad y la responsabilidad del adolescente infractor en la ley 20.084.

1 Concepto de culpabilidad

Antes de referirnos a la responsabilidad del adolescente infractor de la ley penal que se establece en la ley 20.084, es necesario señalar brevemente el concepto de culpabilidad como presupuesto de la punibilidad¹¹⁷, definiéndola como el “reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida”¹¹⁸.

De esta manera los presupuestos del juicio de la culpabilidad son:¹¹⁹

1º Es rendirse cuenta a si mismo acerca del alcance de su conducta en la vida jurídica, luego de conducir sus decisiones de acuerdo a esa capacidad de comprensión; esta es la capacidad de culpabilidad, que es el fundamento del reproche de culpabilidad, ya que el hombre como ser racional se supone capaz de dirigir su conducta en conformidad a los imperativos de una vida en sociedad y de reconocer que actos son acordes con los imperativos sociales y cuales no.

2º La posibilidad de reconocer que la comisión de ese hecho supone una ilicitud. Este presupuesto de la culpabilidad es conocido como conciencia de ilicitud o conciencia de antijuricidad.

De acuerdo al Profesor Politoff¹²⁰ para poder sostener el reproche que significa la culpabilidad, deben darse también las llamadas “formas de culpabilidad”, las cuales tienen la característica de presentarse en forma negativa, procediendo a enumerarlas, siendo la primera de ellas el que no haya existido, además del dolo o culpa, una causal de inimputabilidad, esto es una falta de madurez o salud mental; haciendo que el hechor no sea capaz de comprender y valorar lo ilícito del acto u omisión, mencionando entre ellas a la minoría de edad, junto con la enajenación mental y el trastorno mental

¹¹⁶ Artículo 41 de la ley 20.084.

¹¹⁷ Politoff L. Sergio: *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte General, 2003, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 161.

¹¹⁸ Ibid. Pág. 243.

¹¹⁹ Alarcón Salvo, Tito. “Racionalidad para una Justicia de Menores”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2002. Pág.22

¹²⁰ Politoff L. Sergio. Op. Cit. Pág. 246.

transitorio. Para este autor, la posibilidad de ser sancionados, va a ser excluida por razones especialmente previstas; al faltar esta situación de normalidad.

2 Concepto de la imputabilidad

La imputabilidad proviene del Latín *imputare*: Atribuir. De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la lengua española significa atribuir a otro culpa, delito o acción.

La imputabilidad trata de saber y explicar las razones últimas de porque una persona infringe los más sagrados principios que rigen su convivencia con otras personas, pero también pretende indagar las bases morales y filosóficas que legitiman el que alguien pueda ser castigado por sus semejantes¹²¹.

Clásicamente la imputabilidad ha sido considerada como el conjunto de condiciones psicobiológicas de las personas requerido por las disposiciones legales vigentes para que la acción sea comprendida como causada psíquicamente y éticamente por aquella¹²². Las condiciones integrantes de la imputabilidad son las siguientes:

- a) un estado de madurez mínimo fisiológico y psíquico.
- b) Plena conciencia de los actos que se realizan.
- c) Capacidad de voluntariedad.
- d) Capacidad de libertad.

La inteligencia y la voluntad han sido, las bases psicológicas de la imputabilidad penal. De acuerdo con estos principios clásicos, cuando estén gravemente perturbados, la imputabilidad no existe. Y como tradicionalmente, la psiquiatría legal defendió que toda persona con una falta de madurez y desarrollo mental, emocional e intelectual tiene como consecuencia siempre el afectar estas condiciones psicológicas es lógico que bastara el simple diagnóstico para declarar la inimputabilidad del sujeto.¹²³

En nuestro derecho para saber si un sujeto es imputable, es necesario comprobar que la salud mental del agente o su desarrollo biológico, sufra una perturbación que le impida apreciar la comprensión de la ilicitud del acto que realiza o de determinarse conforme a esa comprensión, será inimputable, o sea, incapaz de ser culpable.¹²⁴

La inimputabilidad, entonces, es la imposibilidad en que se encuentra un sujeto para entender el real significado de sus actos y en consecuencia, de autodeterminarse¹²⁵.

¹²¹ García López, Eric, “Edad Penal y Psicología Jurídica o la necesidad de una respuesta social al adolescente infractor”. En <http://www.juridicaunam.mx>.

¹²² González Zorrilla, Carlos, “Minoría de edad penal. Imputabilidad. Imputabilidad y responsabilidad”. En <http://www.iii.oea.org>.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Alarcón Salvo, Tito. “Racionalidad para una justicia de menores”, Op. Cit. Pág. 22.

¹²⁵ Ibid.

