



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de derecho



“Análisis crítico de la Ley 20.084”

Alumno: María Ignacia Escobillana Vásquez

Profesor guía: Marcela Aedo Rivera

Octubre 2010

Resumen: La CIDN marca el tránsito, desde el paradigma tutelar, hacia el paradigma de protección integral. La ley 20084 surgió producto del compromiso que adquiere Chile de adecuar su legislación a los principios y disposiciones contempladas en la Convención y superar el modelo tutelar que originó un sistema que vulneraba los derechos de los adolescentes, sin embargo, esta ley también se presentó como una oportunidad para incluir criterios para reforzar la seguridad ciudadana y endurecer la respuesta punitiva, ampliando las hipótesis para aplicar privación de libertad y su duración, resultando reprochable en aspectos como su especialidad, proporcionalidad y el carácter excepcional y breve de la pena privativa de libertad, usándose términos como “reinserción y rehabilitación” para justificar la aplicación y mayor extensión de estas medidas, volviendo a criterios propios del modelo tutelar, siendo además estos objetivos poco probables de cumplir en las precarias condiciones de los centros del Sename.

Palabras clave: paradigma tutelar. Situación Irregular. Objeto de protección. Convención Internacional de Derechos del niño. Protección integral. Adolescente. Sujeto de derechos. Ley 20.084.Reinserción. Rehabilitación.

Índice

I. Introducción.....	4
II. Cuestiones previas.....	5
1. Situación irregular.....	7
1.1. Características.....	7
...7	
2. Cambio de paradigma.....	9
2.1. Características.....	10
III. Gestación de la Ley 20.084.....	10
IV. Principales críticas.....	17
1. En cuanto a la especialidad.....	19
2. En cuanto a la proporcionalidad.....	21
3. En cuanto al carácter de excepcional y breve.....	23
V. Conclusión.....	33
VI. Bibliografía.....	36

I. Introducción

El 20 de Noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención Sobre los Derechos del Niño. Ésta fue firmada por el gobierno de Chile el 14 de agosto de 1990 y constituye un instrumento de obligatorio cumplimiento para los Estados firmantes.

Esta convención marca el tránsito, desde el paradigma tutelar, basado en la doctrina de la situación irregular, ampliamente criticada por dar el mismo tratamiento a adolescentes cuyos derechos habían sido vulnerados y a aquellos que habían infringido la ley penal ,y por dar lugar a un sistema penal disfrazado sin límites ni garantías, considerando al adolescente sólo como un objeto de protección e intervención, hacia el paradigma de protección integral, que consagra el principio del interés superior del niño, reconociendo su calidad de sujeto de derecho, titular de garantías sustantivas y procesales , pero también responsable de sus actos capaz de asumir las consecuencias de sus comportamiento, claro que de acuerdo a su nivel de desarrollo, dando paso así, en materia penal, a un modelo de responsabilidad, que supone reconocer que los jóvenes son sujetos de derecho, y responsables (en el marco de su condición)en la medida que son capaces de auto determinarse.

La ley 20084 surgió producto del compromiso que adquiere Chile de adecuar su legislación a los principios y disposiciones contempladas en la convención y superar el enfoque punitivo tutelar que originó un sistema que vulneraba los derechos de los adolescentes. Así, el mensaje del proyecto de ley del entonces Presidente Ricardo Lagos Escobar señalaba que “la informalidad del sistema tutelar de menores, que se estableció en nuestra legislación con la intención de beneficiar a niños y adolescentes ha permitido el surgimiento de un sistema punitivo tutelar que no se somete a los controles propios del sistema penal formal y que es fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales tanto en el ámbito procesal como en el de las garantías sustanciales”

Sin embargo durante su tramitación el proyecto original fue objeto de modificaciones que fueron desvirtuando este objetivo, introduciéndose criterios para reforzar la seguridad ciudadana, intensificar la reacción penal y extender la duración de las sanciones penales,

De este modo la vigente ley 20084 resultó criticable en varios aspectos y alejada de la CIDN.

A través de esta investigación mi intención será poner de manifiesto lo antes expuesto, realizando un análisis evolutivo de la legislación chilena en cuanto al sistema penal de adolescentes y luego un análisis crítico de la actual ley 20.084 y de algunas tendencias en relación a ella.

II. Cuestiones previas

Con la nueva ley se pretendía superar el enfoque punitivo tutelar, el cual, con la intención de beneficiar a sus sujetos de intervención, incumplió el sentido de su propia existencia, convirtiéndose en una fuente permanente de vulneración de derechos, tanto en el ámbito procesal como en el de las garantías individuales.

De este modo la ley 20.084 pretendió reconocer los Derechos sustantivos y procesales que limitan el poder punitivo del Estado.

Así la nueva legislación establece un sistema de responsabilidad penal para adolescentes infractores lo que se inserta en el llamado “nuevo paradigma” en la materia, la doctrina de la protección integral siendo principal exponente de esta última la convención internacional de derechos del niño (CIDN), aprobada unánimemente en Chile por ambas ramas del congreso el 10 de julio de 1990 y ratificada el 13 agosto de ese mismo año ante las Naciones Unidas. En virtud de esta doctrina se considera al adolescente (desde 14 a 18 años) como sujeto de derechos pero también se le considera responsable de sus actos, pero esta responsabilidad es en

el marco de su condición, por ser un sujeto en desarrollo. En este sentido el adolescente goza de las garantías procesales y sustantivas de los adultos y además de garantías particulares, de esta forma se consagra un giro en la posición del niño, transformándolo desde objeto de protección y control, a sujeto pleno de derechos con autonomía relativa para su ejercicio.

Sin embargo, a pesar de esta buena intención inicial, la nueva ley también se presentó como una oportunidad para incluir criterios para reforzar la seguridad ciudadana y para endurecer la respuesta punitiva ampliando las hipótesis para aplicar privación de libertad y su duración.

Es por esto que en el desarrollo de esta ley se pueden ver 2 posiciones opuestas, aquellos que ven en esta ley una iniciativa positiva por su garantismo, por considerar que esta vendría a poner límites al ejercicio de la potestad de tutela del Estado, reconociendo así a los adolescentes su calidad de sujetos de derechos y ya no de un objeto que requiere de protección y control, todo lo cual sería un gran avance en relación al antiguo sistema. Y por otro lado aquellos que aludiendo principalmente a razones de orden y seguridad pública, sólo ven en la nueva ley el fin de la supuesta impunidad de los adolescentes mediante una rebaja de la edad para responder penalmente.

Esta dualidad también se ve reflejada en mensaje de esta ley, que señala “Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulnera estos cuerpos jurídicos”.

Como ejemplos de esta situación el mensaje cita “procesos sin forma de juicio; aplicación de medidas sin participación de abogados defensores y dictadas por tiempo indeterminado; sanciones privativas de libertad que vulneran el principio de legalidad a través de la utilización de fórmulas abiertas como la irregularidad, los desajustes conductuales o el peligro material o moral”

Pero junto al propósito de remediar esta situación el mensaje señala también otro problema: “Por su parte, desde un punto de vista social, es evidente que la preocupación pública por la seguridad ciudadana y el perfeccionamiento de la Justicia penal en todos los ámbitos ha crecido. La actual justicia de menores es objeto de críticas no sólo porque no se somete a los límites y controles que la Constitución establece para la jurisdicción criminal general, sino

también, porque no satisface las exigencias de protección de los derechos de las víctimas de la delincuencia” .

Así en el contenido de esta ley se puede ver una tensión entre normas inspiradas en criterios garantistas derivados de distintos instrumentos del derecho internacional especialmente la CIDN que buscan limitar el poder punitivo del estado y por otro lado el populismo punitivo como una reacción a la sensación de impunidad e inseguridad de la ciudadanía percepción pública influenciada especialmente por la televisión y otros medios de información

Sin embargo como señala Miguel Cillero “ al comparar la ley aprobada con el proyecto enviado por el Presidente, se constata que las modificaciones introducidas durante la tramitación parlamentaria fueron inspiradas, principalmente, por argumentos relativos a necesidades de prevención del delito y atendiendo al convencimiento de algunos legisladores de que el rigor punitivo y la mayor simetría entre el Derecho penal de adultos y el de adolescentes, tendrían como resultado la disminución de la delincuencia juvenil.

En consecuencia, los cambios experimentados afectaron principalmente a la intensidad de las sanciones y a sus mecanismos de determinación. Estas reformas materializaron un importante incremento de la punibilidad, lo que impide realizar una valoración positiva global de la ley desde la perspectiva de los Derechos Humanos de los niños y adolescentes, pese a que en diversos aspectos se produce un notable avance en relación a la legislación vigente antes de la reforma.” (Cillero, 2006).

Para estudiar mejor la situación antes expuesta, analizaré la evolución normativa en Chile en relación a la justicia penal adolescente.

1. Doctrina de la situación irregular

Antes de la ley 20084 la doctrina imperante en Chile era la doctrina de la “situación irregular”

Una definición que nos ayuda a entender esta doctrina es la que otorga el Instituto Interamericano del Niño, que la define como aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moralmente o padece un déficit físico o mental .Dícese también de los

menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades

La doctrina de la situación irregular exigía la protección el niño y su reeducación, basado en la naturaleza misma de los menores que infringían las leyes penales y aquellos que se encontraban en situación de abandono , los cuales representaban un peligro social que el estado debía controlar otorgando a los jueces de menores absoluto poder discrecional , con objetivos proteccionistas .

1.1. Principales características de esta doctrina:

-Únicamente contemplaba a los niños catalogados como vulnerables, Niños e infractores de las leyes penales o partícipes de conductas antisociales, niños en estado de abandono material y moral, niños en situación de riesgo, niños con discapacidad física y/o mental.

-Consideraba que dichos niños constituían un riesgo social, por lo tanto eran objeto de tutela, se les catalogó como “menores”

-En el ámbito jurisdiccional, el juez actúa con absoluta discrecionalidad, no existe contradictorio, no existe garantías procesales.

-Se puede privar de libertad al menor por tiempo indeterminado

-El juez es competente no solo para conocer problemas de orden jurídico sino también de orden social.

-En el ámbito tutelar, un menor pobre podía considerarse en situación irregular de abandono por lo que el estado tenía potestad para separarlo de sus padres.

En Chile según la antigua normativa vigente durante la primacía de esta doctrina los jóvenes de entre 14 y 16 años eran inimputables y sólo se les aplican medidas de “protección”, a cargo del Servicio Nacional de Menores (Sename) que muchas veces se transformaron en “reclusiones” poco claras (sin plazos, ni derecho a defensa) y en recintos de características carcelarias que estimulaban la reproducción del círculo delictivo.

Los infractores de entre 16 y 18 años, debían someterse a un examen de “discernimiento” y si el juez resolvía que tenían conciencia de estar delinuyendo, era posible imponerles una pena inferior en un grado a la que les habría correspondido en caso de ser adultos, de lo contrario, si eran declarados sin discernimiento, pasaban a centros Sename bajo figura de protección, sin derecho a defensa gratuita, sin límite de tiempo y sin garantías debido proceso.

Es decir, una figura central de la ley había sido, por mucho tiempo, lo que se debía entender por “discernimiento”. Debido a esto y a las críticas a los jueces de menores que hacían la declaración de discernimiento sin un criterio claro y sin uniformidad en casos similares, se empezó a vislumbrar la posibilidad de crear una nueva ley penal para los adolescentes.

Además se criticaba que los juicios y sentencias tardaban demasiado y que, durante ese lapso, los menores permanecían privados de libertad en establecimientos sobrepoblados, y poco seguros. Además, los adolescentes carecían de asistencia jurídica y de medios para hacer valer sus defensas y puntos de vista. En pocas palabras, los menores carecían de un debido proceso.

Así hasta antes del 8 de junio del 2007 nos encontramos, a lo menos, con las siguientes formas de control –formal y/o materialmente- punitivo:

- Internación con fines de diagnóstico, particularmente, con fines de determinación del “discernimiento” (estas internaciones se producen en Centros de Tránsito y Distribución, y en Centros de Observación y Diagnóstico, ambos tipos de centro contemplados en la Ley de Menores, N° 16.618)

- Internación como medida de protección definitiva (en CERECO: centros de rehabilitación conductual)

- Internación de adolescentes declarados con discernimiento en secciones de menores de establecimientos penitenciarios de adultos, a cargo de Gendarmería de Chile.

- Sujeción (muchas veces tras un cierto período de internación) al control de un delegado de “libertad vigilada” (denominado “Programa de Intervención Ambulatoria”)

2. Cambio de paradigma: Doctrina de la protección integral.

Las Críticas a la doctrina de la situación irregular la cual finalmente dio lugar a un sistema penal disfrazado sin límites ni garantías, dieron paso a la doctrina de la protección integral la cual se basa en la extensión ideológica de los Derechos Humanos a menores de edad.

La doctrina de la protección integral surge principalmente de la CIDN, En virtud de esta el niño deja de ser objeto del binomio compasión –represión y objeto de tutela por parte del estado para convertirse en sujeto pleno de derechos.

2.1. Las principales características de la doctrina de la protección integral son:

-Reconoce a todos los niños como sujetos de derechos, sin hacer distinción, se les reconoce los derechos humanos de toda persona, además se les reconocen derechos especiales por tratarse de sujetos en desarrollo

-Se cambia la acepción de menores por el término niños y adolescentes

-El juez interviene únicamente cuando existen conflictos jurídicos o vulneración de la ley, existe acusación, derecho a la defensa y derecho a un debido proceso con todas las garantías legales, su actuación está limitada al interés superior del niño

La pena privativa de libertad solo puede ser usada como ultima ratio y por el plazo más breve posible (derecho penal mínimo)

-El juez está obligado a escuchar al niño y a conocer su opinión.

III. Gestación de la Ley 20.084

Anteproyecto 1998

Buscando adecuarse a este cambio de paradigma surge un anteproyecto, basado en la CIDN, especialmente en los artículos 37 y 40, el cual proponía un sistema penal adolescente basado en el derecho penal mínimo, incorporaba garantías penales procesales, un catálogo especial de delitos o infracciones juveniles y un sistema de justicia especializada. Además contemplaba la posibilidad de dar respuesta privativa de libertad sólo en caso de unos pocos delitos e

infracciones graves fijando como tope máximo de sanción aplicable 3 años de internación. Agregaba también un catálogo de sanciones con énfasis en medio libre para evitar en lo posible el internamiento.

En este modelo se elevaba la edad de imputabilidad penal a 18 años, estableciendo entre 14 y 18 años un sistema especial de responsabilidad según el art 40 CIDN. Sancionaba en general solo delitos consumados excluyendo del sistema las faltas y también la participación en grado de encubridor. Las medidas privativas de libertad no eran aplicables a menores 16 años excepto si a consecuencia directa de la comisión del delito provocaran la muerte de una persona

Proyecto 2002

En 2002, a pesar que los indicadores no mostraban un aumento significativo de los delitos cometidos por adolescente, la sensación de temor sí se había incrementado. Entonces, el Gobierno envió al Congreso un proyecto que incluía nuevos delitos y aumentaba la pena máxima de cárcel a cinco años, para los ilícitos considerados graves

Este proyecto fue presentado por el ejecutivo en Agosto del 2002 insertado en medio de una semana marcada por las movilizaciones estudiantiles y en un contexto noticioso marcado por la idea generalizada de que el fenómeno de la delincuencia juvenil había aumentado. Aunque las estadísticas mostraban que la tasa de aprehensiones de adolescente se había mantenido relativamente estable desde 1980 hasta 2001 y que este porcentaje era menor comparado con los adultos, solo un 7,3 % del promedió total de las aprehensiones. Así la finalidad garantista de la ley pasaba a un segundo plano frente a la necesidad de orden.

Los principales aspectos que marcaron el retroceso fueron:

- Debilitamiento garantías
- Endurecimiento penas de 3 a 5 años máximo privación libertad
- Aumento catálogo infraccional y de las infracciones graves
- Posibilidad de aplicar sanciones privativas de libertad a infracciones no graves
- Imposibilidad de aplicar a infracciones graves sanciones no privativas de libertad.

Tras casi dos años de discusión en la Cámara de Diputados, el 14 de julio de 2004 fue aprobado este proyecto y ya se había verificado una asimilación casi total al catálogo de delitos adultos. (Cortes, 2007)

En forma resumida, dicho texto establecía, en principio, un sistema de catálogo de delitos calificados como graves por el legislador. Ante la comisión de estos delitos se podía aplicar al joven infractor una pena privativa de libertad (régimen cerrado y semicerrado)., la duración de esta pena no podía exceder los 5 años. Los delitos graves que incluía el proyecto de la Cámara de Diputados eran: homicidio, violación, el secuestro y sustracción de menores, las mutilaciones y las lesiones graves tipificadas en el artículo 397, N°1, del Código Penal y el robo con violencia en las personas.