El concepto de inimputabilidad como incapacidad de conocer la ilicitud y de actuar conforme a ese conocimiento, lleva en si la tendencia a desconocer el carácter de persona del adolescente, esto es, de ser un autónomo dotado de derechos y obligaciones. Si se considera a la inimputabilidad del niño como una realidad compleja y no genérica, que se acompaña de diferentes grados de capacidad de comprensión y de libertad, el diagnóstico de inimputabilidad presenta dificultades para determinar que grado de incapacidad de conocer la ilicitud y de actuar conforme a ese conocimiento y que grado de imputación debiera aplicarse¹²⁶.

Su contenido material no puede ser definido desde un punto de vista personal individual, como capacidad biológica, sino como capacidad de relación. De ahí que las diferencias del adolescente y del adulto no radiquen en su propia personalidad evolutiva sino en sus características de relación con la sociedad. Por ello, el considerar la existencia de caracteres comunes, propios de la personalidad del adolescente, nos lleva a categorizar sus modalidades de relación de manera diversa a aquella que realiza un adulto. Así, la consideración de sus caracteres propios nos permiten afirmar que el fundamento de atribución de responsabilidad (la capacidad de culpabilidad) no radica en una “imputabilidad disminuida” sino en su propia “imputabilidad” como adolescente¹²⁷.

El sistema que adopta nuestro Código Penal¹²⁸ referente a la inimputabilidad, puede deberse a dos factores:

1º Los que encuadran su origen en un trastorno mental de carácter patológico o accidental (privación temporal de la razón)¹²⁹.

2º Los que se fundan en un desarrollo insuficiente de la personalidad, falta de madurez por ser menor de edad¹³⁰.

La edad, junto con el tratamiento jurídico a determinados sujetos, explica el fundamento de la existencia de un derecho penal especial para los menores de edad. Se ha definido a la minoría de edad, como “aquella franja de la vida de una persona durante la cual se considera que, por carecer de plena madurez, no puede ejercer con plenitud los derechos que tiene reconocidos ni ser, correlativamente, sujeto de algunas obligaciones.”¹³¹. La misma doctrina¹³², indica la relación existente entre la imputabilidad y minoría de edad, entendiendo a la primera, como la posibilidad de

¹²⁶ Maldonado Fuentes, Francisco: “La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes”. En <http://www.lexisnexus.cl>.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Politoff L, Sergio. Op. Cit. Pág. 295.

¹²⁹ Artículo 10 N° 1 del Código Penal.

¹³⁰ Artículo 10 N° 2 del Código Penal.

¹³¹ Cristina Sala i Donado, “Especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal”, Tesis doctoral, Universidad Girona. Pág. 14-16.

¹³² Ibid.

atribuir el delito a un sujeto penalmente responsable, esta posibilidad se presenta como un límite máximo de lo que es punible en un derecho democrático que va intentar responder a las expectativas del hombre normal, esto es, lo exigible a un hombre normal. Por consiguiente, existen situaciones en las que el individuo no tendría una capacidad normal de resistencia a la conminación penal, puesto que no es posible elevar la exigencia penal por encima de la que se impone al hombre normal, siendo precisamente una de las situaciones de inexigibilidad al individuo, la minoría de edad. Al ser el menor de edad una realidad distinta del adulto, se concluye que es inimputable penalmente.

Sin embargo esta conclusión puede ser desvirtuada, por cuanto, según esta misma autora, una consideración unívoca de la minoría de edad sería errada, por cuanto la característica de ella es la evolución del adolescente hacia la edad adulta, siendo irrefutable la capacidad de éstos para cometer delitos, y por tanto no es posible sostener una incapacidad absoluta de comprender la norma y actuar conforme a ella. Existe dentro de la franja de la minoría de edad, un sector en la cual no puede negarse la imputabilidad penal, y como resultado de ello es posible la respuesta jurídica penal frente al hecho típico, antijurídico y culpable¹³³.

Se ha sostenido¹³⁴ que la prueba más clara que se está frente a un sistema que reconoce una especial capacidad de culpabilidad, es que estos sistemas no sólo fijan un límite superior en los 18 años, sino que a la vez, un límite inferior, bajo el cual se presume la inexistencia de todo tipo de responsabilidad, dando cumplimiento a la norma expresa de la CIDN, en ese sentido¹³⁵.

3 La edad mínima de responsabilidad

La edad máxima, para la aplicación de un derecho penal especial de los adolescentes, no ha generado mayor debate, que el que ha causado el momento en que la persona se debe considerar absolutamente inimputable.