Se consideraban, además, como infracciones graves los delitos consumados como: la asociación ilícita para el tráfico de drogas, prevista en el artículo 22 de la ley 19.366, como aquella asociación que tuviera por objeto la comisión de delitos terroristas conforme lo dispuesto en el artículo N°2, 5, de la ley N°18.314; el robo con intimidación en las personas, en que se amenace a la víctima con causarle la muerte, violación o grave daño a su integridad física; y el robo con fuerza en las cosas en lugares habitados, regulado en el artículo N°440 del Código Penal.

En lo procesal, se establecía un procedimiento en que el adolescente fuese asistido por una defensa letrada

Al entrar en vigencia la nueva ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente, los jóvenes, entre 14 y 18 años que hayan cometido un delito, serían juzgados por jueces especializados en el área, al igual que los fiscales y defensores penales públicos que conozcan del caso.(Cortes 2007)

El 2005 en el senado se produjeron importantes cambios a este proyecto:

-Elevación a 5 años de la máxima sanción privativa de libertad en caso de los adolescentes de 14 y 15 años de edad y 10 años para los adolescentes entre 16 y 17 años

-También se reemplazó el catálogo de delitos especial para menores remitiéndose en general a los crímenes y simples delitos del código y leyes penales de los adultos incorporando algunas faltas y en base a esto se crea un sistema de determinación de sanciones este sistema se remite las normas pertinentes del código penal

Así después de la aplicación de la rebaja en un grado deben aplicarse normas del libro I Título III parágrafo4 (art 50 a 78) así se calcularía la extensión de la sanción aplicable

La naturaleza de la sanción se determina aplicando después de lo anterior una tabla de 5 niveles que señala los tipos de sanción aplicable.

La tabla a aplicar es la siguiente

- Desde 5 años y un día:

-internación en régimen cerrado con programa de reinserción social

-internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social

- Desde 3 años y un día a 5 años

-internación en régimen cerrado con programa de reinserción social

-internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social

-libertad asistida especial

- Desde 541 días a 3 años:

-internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social

-libertad asistida en cualquiera de sus formas

-prestación de servicios en beneficio de la comunidad

- Desde 61 a 540 días:

-internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social

-libertad asistida en cualquiera de sus formas

-prestación servicios en beneficio comunidad

-reparación daño causado

- Desde 1 a 60 días:

-prestación servicios en beneficio de la comunidad

- reparación del daño causado

-multa

-amonestación

Como se puede ver en esta tabla la sanción central del sistema es la sanción privativa de libertad

Uno de los responsables del endurecimiento de este proyecto fue el senador (RN) Alberto Espina, -quien presidía la Comisión de Constitución. Legislación y Justicia- pues consideraba que tal como estaba la iniciativa “facilita la libertad de los delincuentes juveniles, en vez de poner normas claras y rígidas, pero con oportunidad de rehabilitarse”¹

Para la criminóloga de la Universidad Central, María Angélica Jiménez también tienen responsabilidad los medios de comunicaciones que convirtieron la delincuencia “en un tema electoral, en circunstancias que el estudio debe ser científico”.²

En respuesta a estas modificaciones, una comisión compuesta por Consejo nacional para control estupefacientes Conace y varias otras organizaciones como la Corporación Opción, la Asociación Chilena pro naciones unidas Achnu y el Hogar de Cristo intentaron moderar este endurecimiento punitivo proponiendo modificar los máximos de pena de cárcel a 3 y 8 años en vez de 5 y 10 pero la propuesta fue rechazada en votación del Senado.

Llama la atención que mucho de los argumentos esgrimidos para mantener los máximos de pena de cárcel hacen alusión a la rehabilitación de los adolescentes, un reflejo de esto puede verse en las opiniones sostenidas por el Senador Fernández al respecto:

“lo importante es señalar que aquí no se trata del presidio, sino simplemente de un programa para rehabilitar a los adolescentes. Por lo tanto, el tiempo destinado a lograr efectivamente ese objetivo puede ser muy relevante.

No estamos hablando de penas de prisión que, de una manera u otra, impliquen un castigo que no rinda ningún fruto. Por el contrario, estamos frente a un programa que, llevado a cabo en la forma debida, puede ser muy beneficioso para los adolescentes. Por ello, soy partidario de mantener lo que discutimos en la Sala y que fue aprobado por la Comisión, en cuanto a mantener los plazos superiores.

¹ Para más información ver http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-04-11.5081711610

² Información obtenida de <http://rie.cl/lanacioncl/?a=72851>

Voto en contra de la indicación, porque creo que no favorece la rehabilitación de los adolescentes”.³ .

Tales opiniones resultan contrarias a lo que afirma Miguel Cillero en cuanto a que el interés superior del niño no puede fundamentar una pena o utilizarse como mecanismo para determinarla judicialmente y dejan en evidencia que la teoría de la situación irregular aun no estaría completamente superada por parte de algunos parlamentarios.

Finalmente, el 7 de diciembre se publicó en el Diario Oficial la ley 20084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

Año 2006: La normativa debía comenzar a regir el 8 de junio, pero el Congreso decidió aplazarla por un año por no contar con todos los centros de internación, pero especialmente por la ausencia de programas de re escolarización y reinserción necesarios y por el descuido en la implementación de medidas de medio libre y semi cerrado. Esta situación dio cuenta de que la prioridad de las autoridades eran los centros privativos de libertad y el control penitenciario ubicándose en segundo plano los programas psicosociales de medio libre.

En enero del 2007 El comité de derechos del niño le hizo ver al Estado de Chile que la LRPA se apartaba de lo que la convención exige y lo instaron a modificarla antes de que entrara en vigencia, asegurando que la privación de libertad sea una medida impuesta como último recurso”, además el comité expreso su preocupación por los 5 años de cárcel para los niños entre 14 y 16 años.⁴

Sin embargo estas recomendaciones fueron ignoradas y contrariadas por el Estado.

En mayo y junio del 2007 la ley 20084 fue modificada por la ley 20191, originada en el proyecto enviado por el ejecutivo el 7 de mayo que siguió apuntando a una mayor represión.⁵

Así, dos meses antes de su entrada en vigencia, la comisión de expertos evacuó un informe en que se diagnosticaban problemas de diseño de la nueva normativa. El Ejecutivo envió entonces al congreso un proyecto que introducía cambios a la ley respecto al régimen de ejecución de

³ Senador Fernández, Debate en Sala, Senado, 13 de septiembre de 2005.

⁴ Observaciones del comité de Derechos del niño al Estado de CHILE 2007 numero 71 y 72

⁵ Para más información ver http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-04-11.5081711610

penas, tipificación de los delitos y plazos para poner a los menores de 18 y mayores de 14 detenidos a disposición de los tribunales.

El Parlamento hizo ajustes a la ley para evitar, por parte de los jueces, incertidumbre en la determinación de las penas, y se aprobaron las siguientes modificaciones:

-Se reordenaron los artículos referidos a las penas (artículos 6, 21, 22 y 23 del texto original), distinguiendo entre la pena a imponer y la pena considerada en abstracto (la que establece el Código Penal).

-Respecto a la procedencia de la internación provisoria -entendida como prisión preventiva- se clarificó cuál será la pena a considerar por el juez para determinar si ella es procedente o no, eliminando la posibilidad de lectura “ultra garantista” del artículo 32 original de la ley. Así, se dejó claro que procede la medida de internación provisoria en un centro cerrado en aquellos casos que para los adultos tienen asignada una pena de crimen (5 años y un día o más).

-En caso de delito flagrante, se extendió el plazo contemplado originalmente de 12 horas a 24 horas, para que la policía ponga al adolescente infractor de la ley a disposición del tribunal quedando los adolescentes en igual situación que los adultos

-Respecto al cumplimiento de la sanción en centros semicerrados, se amplió su oferta y cobertura, facultando al Sename para que celebre convenios con organismos colaboradores acreditados que podrán ofrecer este servicio.

-Por último, lo más relevante fue una indicación del Senado, del senador Hernan Larrain, la cual modificó el artículo 23, en cuanto a que si la sanción equivale a una pena de crimen (más de 5 años), se deberá aplicar al joven la pena de internación en régimen cerrado por los dos primeros años. Al tercero, el juez podrá revisar la situación y determinar un traslado a un régimen semicerrado u otro sistema de libertad vigilada especial.

En respuesta a esta última indicación, un grupo de 33 diputados de la Concertación impugnaron la medida ante el Tribunal Constitucional (TC). Por considerar en síntesis que tal indicación iría contra el espíritu original del proyecto; contra los derechos de los menores amparados en convenciones internacionales reconocidas por Chile, especialmente la CIDN y

privaría al juez de la facultad para decidir si el joven debe irse a un régimen cerrado o semicerrado

“el problema de la indicación es que establece una sanción única lo que privaría al juez de ponderar el aplicar un régimen semicerrado , lo que llevaría arbitrariedades y a que jóvenes reincidentes que cometan delitos no graves en función de sus agravantes se encierren por dos años”

Sin embargo hay quienes apoyaron esta indicación así José Antonio Gómez senador radical señaló: “La indicación Larraín no rompe el corazón de la ley”

El presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, José Antonio Gómez, declaró estar a favor de que se haya aprobado la indicación promovida por el senador (UDI) Hernán Larraín porque regula de una mejor manera las penas de los delitos graves cometidos por los adolescentes.

“Desde nuestro punto de vista es una buena señal, porque se preocupa de la seguridad de las personas”, dijo el ex ministro de Justicia y agregó que “al analizar la ley observamos que la mayoría de los ilícitos contenidos en la reforma penal adolescente iban a ser sancionados con penas alternativas. Allí nos dimos cuenta que un grupo de 5 ó 6 crímenes graves tendrían una aplicación de condenas de 5 años y un día. Por este motivo, es necesario que el juez tenga la opción de enviar al joven dos años a un centro especializado para luego continuar con su rehabilitación afuera”, dijo.

El parlamentario radical fue enfático al señalar que esta medida no rompe el corazón de la ley, porque “el menor no va a ir a la prisión de adultos sino a un lugar que el Estado asegure su protección y posterior reinserción en la sociedad”.⁶

Finalmente el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento en todas sus partes.

IV. Principales críticas efectuadas a la LRPA 20.084

⁶ Información obtenida en: Diario La nación jueves 17 mayo del 2007.

Como señalé anteriormente en el desarrollo de esta ley se pueden ver dos posiciones opuestas, aquellos que ven en esta ley una iniciativa positiva por su garantismo ya que vendría a poner límites al ejercicio de la potestad de tutela del estado, y por otro lado aquellos que ven en la nueva ley el fin de la supuesta impunidad de los adolescente mediante una rebaja de la edad para responder penalmente.

En este sentido, en relación a la primera posición, autores como Julio Cortes estiman que la legitimación de la LRPA se asocia a la idea de que estaría superando el Derecho Tutelar de Menores y el “paradigma tutelar” previo a la CIDN. Así, la idea de que en cualquier caso la reforma sería positiva pues lo “nuevo” venía a superar a lo “viejo” jugó un rol fundamental. Esta convicción permitió soportar el creciente proceso de endurecimiento y pérdida de especialidad del sistema que se estaba creando, pero que pese a ello salía siempre airoso en comparación con el modelo penal/tutelar.

Pero esta convicción coexistía con el segundo argumento central para la legitimación del cambio de modelo, la necesidad de superar la “impunidad” que se asociaba al antiguo modelo tutelar, pese a que se trataba de un sistema penal encubierto, en el discurso público prevaleció siempre la idea de que sólo había reacción penal contra los adolescentes declarados con discernimiento y condenados en el Derecho Penal de Adultos.

Este segundo argumento (detener la “impunidad” adolescente) pasó a ser preponderante sobre el primero (poner límites al ejercicio de la potestad de tutela del estado y adecuarse a la CDN), esto se expresa en el hecho de que casi unánimemente los medios informativos y la opinión pública se han referido siempre a esta ley como la “rebaja de la edad penal”.

Esto tiene relación con lo que indica Myrna Villegas referente a la función simbólica del derecho penal y al papel que juegan los medios de comunicación:

“Al punitivismo se une la función simbólica del derecho penal, que consiste en dar la impresión de un legislador atento, decidido y eficaz en el combate a la delincuencia. Los medios de comunicación social, en su papel de órganos de control social informal, cumplen la función de destacar determinadas formas de criminalidad en un determinado momento, para inducir a la opinión pública a formarse juicios de valor, que sirven a efectos de legitimar una sanción más represiva” (Villegas, 2008)

Así la nueva LRPA, vigente desde junio de 2007 que en principio tenía su fundamento en la necesidad de superar el enfoque punitivo tutelar vigente en Chile hasta ese momento, reconociendo los derechos sustantivos y procesales que limitan el poder punitivo del Estado, terminó por alejarse de su espíritu original, introduciéndose durante su tramitación criterios para reforzar la seguridad ciudadana, intensificar la reacción penal y extender la duración de las sanciones penales, inspirándose principalmente en argumentos relativos a la necesidad de prevención del delito y atendiendo, como señala Cillero, al convencimiento de algunos legisladores de que el rigor punitivo y la mayor simetría entre el derecho penal de adultos y de adolescentes tendrían como resultado la disminución de la delincuencia juvenil.

De este modo la LRPA se basa discursivamente en la CDN y demás instrumentos internacionales pero a la vez se aparta de estos en varios puntos fundamentales:

1. En cuanto a la Especialidad:

El art. 40.3 de la CIDN establece que “Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se les acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”.

Así, se señala que el Derecho Penal Juvenil debiese ser un sistema especial, en el cual debe usarse un nivel mucho menor de violencia represiva en relación al del Derecho Penal de adultos, sobre todo en lo referente al empleo de diversas formas de privación de libertad, que debe restringirse sustantivamente para invertir la regla general, de manera que en la mayoría de los casos se reaccione sólo con medidas ambulatorias.

Sin embargo la LRPA más que un sistema especial para el juzgamiento de adolescentes, es un instrumento punitivo semejante al sistema penal para adultos, un “derecho penal atenuado”, es decir, aplicación del derecho penal de adultos pero con algunas excepciones, puesto que:

- En el título preliminar se establece el ámbito de aplicación de la ley que “regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de estas” (artículo 1) De esta forma, se abandona la noción de infracción y se reemplaza por la de delito.

- La aplicación del régimen de adultos es preferente ya que para el caso en que el delito se inicie antes que el imputado cumpla 18 años, pero se consuma después de esto, el sistema opta por la aplicación de la legislación penal de adultos (art. 3).
- Las penas en la LRPA son similares a la de los adultos. El artículo 6 señala que “en sustitución de las penas contempladas en el código penal y en las leyes complementarias, las sanciones que se aplicaran a los adolescentes serán las de la siguiente escala general” y a continuación distingue penas de delitos y penas de faltas existiendo una remisión completa a todos los delitos que el ordenamiento contempla para los adultos .de este modo, el catálogo infraccional se remite a las definiciones “adultas” de crímenes, simples delitos y faltas (unas cuantas faltas quedan en este sistema, cuando son cometidas por adolescentes de a lo menos 16 años; las demás no fueron despenalizadas, sino que quedan entregadas a la competencia sancionatoria de los tribunales de familia)
- A esto debe agregarse el hecho de la excesiva e innecesaria complejidad del sistema descrito, ya que para el entendimiento de esta ley es necesario recurrir a otros cuerpos legales (cp, cpp y leyes penales especiales), así se vuelve difícil que la LRPA resulte comprensible para la ciudadanía en general, y en especial para los niños y adolescentes a quienes va dirigida.
- Las sanciones de encierro en régimen cerrado y semi cerrado no difieren mayormente de las de los adultos, salvo el tipo de centro en el que serán privados de libertad los menores. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad es una de las penas principales que propone el Ante Proyecto de Código Penal para el régimen de adultos. La reparación del daño y la multa no difieren de las sanciones de adultos.
- En caso de delito flagrante, se extendió el plazo contemplado originalmente de 12 horas a 24 horas, para que la policía ponga al adolescente infractor de la ley a disposición del tribunal quedando los adolescentes en igual situación que los adultos.
- El nuevo sistema aplicable a los adolescentes infractores está entregado a los mismos órganos de la justicia penal de adultos, (jueces, fiscales, defensores y policías que de acuerdo a LRPA cumplen el requisito de especialización mediante capacitaciones en materias ligadas a

esa ley) sin embargo, la LRPA no exige taxativamente la especialización del personal que interviene en la administración de justicia de menores porque usa el concepto de preferencia en el artículo 29 lo que no remarca el carácter esencial de ésta.