Ya el Derecho Romano reconocía una “atenuación de la responsabilidad de los niños cuya culpabilidad estaba establecida” y distinguía tres grupos de edad.¹³⁶

- a) menos de 7 años (niño no dotado de raciocinio)
- b) entre 7 y 10 años (niños en condición de expresarse correctamente y responder por sus actos)

¹³³ Cristina Sala i Donado. Op. Cit. Pág. 16.

¹³⁴ Manuel Cillero Bruñol: “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes”. Pág. 41. En <http://www.unicef.cl>.

¹³⁵ Artículo 40.3 a de la CIDN.

¹³⁶ Dupret, Marie Astrid. “Jóvenes Criminales: Los adolescentes en situación de grave riesgo. Atenuación de la Responsabilidad por efecto de la minoría de edad”. En <http://www.flacso.org.ec>.

c) de 10 a 14 años (niño capaz de darse cuenta del daño que hace a otra persona)

Estas tres categorías han prevalecido durante siglos y si bien servían para juzgar a niños, permitían condenarles a penas menores que a los adultos.

Es posible extraer de esta referencia histórica que, por una parte la diferenciación entre adulto y menor, y por otra parte una categorización distinta para menores antes de la pubertad y menores adolescentes.

Al adolescente se le considera un ser en desarrollo, que está en un proceso de cambio y de reorganización permanente de su estructura psicológica. La etimología de la palabra adolescente viene del latín: adolescens-hombre joven y del participio activo adolescere-crecer, lo que significa hombre joven en crecimiento.¹³⁷

Es el periodo de búsqueda de la identidad personal a través de la integración social, con el objeto de que el individuo capacite al adolescente para conducirse y organizar autónomamente su vida.

La combinación de la carga biológica del individuo y los factores sociales, culturales y familiares de una persona son los que determinan la evolución y la consecución exitosa o no de las metas propuestas. Son estos factores los que incidirían en la aparición de conductas de riesgo y/o transgresión en los adolescentes.

Es en este periodo de vida de una persona en el cual se producen cambios psicológicos fundamentales en los diversos ámbitos del desarrollo, a saber, en el ámbito cognitivo, moral, afectivo social y psicosexual que tendrán por fin último la moldeamiento de una identidad¹³⁸.

Es posible distinguir tres etapas en el periodo de la adolescencia, que está comprendido entre los 12 hasta los 18 años de edad:

1ª. Entre los 12 a 14 años de edad, un niño se encuentra en una etapa cuya relevancia radica en el ser una fase de transición entre la niñez y la pubertad propiamente tal.

Es un proceso de conformación del Yo individual, en donde la visión y/o conexión afectiva con su experiencia interna, la convierte a ésta, como la realidad más válida y por lo tanto única. Son las primeras manifestaciones de querer distinguirse de los otros, y una incipientemente identidad, por medio de la comparación con otras personas cercanas. Socialmente, se produce un despertar, comenzando un contacto interpersonal con los pares y los adultos cercanos. En este periodo, van a primar respuestas de carácter infantil las cuales coexisten con aspectos madurativos. Esta situación conlleva cierta fragilidad, donde los sentimientos de vergüenza, temor al

¹³⁷ Vásquez Rossoni, Osvaldo. "Consideraciones sobre la adolescencia, edad mínima de responsabilidad y las medidas contempladas en el proyecto". En <http://www>. Opción. cl

¹³⁸ Ibid.

rechazo e inseguridad son naturales y esperables, precisamente por la incipiente construcción de un Yo y una individualidad particular.

Respecto del desarrollo moral, los valores y los juicios morales se establecen en relación a su experiencia que sea más cercana y concreta, como es su familia o de las personas próximas.

De acuerdo a estas consideraciones no es posible sostener la autonomía y autodeterminación de un niño de 12 a 14 años de edad.

El fortalecimiento de las figuras parentales se forja en esta etapa, por ello es que indispensable el desarrollo del púber en su seno familiar. Se considera además a la escuela un factor de protección para que al término de esta etapa, el niño cuente con las herramientas sociales, emocionales y cognitivas necesarias para una integración social positiva, desenvolviéndose en el contexto social según la consideración de los derechos de terceros.

2ª. Entre los 14 a los 16 años de edad es el desarrollo evolutivo en el cual se produce la consolidación del Yo psicológico. Cobra importancia el grupo de pares, el cual, por cuanto el adolescente tiene un sentimiento de pertenencia al grupo que es fundamental en esta etapa, ya que reconoce sus potencialidades y valores que el joven desea y los hace constitutivos de su identidad, y que le permiten mantenerse y validarse frente a su grupo social.

Moralmente, ya es capaz de percibir un orden social superior, basado en valores universales, como por ejemplo, el bien común.