- En cuanto al procedimiento el artículo 27 establece “la investigación y juzgamiento de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal”. Así, otorga todas las garantías judiciales reconocidas para los adultos en los tratados internacionales, pero no las entregadas a niños y adolescentes.
- Adema se critica el hecho de que en Chile la única forma de procesar las infracciones penales cometidas por adolescentes es la judicial, con toda la rotulación que ello implica, ignorándose de este modo la recomendación de las Naciones Unidas respecto a diversificar las instancias de respuesta.

Todo esto tendría relación con el contexto de precariedad institucional respecto a la niñez y adolescencia que no garantiza el cumplimiento general de la Convención de los Derechos del Niño .Chile carece de una ley de protección de derechos de los niños y niñas; no existe una política integral de infancia y las propuestas implementadas en este sentido no han resultado. Tampoco existe una instancia independiente que permita garantizar el cumplimiento de esos derechos.

“No tenemos en Chile una ley de protección de los derechos de la infancia y adolescencia, un proyecto que se tramita hace mucho tiempo, pero que aún no existe.

No tenemos defensor de derechos del niño, carecemos en general de un estatuto jurídico y de acciones, recursos y procedimientos que fortalezcan la prevención de los derechos del niño”, Nicolás Espejo. Consultor del área de Derechos de *UNICEF*. (2009)

- Se aplican automáticamente idénticos criterios de agravación de las sanciones para adultos y adolescentes sin acoger las distinciones que la criminología describe entre conductas delictivas de adultos y adolescentes. Un ejemplo de esto es que se establezca como agravante la concurrencia de pluralidad de hechos lo cual no tiene sentido desde la perspectiva de los análisis de la criminalidad adolescente.
- No establece un régimen especial de recursos, por lo que hay que aplicar el del sistema penal de adulto

Así, como señala Myrna Villegas, el hecho de que el sistema penal para adolescentes se encuentre en una ley especial, no es sinónimo de justicia especializada en “interés superior del niño”. (2008)

2. En cuanto al principio de proporcionalidad:

- La pena debe ser proporcional a la gravedad del delito, sin embargo la LRPA se aleja de este principio ya que las sanciones más graves, esto es, las penas privativas de libertad, no se aplican en casos de delitos graves solamente, sino que también en casos de delitos menores, como se extrae del artículo 23, ya que de los cinco tramos en los que se ordenan las sanciones, cuatro de ellos contemplan la aplicación de sanciones privativas de libertad y en el primer tramo sólo pueden aplicarse estas. Como aparece a continuación:

1. Entre 5 años y 1 día a perpetuo (Penas de crimen): obligación al juez de aplicar la internación en régimen cerrado o semi cerrado

2. cuando la sanción privativa o restrictiva de libertad oscile entre 3 años y 1 día a 5 años de privación de libertad, o es una pena restrictiva de libertad superior a tres años: facultad al juez de aplicar internación en régimen cerrado o semi cerrado o libertad asistida especial, de libertad, o es una pena restrictiva de libertad superior a tres años.

3. Entre 541 días a 3 años: facultad al juez de aplicar internación en régimen semi cerrado, libertad asistida, o prestación de servicios a la comunidad

4. Entre 61 días a 540 días La facultad al juez de aplicar internación en régimen semi cerrado, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

- Además esta ley no mantiene una proporcionalidad interna, como señala Miguel Cillero:

“Para la determinación la norma clave es la rebaja en un grado del mínimo de la pena contemplada para los adultos (artículo 21), a partir de la cual se hace la conversión a la sanción aplicable a los adolescentes. Esta rebaja es pareja para todos los delitos. Como el Proyecto, adicionalmente a la rebaja, pone un tope máximo a la duración de la privación de libertad, se produce el problema que el sistema aprobado favorece proporcionalmente más a las penas que sobrepasen el máximo fijado para adolescentes que a aquellas que quedan dentro de los rangos inferiores. Esto se produce porque hay delitos que, pese a la rebaja en un

grado del mínimo, quedarían sobre la extensión máxima y por ello se benefician de una segunda rebaja. Esta situación lleva a que se rompa la proporcionalidad interna en el sistema penal de adolescentes, ya que las penas más altas no se reservan para los delitos más graves. La razón que explica este problema es que el legislador equivocadamente vincula dos escalas de pena de duraciones diferentes, la de adultos con un máximo de 40 años y la de adolescentes con 10 años, a través de un mecanismo no proporcional, como es la rebaja en un grado del mínimo” (Cillero, 2006).

3. En cuanto al carácter excepcional y breve de la pena privativa de libertad:

La CIDN señala en su artículo 37 b: “Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La privación de la libertad debe utilizarse como último recurso y por el menor tiempo posible”

En este sentido el artículo 47 de la LRPA indica lo siguiente: “*Las sanciones privativas de libertad que contempla esta ley son de carácter excepcional. Sólo podrán aplicarse en los casos expresamente previstos en ella y siempre como último recurso*”

Sin embargo, aunque la LRPA contempla esta disposición, a lo largo de su contenido termina alejándose de este principio puesto que:

- Como se señaló anteriormente, de los cinco tramos en los que se ordenan las sanciones, cuatro de ellos contemplan la aplicación de sanciones privativas de libertad y en el primer tramo solo pueden aplicarse estas.
- En cuanto a la internación provisoria en Chile esta puede durar seis meses ampliables a otros dos si la investigación lo amerita, lo cual resulta excesivo si se compara con otras legislaciones de América latina en las cuales hay un límite que en general no supera los 90 a 120 días. Esta situación es aún más preocupante si se considera el hecho de que 2495 adolescentes fueron sometidos a dicha medida durante el primer año de vigencia de la ley y de ellos solo 270 fueron condenados en definitiva a sufrir la pena de internación en régimen cerrado, en todos los demás casos, el 89 % la medida cautelar fue más gravosa que la pena aplicada. (Morales, 2009)

- Además como ya se indicó, se produjo la Elevación a 5 años de la máxima sanción privativa de libertad en caso de los adolescentes de 14 y 15 años de edad y 10 años para los adolescentes entre 16 y 17 años aludiendo a la idea de rehabilitación de los adolescentes en este punto me remito a las críticas hechas por Cillero:

“Si se analiza el punto desde la perspectiva de los instrumentos internacionales, y de los propios principios contenidos en la ley, como los de interés superior del adolescente, privación de libertad como último recurso y primacía del carácter educativo de las sanciones, se verá que la decisión de elevar de cinco a diez años la duración máxima de la internación aplicable a los mayores de 16 años es inconsistente. La virtud de una ley penal juvenil es resolver armónicamente las contradicciones entre libertad, seguridad y protección al desarrollo e integración social de los adolescentes. Para ello es necesaria la consistencia entre los fines de la intervención que se proclaman y los medios –las sanciones– que se disponen para el cumplimiento de dichos fines. En este sentido, impropio que una sanción privativa de libertad – que puede llegar hasta los 10 años– se pretenda fundamentar en los supuestos efectos resocializadores. Si el legislador, contrariando disposiciones expresas de los tratados internacionales, fija penas de esa magnitud, debería haber expresado directamente la prioridad de los fines disuasivos, retributivos y de control de las sanciones establecidas, sin pretender revestir su decisión de finalidades educativas o “responsabilizadoras” que, en la práctica, no son compatibles con la extensión y forma de determinación de sanciones que establece la ley”. (Cillero, 2006)

- Además por la Modificación que efectuó el Parlamento al artículo 23, (la llamada “indicación Larrain”), introducida por la ley 20.191 de junio de 2007, si la sanción equivale a una pena de crimen (más de 5 años), se deberá aplicar al joven la pena de internación en régimen cerrado por los dos primeros años. Al tercero, el juez podrá revisar la situación y determinar un traslado a un régimen semicerrado u otro sistema de libertad vigilada especial, medida que también se fundamenta en los supuestos efectos resocializadores de esta.

Indicación que como ya se dijo anteriormente, fue impugnada por un grupo de 33 diputados ante el Tribunal Constitucional (TC). Por considerar en síntesis que iría contra el espíritu original del proyecto; contra los derechos de los menores amparados en convenciones internacionales reconocidas por Chile, especialmente la CIDN y privaría al juez de la facultad para decidir si el joven debe irse a un régimen cerrado o semicerrado señalando que esta indicación : *“Vulnera directamente el artículo 37 letra b) de la Convención de los Derechos*

del Niño, al no dar alternativa alguna a la privación de libertad a penas que superen los cinco años, lo que en ciertos casos provocará que adolescentes que, por ejemplo, no han cometido delitos de gravedad, sino un cúmulo de ellos que se suman por concurso real, sean sancionados con esta pena, sin alternativa alguna”... “Esta situación no considera el interés superior del adolescente, pues no deja espacio para la determinación de una pena idónea, convirtiendo el artículo 24 de la ley N° 20.084 y el artículo 40 N° 3 letra b) y N° 4 de la Convención de los Derechos del Niño en letra muerta”.

Recurso que como ya señale anteriormente fue rechazado por el TC.

En este mismo sentido también se ha criticado que la nueva ley consigne lo que la doctrina ha llamado “fraude de etiquetas” ,esto es que bajo el argumento de implementar medidas que buscan reinsertar al joven se esconda la aplicación solapada de medidas privativas de libertad con individualización de condenas supuestamente protectoras del menor, lo cual tendría su origen en el hecho de que los principales objetivos perseguidos por el Estado a través de la LRPA son “responsabilización” y “reinserción, “responsabilización, como la necesidad de que el adolescente “responda” por la infracción cometida (a diferencia de la “impunidad” atribuida a la respuesta tutelar). Pero dado que se trata de adolescentes, se le agrega la noción de la “reinserción”, entendida como la necesidad de que se trabajen ciertos problemas adicionales del adolescente, generalmente por considerarse que los “adolescentes infractores” suelen ser sujetos desequilibrados, pobres, con problemas de adaptación y todo un historial de carencias y vulneraciones que, curiosamente, podrían ser tratadas por medio de la acción del sistema penal.

Así, el concepto de resocialización ha servido para justificar que el sistema penal se concentre siempre en los sujetos más marginales, con el pretexto de que la pena es además un tratamiento, dejando de intervenir sobre sujetos en los que no se percibe esta necesidad.

De este modo algunos autores señalan que existiría una tendencia a la aplicación de un híbrido penal de adultos/tutelar en que el primer elemento sirve para justificar la necesidad de castigar, de “responsabilizar”, y lo tutelar suministra los criterios de selección de individuos criminalizables, detección de necesidades de rehabilitación, salida del sistema de casos menos necesitados de “protección”

Así lo demuestra el hecho de que la Fiscalía Nacional, en circular de 2 de mayo de 2007 indicó que en aquellos casos de delitos menos graves cometidos por menores pertenecientes a familias disfuncionales, es más conveniente aplicar una pena privativa de libertad:

“...Si el informe da cuenta de que el adolescente carece de figuras adultas responsables, o que, teniéndolas, éstas son disfuncionales puesto que ejercen una influencia criminógena, se les vincula al consumo de drogas, o existe violencia de pareja y/o maltrato infantil en la familia, entre otras características negativas, puede anticiparse que el logro de los fines socioeducativos de una sanción no privativa de libertad resultará más dificultoso”.

Otro ejemplo de esta tendencia se encuentra en el Instructivo N° 8 del Ministerio Público sobre la LRPA, que entrega a los fiscales orientaciones para la determinación de penas de adolescentes. Allí se mencionan, dentro de los criterios a utilizar, la atención a circunstancias tales como la “vida de calle”, la “situación educacional”, estructura familiar, e incluso la “actitud ante la autoridad”. (Piedrabuena, 2007)

De este modo, pareciera ser que aún persiste la idea de que la privación de libertad es conveniente como una política social reforzada sobre todo para adolescentes pobres y no una medida que debe ser excepcional y de ultima ratio.

Sin embargo, difícilmente se puede producir la tan nombrada resocialización considerando las actuales condiciones de los centros de menores.

Condiciones que quedaron al descubierto con el incendio que se produjo en octubre de 2007 en un centro privativo de libertad para adolescentes de Puerto Montt, donde murieron asfixiados diez de ellos entre 14 y 18 años y que permitió hacer públicas diversas vulneraciones de derechos que ocurren al interior de estos centros

Situación que podría haber sido evitada si se hubiese considerado la recomendación de la comisión de expertos encargada del seguimiento del proceso de implementación de la ley, que aconsejó que ésta entrara en vigencia de modo escalonado, primeramente en el tramo de adolescentes mayores de 16 años, para disminuir la población a la que se le aplicaría el nuevo sistema, e impedir de ese modo que las deficiencias detectadas en el estado de los centros de privación de libertad pudieran afectar los derechos y la integridad física y psíquica de los de menor edad (14 y 15 años).

Además en un informe efectuado por la Unicef en noviembre del 2007 se señala: "Muchos de los centros no cumplen con condiciones de vida básicas ni con los estándares normativos que

rigen su funcionamiento. Es más, hay factores que afectan en términos negativos el desarrollo de los adolescentes internos o que derechamente producen daño en ellos".

"Parece altamente improbable, si no imposible, que se pueda cumplir con la finalidad proclamada por la Ley 20.084, en cuanto a que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social".

Asimismo el informe detalla déficits en infraestructura, salud, educación, organización interna, prácticas de disciplinamiento y castigo, segregación, cantidad y formación del personal de trato directo y/o educadores, etc., que constituyen vulneraciones a los derechos de los adolescentes privados de libertad.

Todas estas circunstancias claramente atentan contra lo que dispone la CIDN, específicamente en sus artículos 3, 4, 6, 27, 37,39 y 40:

Artículo 3: "Todas las acciones que involucran a niños y niñas deben priorizar siempre el interés superior del niño y su bienestar"

Artículo 4: "El Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para hacer realidad los derechos postulados en la CIDN"

Artículo 6: "Niños y niñas tienen derecho intrínseco a la vida y el Estado debe asegurar hasta el máximo posible su supervivencia y desarrollo".

En relación a este artículo el Comité de Derechos del Niño sostiene que la obligación mencionada, debe interpretarse de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.⁷

Artículo 27: "Niños y niñas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social. El Estado debe adoptar todas las medidas y recursos necesarios para ayudar a los padres u a otras personas responsables del niño a dar efectividad a este derecho"

Artículo 37: "Ningún niño o niña será sometido a torturas, malos tratos o penas crueles. No se impondrá pena capital ni prisión perpetua por delitos cometidos por personas menores de 18 años. Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La privación de la libertad debe utilizarse como último recurso y por el menor tiempo posible. Todo niño privado

⁷ comité de derechos del niño de las naciones unidas observación general n 5 de 27 nov 2003 parrafo 12

de libertad tiene derecho a recibir un trato apropiado y respetuoso, a estar separado de los adultos, a recibir asistencia jurídica y a mantener contacto con su familia”

Artículo 39:“El Estado está obligado a asegurar a los niños víctimas de conflictos armados, de malos tratos, torturas, abusos o explotación una tratamiento apropiado para su recuperación y reintegración social”

Artículo 40: “Todos los niños sobre quienes se alegue que han infringido leyes penales tienen derecho a recibir un trato respetuoso de sus derechos humanos, a gozar de las garantías de un debido proceso, a ser informado de los cargos que pesan sobre ellos y a contar con asistencia letrada para su defensa. Siempre que sea posible y apropiado deberá evitarse recurrir a la justicia y a la institucionalización de los niños y privilegiar otras medidas de resolución de conflictos”

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental que comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna⁸.

Por tanto, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

En consecuencia, el Estado como responsable de los establecimientos de detención es el garante de los Derechos de los detenidos no pudiendo alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano.

Además estas circunstancias también atentan contra lo que la misma ley 20084 dispone especialmente en:

Artículo 2º.- Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

⁸ Corte I.D.H, caso Bulacio Sentencia 18 de Septiembre 2003, serie c no 100 parr 138

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Artículo 44: “La ejecución de las sanciones privativas de libertad estará dirigida a la reintegración del adolescente al medio libre. En virtud de ello, deberán desarrollarse acciones tendientes al fortalecimiento del respeto por los derechos de las demás personas y al cumplimiento del proceso de educación formal y considerarse la participación en actividades socioeducativas, de formación y de desarrollo personal”

Artículo 46: “Las medidas y procedimientos disciplinarios que se dispongan deberán encontrarse contemplados en la normativa del establecimiento y tendrán como fundamento principal contribuir a la seguridad y a la mantención de una vida comunitaria ordenada, debiendo, en todo caso, ser compatibles con el respeto de la dignidad del adolescente”

Como cabe destacar, Chile no carece de un marco normativo que tienda a la protección de la dignidad de los adolescentes privados de libertad, sin embargo, nuevamente pareciera ser que nos encontramos ante una declaración de buenas intenciones y no frente a una realidad concreta una prueba de ello es que, aún recientemente se siguen constatando situaciones preocupantes que dan cuenta de las falencias existentes, especialmente en relación a la atención de adolescentes con trastornos mentales y con problemas de adicción a las drogas.