Se destaca que el grupo de pares tiene una especial incidencia en la integración social del adolescente. Es en este periodo, el niño termina su periodo de enseñanza básica obligatoria.

3ª. Entre los 16 a los 18 años de edad, la identidad ya se entiende definida, por cuanto ya hay una búsqueda de metas y planes de vida. Socialmente, los grupos a los que adscribía en la etapa anterior ya no aparecen como factores trascendentes, sino que varían de acuerdo a sus intereses y valores comunes. Se ha alcanzado un nivel de juicio moral, la aceptación de las normas, la discusión, la responsabilidad, sus consecuencias; adaptándose a la sociedad por los valores que él mismo ha aceptado e integrado a su identidad.

La edad de catorce años se consideró la adecuada para el establecimiento de responsabilidad frente a los actos, en virtud de haber desarrollado el niño, una identidad personal, a través de la maduración de las relaciones sociales y una mayor autonomía

del núcleo familiar, el reconocimiento de normas sociales y el término de la escolaridad básica¹³⁹.

El Mensaje¹⁴⁰, señaló que el Proyecto define a los adolescentes como las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años. Se definió fijar dicho límite siguiendo las tendencias del derecho comparado y la posición de la doctrina que recomienda no fijar este límite a una edad muy temprana. Bajo los catorce años el Estado renuncia a toda forma de intervención coactiva en el supuesto de comisión de delito.

4 Discernimiento

Nuestro país era el único en occidente que conservaba la institución del discernimiento, para decidir si se castigaba penalmente a los adolescentes cuyas edades fluctuaban entre los 16 y 18 años.

Hasta antes de la ley 20.084, el artículo 10 N° 3 del Código Penal, establecía respecto del menor de 18, pero mayor de dieciséis años de edad, que se entenderá inimputable, “a no ser que conste que ha obrado con discernimiento”. De esta manera existía en dicho cuerpo legal una presunción simplemente legal¹⁴¹, dependiendo de la declaración hecha por el Tribunal, el cual debía pronunciarse respecto de la existencia o inexistencia de discernimiento en el menor.

El significado y su propio contenido ha sido difícil de precisar. La ley 4.447 había dado una definición legal del concepto, al señalar que el simple examen del juez no resulta de manifiesto el discernimiento con que hubiere actuado el procesado, asimilándose a la concurrencia del dolo en el autor del delito, lo que era asociado a una concepción valórica moral, esto es en la capacidad de distinguir el bien del mal¹⁴².

Se le entendía también como un juicio acerca de la peligrosidad del menor y sus posibilidades de reinserción social en un régimen correccional o penal.¹⁴³ Es por ello que se le consideraba un juicio de pronóstico de probabilidades del adolescente para la reinserción o incurra nuevamente en delitos en el futuro¹⁴⁴.

Un juicio de diagnóstico lo transformaba en un sistema subjetivo y discrecional, sostiene la doctrina que un mismo adolescente imputado podía tener un distinto destino,

¹³⁹ Vásquez Rossoni, Osvaldo. “Acerca del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de adolescentes en su fase actual de tramitación”. En <http://www.opcion.cl>.

¹⁴⁰ Boletín N° 5031-07.

¹⁴¹ Politoff L., Sergio. Op. Cit. Pág. 317.

¹⁴² Geisse Graepp, Francisco. Op. Cit. 10.

¹⁴³ Politoff L., Sergio. Op. Cit. Pág. 318.

¹⁴⁴ Geisse Graepp, Francisco. Op. Cit. Pág. 9

lo cual dependía de las influencias sociales, políticas y económicas, que hubiese tenido el juez a su cargo, lo que resultaba injusto para el destinatario¹⁴⁵.

El discernimiento, al ser utilizado como instrumento para llegar a establecer la capacidad personal individual como fundamento de una sanción penal en los adolescentes, demostró históricamente ser incapaz de cumplir esta función.

Lo anterior, porque el demostrar que el adolescente, tenía al momento ejecutar la conducta, la capacidad de comprender el sentido de sus actos, las valoraciones normativas y orientar su comportamiento¹⁴⁶. Teniendo presente que además, dicho análisis se efectuaba con distancia entre la época de comisión y el diagnóstico

Eran las condiciones sociales que rodeaban al adolescente, los que determinaban una “culpabilidad por la conducción de la vida”¹⁴⁷ o los criterios de peligrosidad que derivaban del entorno social, las que eran en definitiva consideraciones externas del individuo.

La capacidad de discernimiento de la persona, es decir, su capacidad de tomar conciencia de su actuación y de su transgresión, de evaluarlas, y de reconocer sus consecuencias y sus efectos para los otros, es uno de los primeros elementos que la sociedad elaboró para un sistema de justicia basado en la ética.

Entre las razones de su eliminación definitiva, se debió entre otras razones, entre ellas, la ya mencionada anteriormente, los criterios subjetivos, y además, porque al entrar en vigencia la nueva reforma procesal penal quedaron en evidencia que respecto de las medidas cautelares, por ejemplo, los menores de 18 y mayores de 16 años debían permanecer en regímenes de internación, similares a la prisión preventiva por un tiempo indeterminado. También se menciona que el derecho de guardar silencio asegurado en la nueva normativa penal, no era respetado a los adolescentes, ya que al estar obligados a declarar, para cumplir con el trámite de discernimiento se vulneraba el derecho de presunción de inocencia. Además, en lo concerniente a las conclusiones del juicio de discernimiento a las que llegaban profesionales como psicólogos y asistentes sociales, quienes se pronunciaban en cuanto a las medidas privativas o restrictivas de libertad, las cuales sin ser obligatorias para el Tribunal, influían de manera considerable en los considerandos resolutivos. Con frecuencia los informes contenían juicios de valor sobre condiciones de vida de sus familias, idoneidad de sus padres, las cuales se basaban en apreciaciones subjetivas¹⁴⁸ y la recomendación de internación en centros especiales, tales como los Centros de Observación y Diagnóstico y los Centros de Tránsito y

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Maldonado Fuentes, Francisco. “La responsabilidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes”. En <http://www.lexisnexus.cl>.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Geisse Graepp, Francisco. Op. Cit.11.

Distribución, en los cuales sin que estuvieran privados de libertad, a la espera de ser diagnosticados, en la práctica sí lo estaban. Nuestro ordenamiento contemplaba dos tipos de cárceles: Centro de Rehabilitación Conductual (CERECO), donde niños declarados sin discernimiento o menores de 16 son internados por un Juez de Menores como medida de protección definitiva, legalmente podía hacerlo hasta la mayoría de edad y las cárceles de adultos, con sus secciones de menores, donde son enviados los adolescentes declarados con discernimiento¹⁴⁹.

Fue a partir de estas críticas a partir de los años 90, con la interpretación de la CIDN, que se consideró que las leyes de menores “proteccionales” producto de la llamada doctrina tutelar, eran sistemas penales encubiertos o disfrazados, con restricciones a la libertad o autonomía individual sin respeto a derechos fundamentales. Surgió la necesidad de construir sistemas de responsabilidad penal juvenil, a partir de una lectura, particularmente del artículo 40 de la CIDN¹⁵⁰.

5 La responsabilidad

La responsabilidad penal¹⁵¹, en general, es la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto (noción valorativa objetiva), del reproche de culpabilidad (noción normativa y subjetiva) y de la punibilidad de la acción u omisión típicamente descrita en la ley. Todos esos caracteres son necesarios para que surja la responsabilidad, y si alguno falta, la consecuencia penal no se produce. La responsabilidad penal no exime al sujeto, ya sea imputable o inimputable. La inimputabilidad y la responsabilidad no son excluyentes entre sí, ya que ambas dan como resultado, o la medida de seguridad la aplicación de la pena.

La respuesta punitiva del Estado a los delitos cometidos por los adolescentes, ha sido la llamada responsabilidad penal juvenil, aunque en opinión de otros autores¹⁵² es a partir de la CIDN, que los niños como sujetos de derecho determinan algún nivel de responsabilidad particular. La responsabilidad, como concepto que caracteriza a la CIDN, se encuentra distribuida en todos los estamentos, ya sea adultos a través del Estado, la familia y la comunidad y la de los niños. Estas son responsabilidades “propias y claramente diferenciadas”.

El sistema tutelar que impregnaba las legislaciones de menores pre-Convención, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, sin embargo el

¹⁴⁹ Cortés Morales, Julio. “Derechos Humanos, derechos del niño y privación de libertad: Un enfoque crítico de las penas de los niños”. En <http://www.opcion.cl>.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Maldonado Fuentes, Francisco. “La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes”. En <http://www.lexisnexus.cl>.

¹⁵² Beloff Mary; “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”. En <http://www.iii.unesco.org>.

Estado, reaccionaba¹⁵³ si se encontraba frente a los que por una percepción subjetiva, consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes”, ejerciendo sobre ellos, las llamadas medidas tutelares, sin ninguna de las garantías aseguradas a los adultos en la misma condición.

La nueva justicia juvenil se construye a partir de tres artículos de la CIDN, por cuanto se refieren al derecho a expresar las propias opiniones¹⁵⁴, aquel que regula la privación de libertad de los niños¹⁵⁵ y el que se refiere a los límites que debe respetar el Estado cuando una persona menor de dieciocho años es imputada o responsable de cometer un delito¹⁵⁶.