A modo de ejemplo, basta con recordar las denuncias efectuadas en Abril de este año por un grupo de jueces de familia, entre las que destacó la fotografía de una joven (con problemas mentales y de movilidad) amarrada de pies y manos a una silla en un centro del Sename de Santiago. *Esta imagen, más que un caso aislado, fue uno de los varios ejemplos que un grupo especial de nueve jueces de familia, cuya coordinadora es Mónica Jeldres, le presentó al ministro de Justicia, Felipe Bulnes, dando cuenta de la precariedad de algunos centros y la falta de especialistas para tratar los problemas que aquejan a jóvenes infractores de ley, situaciones que constataron y recopilaron al visitar a cuatro mil internos del Sename.* (Chaparro, 2010)

Así, este informe señala que niños con enfermedades mentales, o que requieren un apoyo médico especializado, son ingresados en centros comunes del Servicio Nacional de Menores (Sename) porque no hay más opciones. Pero estas instituciones no están preparadas para darles la atención ni el cuidado especializado que requieren.

Al respecto, el jefe del servicio, (Francisco Estrada), junto con reconocer la gravedad de la situación, dijo que “el Sename no tiene expertise en este ámbito y es la salud pública la que debe hacerse cargo”, agregando que “tenemos un cierto déficit histórico en las políticas públicas de este país”⁹.

Además Estrada precisó que “en 2009 hubo cupos en el Hospital Calvo Mackenna (para casos de este tipo) pero se cerraron con el gobierno anterior”.

Para 2010 no hay, y dijo, “estos niños debieron ser trasladados a centros que no son idóneos para ellos, como es el caso de Cristóbal (El Cisarro)”.¹⁰

Así las cosas, junto con la precariedad que ya existía en relación a este tema, se suma la decisión de la dirección del Hospital Luis Calvo Mackenna de cerrar la "unidad de corta estadía psiquiátrica”.

“Recibo un Sename donde el Ministerio de Salud de la anterior administración cerró una unidad que era tremendamente relevante y ahora, en todo el país, no tenemos camas para internar a niños con estas patologías”, (director del Servicio Nacional de Menores, Francisco Estrada)

De este modo no hay ningún centro psiquiátrico especializado para niños con problemas conductuales graves.

“Hoy, con sólo un programita del Sename no se puede hacer mucho más (...). Aquí requerimos de clínicas psiquiátricas especializadas, con personal experto y enfermeros expertos. Un

⁹ <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20100520/pags/20100520230031.html>

¹⁰ <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20100520/pags/20100520230031.html>

educador del Sename tiene cierto conocimiento, pero no es capaz de afrontar los desafíos que implica un paciente de esa envergadura”, reconoció Estrada.¹¹

Para Rodrigo Paz director del hospital Luis Calvo Mackena la situación es preocupante, porque "los niños que sufren de estas enfermedades de la mente (...) no reciben los medicamentos que normalicen el funcionamiento de su cerebro, no tienen ninguna posibilidad de rehabilitarse". Las autoridades "no asimilan la idea de que el 60 por ciento de los niños que incurrir en conductas delictuales padecen enfermedades cerebrales, que si no son abordadas adecuadamente hacen imposible cualquier intento de rehabilitar a estos chicos" ¹²

Más aun, en relación a los jóvenes con problemas de adicción a las drogas, estos deben esperar a lo menos 11 meses en promedio para recibir la atención de un terapeuta. O sea, los programas especializados del Sename para tratar con niños con adicciones, tienen una espera de casi un año y en un año, un niño que ya empezó a consumir puede empeorar muchísimo. Esta situación resulta todavía más preocupante si consideramos que Según un informe de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), la correlación entre drogadicción y delincuencia es indiscutida: un 80% de los detenidos consumió algún tipo de droga antes de cometer un delito y, más de la mitad de quienes están recluidos en cárceles son adictos y consumidores de drogas. (Bustos, 2008).

En relación a lo señalado, el lunes 30 de agosto, el Gobierno, a través de el portal del Ministerio de Justicia publicó por primera vez los informes de las Comisiones Interinstitucionales de Supervigilancia de Centros Privativos de Libertad (CISC), comisiones establecidas por el Reglamento de la Ley 20.084, publicación que para algunos equivale a un avance en relación a la transparencia del Ministerio de Justicia y que constituiría el comienzo de un proceso de mejoras al sistema penal adolescente en Chile .

Sin embargo estos informes siguen dando cuentas de las precariedades existentes. Así por ejemplo, en relación a la quinta región, en las observaciones generales señala que a Pesar de los avances en infraestructura y aspectos administrativos, todavía hay áreas que requieren mejoras, como la necesidad de un mayor número de personal profesional que trabaje en los programas de intervención con los jóvenes.

¹¹ (Emol.cl 21 Abril 2010).

<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=409223>

¹² (Cooperativa.cl 23 Abril 2010) http://www.cooperativa.cl/camara-baja-citara-a-director-del-sename-por-falencias-en-atencion-a-menores-de-riesgo/prontus_notas/2010-04-23/083642.html

Las falencias descritas resultan inquietantes si consideramos las tendencias de algunos parlamentarios de querer rebajar aun más la edad de imputabilidad penal. Así por ejemplo en Agosto de este año el diputado Giovanni Calderón Bassi, con el apoyo de un grupo de parlamentarios de diversas bancadas, presentaron un proyecto que propone bajar de 14 a 12 años la edad para responder penalmente.

“Queremos proponer una reforma integral a la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, algo que se torna fundamental en el combate contra el delito. El proyecto significa rebajar la edad de imputabilidad penal de los menores, de los 14 a los 12 años”

“La idea también es responsabilizar a los niños, quitar facultades a los jueces de garantía y que no exista más esa sensación de impunidad que agobia a las víctimas. El objetivo es que los niños se rehabiliten y puedan reinsertarse en la sociedad, pero también que se responsabilicen por los actos”

Calderón Bassi agregó que “la nueva ley creó todo un nuevo sistema cuyo principal objetivo era otorgar mejores condiciones para la rehabilitación de los menores, pero tras sólo tres años de su entrada en vigencia, el país ha sido testigo de cómo se ha incrementado, en número y en violencia, la delincuencia juvenil. Ya es hora de que los adolescentes tengan conciencia de que sus actos tienen consecuencias y hacerse cargo es lo que constituye la responsabilidad o, en otras palabras, el deber”.¹³

Pareciera ser que iniciativas como estas, se sustentan más bien en un ya mencionado populismo punitivo y como señala Jonatan Valenzuela Saldias En un “discurso público que se construye en torno a conclusiones “*peligrosistas*”, se habla de la lucha contra la delincuencia, de las zonas de riesgo al interior de las ciudades, de carrera delictual en el caso de los jóvenes. Si uno lo ve en términos políticos, lo que tenemos consolidado en el discurso público es la idea de que los delincuentes son “otros” que se definen bajo estándares de comportamiento “diversos” al de los “buenos ciudadanos” y que deben ser combatidos por medio de la herramienta penal.”

¹³ (fuente la segundaonline.cl 5 agosto 2010).
<http://www.lasegunda.com/ediciononline/politica/detalle/index.asp?idnoticia=578035>

Además tales iniciativas parecen ignorar por completo las graves falencias existentes en los centros del Sename, y más aun utilizan los términos de rehabilitación y reinserción para justificarse, cuando ha quedado de manifiesto que es muy difícil que esta pueda producirse en las ya mencionadas condiciones.

Incluso llegando a señalar que: “la nueva ley creó todo un nuevo sistema cuyo principal objetivo era otorgar mejores condiciones para la rehabilitación de los menores” Lo que a mi parecer resulta al menos, alejado de la realidad, pues, como he señalado, a pesar de que la ley 20084 contiene normas en este sentido, su principal argumento de legitimación fue la necesidad de superar la supuesta impunidad de los adolescentes.