Estamos en condiciones entonces de revelar una definición propuesta por la doctrina la cual señala que la justicia juvenil es el conjunto de normas e instituciones creadas para dar respuesta a la situación de una persona menor de dieciocho años de edad imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito¹⁵⁷. Estrictamente limitada, la acción del Estado, a dicha situación y no a procurar una institucionalidad de la beneficencia a través de órganos judiciales sin garantías mínimas, ni para adolescentes infractores o en situación de precariedad material.

El destinatario de esta denominada justicia juvenil es la persona involucrada en un conflicto jurídico penal como autor o partícipe, cuya edad se encuentra comprendida entre los dieciocho años y los doce, trece o catorce años¹⁵⁸, según lo disponga el país en el cual rija dicho sistema penal juvenil.

Lo anterior, producto de la concretización de la doctrina integral, vertida en la CIDN, cuya base son los derechos de los niños y adolescentes ante el Estado, en lo relativo a sus derechos civiles, económicos, sociales, culturales y de participación. El reconocimiento explícito de derechos fundamentales, configura un verdadero estatus jurídico propio de la infancia¹⁵⁹, el cual se erige como una barrera al poder penal estatal.

Se ha criticado el concepto de responsabilidad penal juvenil¹⁶⁰, tal como es aplicado en el caso de los menores de edad, puesto que no todos los ciudadanos son iguales ante la ley, y al menor infractor se le discrimina en función de su presunta falta de madurez.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Artículo 12 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

¹⁵⁵ Artículo 37 de la CIDN.

¹⁵⁶ Artículo 40 de la CIDN.

¹⁵⁷ Beloff Mary: Op. Cit. Pág. 25

¹⁵⁸ Beloff, Mary. Op. Cit. Pág. 26

¹⁵⁹ Cillero Bruñol, Miguel: “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes”. Op. Cit. Pág. 39.

¹⁶⁰ Maldonado Fuentes, Francisco. Op. Cit. Pág.19.

Sin embargo, se defiende la responsabilidad del menor ante el hecho penal. Es responsable porque la gran mayoría de las ocasiones elige, mantiene sus facultades volitivas y conoce lo que hace, aun cuando la conducta se haya realizado en altas condiciones psicopatológicas¹⁶¹.

Ahora bien, establecida la responsabilidad por el hecho, como lo denomina la doctrina¹⁶², se debe responder la interrogante de que si las consecuencias jurídicas que significa un derecho penal de adolescentes, son el resultado del reproche al autor por haber ejecutado una infracción a la ley penal cuando le era exigible otra conducta, o son medidas de seguridad o educación, basadas en la supuesta incapacidad o anormalidad del agente menor de edad. Para ello, se debe realizar una justificación de los requisitos de exigibilidad de otra conducta, para poder a su vez, justificar la posibilidad de imponer una sanción. Y al mismo tiempo, cumplir con requisitos contemplados procesalmente, de acuerdo a un sistema de garantías que sea aplicable a los adolescentes.

La consecuencia de la responsabilidad del sujeto de derecho del adolescente, y de lo que se diferencia del sistema de responsabilidad penal de los adultos son las sanciones, su diversidad y la prioridad de las sanciones no privativas de libertad. Aquellas se establecen en el artículo 6º¹⁶³, que de acuerdo a la modificación de la ley 20.191, la cual no distinguió, finalmente, entre penas de delitos de las penas impuestas por faltas, y enumerando las penas accesorias¹⁶⁴. Manteniendo el artículo 7º que permite al Tribunal imponer como penas accesorias, cualquiera de las penas del artículo 6º, además de obligar al juez de someter al adolescente a tratamientos de rehabilitación, ya sea de drogas o alcohol.

Respecto de las duración máxima de las penas de internación, en el Mensaje N° 68-347 y el aprobado por la Cámara de Diputados, durante el primer trámite constitucional, se establecía como límite cinco años de cárcel, lo cual sólo se mantuvo en la ley a los adolescentes infractores menores de 16 años de edad, y se amplió a diez años para los infractores mayores de esa edad.

¹⁶¹ Maldonado, Francisco: Op. Cit. Pág. 23.

¹⁶² Cillero Bruñol, Miguel: Op. Cit. Pág. 40.

¹⁶³ Aquellas son taxativamente: Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social; libertad asistida especial; libertad asistida; prestación de servicios en beneficio de la comunidad; reparación del daño causado; multa y amonestación.

¹⁶⁴ Son la Prohibición de conducción de vehículos motorizados, y el comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias.

Se establece, además, que la finalidad de las sanciones, de acuerdo al artículo 20, es “hacer efectiva la responsabilidad”...de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”.

Al hablar de delito se habla de un acto típico, antijurídico y culpable lo que conlleva a una responsabilidad o consecuencia jurídica, es decir, una sanción y resarcimiento.

Brevemente explicaremos las sanciones penales que establece la ley 20.084, las cuales se distinguen entre sanciones privativas de libertad y sanciones no privativas de libertad:

5.1 Privativas de libertad:

Son reacciones punitivas de última ratio, que implican la restricción más o menos severa del derecho de libertad ambulatoria de los adolescentes, consistentes en la residencia obligatoria de éstos en un centro de privación de libertad, sujetos a un programa de reinserción social personalizado. Son las siguientes:

a) Internación en régimen cerrado, con programa de reinserción social (art. 16).

La privación de libertad es total. La administración del Centro corresponde al Sename y Gendarmería. El programa de reinserción se ejecuta dentro del Centro.

b) Internación en régimen semicerrado, con programa de reinserción social (art.17).

La privación de libertad es parcial, entre las 22.00 y las 07.00 horas. Las actividades del programa de reinserción deben contemplar a lo menos 8 horas. La administración del Centro puede corresponder a Sename o a los colaboradores acreditados.

5.2 Penas no privativas de libertad:

a) Libertad asistida (art.13).

Es una sanción no privativa de libertad consistente en la sujeción del adolescente al control de un delegado, conforme a un plan de desarrollo personal, basado en programas y servicios que favorezcan su integración social. Su duración no puede exceder los tres años.

Existen dos clases de libertad asistida:

1. la libertad asistida y
2. la libertad asistida especial (art.14) la cual comprende un programa intensivo de actividades más riguroso en cuanto a la frecuencia y duración de los encuentros obligatorios y las tareas de supervisión que ejercerá el delegado.

b) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad (art.11)

Requiere del acuerdo del sentenciado y consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad. No puede exceder de cuatro horas diarias, debe ser compatible con la actividad educacional o laboral del adolescente y tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120 horas. Si no existe acuerdo del sentenciado, puede ser sustituida por la pena de libertad asistida, en cualquiera de sus modalidades.

c) Reparación del daño causado (art.10).

Consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado mediante, la prestación de dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado a su favor, el que requerirá la aceptación previa del condenado y la víctima. El cumplimiento de la sanción no obsta a que la víctima persiga la responsabilidad civil de acuerdo a las reglas generales, en lo que resulte insuficiente.

d) Multa (art.9).

Consiste en la obligación de pagar un estipendio a favor del fisco, que no puede exceder de 10 UTM, en cuya aplicación monto se debe considerar, las condiciones económicas del infractor y de la persona responsable a su cuidado.

e) Amonestación (art.8).

Consiste en la reprensión enérgica por parte del juez, hecha en forma oral, clara y directa, en un acto único, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, tanto para la víctima como para el propio adolescente, instándole a cambiar de comportamiento y formulándole recomendaciones para el futuro. Requiere de una declaración previa del adolescente asumiendo su responsabilidad en la infracción imputada.

CONCLUSIONES

1.- Hasta sólo mediados del siglo XIX, la infancia no había sido una preocupación de relevancia, como objeto de regulación, así, en un afán de protección, se dieron los primeros pasos de ello, lo que con los años ha demostrado su fracaso.

Lo que en la década de los ochenta comenzaron siendo recomendaciones de las organizaciones internacionales en el tratamiento de la infancia, se han convertido en obligaciones asumidas y puestas en marcha en nuestra región latinoamericana,

plasmadas fuertemente, en los paradigmáticos Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil y el Código Justicia Penal de la Infancia en Costa Rica, como muestras de la influencia en nuestra ley 20.084.

2.- Tales influencias se irradiaron final y tardíamente, comparados con otros países de la región, en una tramitación de cinco años en el Congreso Nacional, y las modificaciones de último momento, reflejan el poco arraigo y comprensión de los objetivos y principios que inspiraron la nueva ley de responsabilidad penal de adolescente por infracciones a la ley penal.

3.- Las garantías sustantivas y de procedimiento que de allí surgieron, quedaron, en su mayoría como supletorias del Código Procesal Penal, sin que puedan diferenciarse claramente, de aquellas propias de los de adultos. La prisión preventiva, entendida como medida cautelar y no como una condena anticipada, no fue limitada a un plazo máximo, sino que incluso puede haber lugar a su ampliación, tal como si se estuviera frente a un procedimiento de adultos.