Iniciativas como estas no son aisladas y han surgido producto de hechos delictuales en los que han tenido participación menores de 14 años, como la detención de un joven de 13 años acusado de asesinar a un repartidor de gas en Agosto de 2010, (hecho que dió cabida a más debate en relación a este tema), pero debe considerarse que tales hechos son excepcionales y no ameritan una medida tendiente a rebajar aun más la edad de imputabilidad penal, medida que resultaría exagerada teniendo en cuenta que según estadísticas de la defensoría penal el 70% de las aprehensiones a menores de edad corresponden a delitos contra la propiedad, mientras que los delitos contra la vida como el homicidio simple, el calificado y el parricidio sólo suman el 0,69% .Los delitos sexuales no alcanzan el 0,6% y los delitos vinculados a la ley de drogas como el micro tráfico y tráfico de drogas solo representan el 0,89% y 0,36% respectivamente.¹⁴

En relación a este tema el Ministro de justicia se ha mostrado reticente a proyectos como el indicado, lo que resulta más tranquilizador: “Situaciones como estas no las vamos a arreglar simplemente penalizando y bajando la edad de imputabilidad; no es el camino que tenemos que adoptar, sino que nos están dando señales de alarma de realidades sociales sobre las cuales tenemos que intervenir tempranamente”¹⁵.

Sin embargo, es de esperarse que esta posición se mantenga y no ceda ante la presión de algunos sectores y de algunos medios.

¹⁴<http://www.derecho.uchile.cl/cej/actulidad/otro/ESTADiSTICAS%20DE%20ADOLESCENTES%20DPP%209%20MESES%20LRPA.pdf>

¹⁵

<http://www.ministeriodejusticia.cl/minjus/comunicadosmodule/view/id/350/src/@random49cdde941585f/>

V. Conclusión

Aunque la ley 20084 representó en cierta medida un avance en cuanto, vino a poner límites donde no existía ninguno, estableciendo garantías de un debido proceso para jóvenes infractores y considerando a los adolescentes como sujetos de derechos y deberes, adoptando así, en principio, los parámetros establecidos por la CIDN, resulta lamentable que finalmente el argumento preponderante para su implementación fuese la necesidad de superar la supuesta impunidad de los adolescentes, situación que como se señaló se expresa en el hecho que los medios informativos y la opinión pública en general se refieran a esta ley como “rebaja de la edad penal”, introduciéndose durante su tramitación criterios para reforzar la seguridad ciudadana, intensificar la reacción penal y extender la duración de las sanciones penales, siendo determinante en este punto el rol de los medios de comunicación, que antes de la promulgación de la ley, abundaron en imágenes de delitos cometidos por adolescentes lo que llevo a la ciudadanía a pensar que la delincuencia juvenil había aumentado , aunque en realidad las estadísticas mostraban que la tasa de aprehensiones de adolescentes se había mantenido estable desde 1980 hasta el 2001 y era muy menor en relación a la de los adultos, sólo 7,3%. Del promedio total.

De este modo la ley 20.084 se alejó de su espíritu original siendo reprochable en aspectos como:

- Su Especialidad: Puesto que la LRPA, más que un sistema especial para el juzgamiento de adolescentes, es un instrumento punitivo semejante al sistema penal para adultos, un “derecho penal atenuado”, es decir, aplicación del derecho penal de adultos peros con algunas excepciones.
- Proporcionalidad: La LRPA se aleja de este principio ya que las sanciones más graves, esto es, las penas privativas de libertad, no se aplican en casos de delitos graves solamente, sino que también en casos de delitos menores, como se extrae del artículo 23, pues de los cinco tramos en los que se ordenan las sanciones, cuatro de ellos comprenden la aplicación de sanciones privativas de libertad y en el primer tramo sólo pueden aplicarse estas.

- Carácter excepcional y breve de la pena privativa de libertad: Ya que, como se mencionó, de los cinco tramos en los que se ordenan las sanciones, cuatro de ellos contemplan la aplicación de sanciones privativas de libertad y en el primer tramo solo pueden aplicarse estas.

En cuanto a la internación provisoria en Chile esta puede durar seis meses ampliables a otros dos si la investigación lo amerita, lo cual resulta excesivo si se compara con otras legislaciones de América latina

Además como ya se indicó, se produjo la Elevación a 5 años de la máxima sanción privativa de libertad en caso de los adolescentes de 14 y 15 años de edad y 10 años para los adolescentes entre 16 y 17 años, y si la sanción equivale a una pena de crimen (más de 5 años), se deberá aplicar al joven la pena de internación en régimen cerrado por los dos primeros años, esto último debido a la Modificación que efectuó el Parlamento al artículo 23, (la llamada “indicación Larraín”).

En relación a este tema llama la atención el reiterado uso que parlamentarios y medios de comunicación hacen de términos como “reinserción y rehabilitación” para justificar la aplicación y mayor extensión de medidas privativas de libertad, En este sentido se critica que la nueva ley consigne lo que la doctrina ha llamado “fraude de etiquetas”, esto es que bajo el argumento de implementar medidas que buscan reinsertar al joven se esconda la aplicación solapada de medidas privativas de libertad con individualización de condenas supuestamente protectoras del menor siendo estos objetivos poco probables de cumplir en las precarias condiciones de los centros del Sename y más aún usándolos como una justificación para promover proyectos tendientes a continuar rebajando la edad para responder penalmente. Este planteamiento constituiría un retroceso en cuanto al abandono del modelo tutelar ya que a través de estos argumentos parece filtrarse, considerándose nuevamente a los adolescentes como objetos de protección y control más que sujetos de derecho, más aún considerándose circunstancias externas, diferentes del delito como por ejemplo: “vida de calle”, la “situación educacional”, estructura familiar, para determinar la aplicación de estas medidas.

Así, el concepto de resocialización ha servido para justificar que el sistema penal se concentre siempre en los sujetos más marginales, con el pretexto de que la pena es además un tratamiento, dejando de intervenir sobre sujetos en los que no se percibe esta necesidad. Criterios que también se basan en un concepto de peligrosidad social, aplicando preferentemente tales medidas a adolescentes cuya principal característica es ser pobres o en riesgo social.

Todas las observaciones efectuadas resultan inquietantes si consideramos que se trata de adolescentes por lo tanto sujetos en desarrollo que requieren de una supra protección por parte del Estado y que resultan doblemente vulnerables por su condición de adolescentes y por que generalmente se trata de jóvenes que se encuentran en riesgo social.

De este modo, parece ser que la solución a los problemas descritos no sólo pasa por cambiar normativas y aumentar presupuesto, sino que sobretodo por un cambio de mentalidad, dejando atrás criterios y términos propios del modelo tutelar.

VI. Bibliografía

Cillero, Miguel (2006) “*Comentario a la Ley de Responsabilidad Penal*” en institución académica centro de derechos humanos (cdh).

Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/anuario2/nac3.pdf>

Fecha ultima visita: 18 octubre 2010

Cortes, Julio (2007) “*Adolescentes y la Ley. “Entre el derecho a tener derechos y el derecho a ser penalizados”*” en iglesia. Conferencia episcopal chile.

Disponible en

http://www.iglesia.cl/portal_recursos/social/past_ninos/docs/adolescentes_y_la_ley.pdf

Fecha ultima visita: 18 octubre 2010

Villegas, Mirna. (2008) “*Juventud pobreza y marginalidad. La ley de responsabilidad penal juvenil en chile y su inadecuación a los tratados internacionales*”. Publicación del instituto de derecho penal europeo e internacional. Castilla.

Espejo, Nicolas (2009) “*Unicef. Niños mapuches en la araucania*” en observatorio ciudadano.

Disponible en

<http://www.observatorio.cl/noticias/unicef-manifesto-preocupacion-a-prefecto-de-carabineros-ante-hechos-que-afectan-a-ninos-mapuche-en-la-araucania/>

Fecha ultima visita: 18 octubre 2010

Morales, Eduardo (2009) “*El mito de la delincuencia juvenil*” en columna diario El Mercurio.

Disponible en:

http://www.defensoriapenal.cl/regiones/noticias_region_despliege.php?region=5&id=4455

Fecha ultima visita: 18 octubre 2010

Piedrabuena, Guillermo(2007) oficio fiscalía nacional N° 594 (2 de mayo)

Chaparro, Andrea (2010) “*Salud debe hacerse cargo de los niños con problemas siquiátricos*”en Diario La Nacion

Disponible en:

<http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20100520/pags/20100520230031.html>

Fecha ultima visita: 18 octubre 2010

Bustos, Juan (2008) “*Delincuencia: no sólo un tema juvenil*” en biblioteca del congreso nacional.

Disponible en:

http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/ley-responsabilidad-penal-adolescente

Fecha ultima visita: 18 octubre