4.- Lo paradójico, es que la población en general, manifestada en encuestas y además, con la influencia de medios de comunicación sensacionalistas, exige un endurecimiento de las penas y esta ley 20.084 lo que establece es un máximo para la extensión de la pena privativa de libertad, siendo de *ultima ratio*, el carácter de dicha sanción, primando, por consiguiente, la libertad por sobre la internación en régimen cerrado. Se regula, además, el sistema de determinación de la extensión y de la naturaleza de la pena. Frente a lo cual, la ciudadanía desconoce ampliamente el modelo de reintegración que se instaura a partir de esta ley, entendiéndola sólo como una rebaja de la edad mínima de los 16 a los 14 años de edad.

BIBLIOGRAFÍA

A) Libros:

- Bavestrello Bonta, Irma. *Derecho de menores*. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003.
- Beloff, Mary. *Justicia y derechos del niño*. Editorial UNICEF, Santiago de Chile, 2003.
- Berríos Díaz, Gonzalo. *Responsabilidad penal del adolescente*. Editorial Corporación Opción, Santiago de Chile, 2003.
- Bustos Ramírez, Juan. *Un derecho Penal del menor*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2003.
- Politoff L., Sergio. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

B) Memorias de Prueba:

- Alarcón Salvo, Tito. “Racionalidad para una justicia de menores”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2002.
- Gatica Barrientos, Juan Alberto. “Nuestra ley de menores a la luz de los principios inspiradores de la Convención de derechos del Niño”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2005.
- Gómez Gallardo, Giovanna. “Legislación sobre responsabilidad penal juvenil, propuestas legislativas y su adecuación a los tratados Internacionales”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2002.
- Sepúlveda Glausser, Ana María. “Eficacia del trámite de discernimiento”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2003.
- Zuñiga San Martín, Ana María. *Legislación de menores*. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1984.

B) Artículos doctrinales en Internet:

- Beloff Mary. “Algunas confusiones en torno a las circunstancias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”. En <http://www.unicef.org>.
- Bolaños Mora, L. “Situación de la infancia en América Latina y el Caribe”, Revista Ilanud N° 17, en <http://www.iii.oea.org>.
- Carranza Elías. “La reforma de la justicia penal juvenil en América Latina y justicia restaurativa”. En <http://www.onu.org>.
- Cillero Bruñol, Manuel: “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes”. En <http://www.unicef.org>.
- Conde, María Jesús: “El nuevo sistema de justicia juvenil en España”. En <http://www.onu.org>.
- Cortés Morales, Julio. “Derechos humanos, derechos del niño y privación de libertad: un enfoque crítico de las penas de los niños”. En <http://www.lexisnexis.cl>
- Do Amaral E Silva, Antonio. “La protección como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la doctrina de la situación irregular”. En <http://www.unesco.org>.
- Documento de trabajo titulado “Innocenti Digest 3 Justicia Juvenil”, del Comité español de Unicef. En <http://www.unicef.org>.
- Dupret, Marie Astrid. “Jóvenes criminales: Los adolescentes en situación de grave riesgo. Atenuación de la responsabilidad por efecto de la minoría de edad”. En <http://www.flacso.org.ec>

Funes Jaume, González Carlos. “Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria”. En <http://www.iii.unesco.org>.

García López, Eric. “Edad penal y psicología jurídica o la necesidad de una respuesta social al adolescente infractor. En <http://www.juridicaunam.mx>.

García Méndez, Emilio. “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”. En <http://www.oea.org>.

García Méndez, Emilio. “Legislaciones infanto juveniles en América Latina: Modelos y tendencias”. En <http://www.onu.org>.

Geisse Graepp, Francisco. “Bases y límites para la responsabilidad penal de los adolescentes”. En (Valdivia), julio 2003, Vol. XIV, pp.99-124. ISSN N° 0718-0950 versión on line.

González Zorrilla, Carlos. “Minoría de edad penal. Imputabilidad y responsabilidad”. En <http://www.iii.unesco.org>.

Konterllnik, Irene. “Marco general de iniciativas legislativas, administrativas y programas sociales”. En <http://www.planalto.gov.br>.

Maldonado Fuentes, Francisco. “La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes”. En <http://www.lexisnexus.cl>

Prieto, Ana Luisa. “Modelo de justicia restaurativa”. En <http://www.lexisnexus.cl>

Vásquez Rossoni, Osvaldo. “Consideraciones sobre la adolescencia, edad mínima de responsabilidad contempladas en el proyecto”. En <http://www.opcion.cl>

Vásquez Rossoni, Osvaldo: “Acerca del proyecto de ley de responsabilidad penal de adolescentes en fase de su actual tramitación”. En <http://www.opcion.cl>.