

MARC379

RV 90624

MAG -
P981a
2012



**Universidad
de Valparaíso**
CHILE

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

TESIS MAGISTER EN DERECHO Y PROCESOS PENALES

**“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS ARTÍCULOS 6° DE LA
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y 6° DE LA LEY
20.084 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE”.**



AUTOR : FELIPE PULGAR BRAVO

PROFESOR GUÍA: LIONEL GONZÁLEZ

JUNIO 2012.-

MAG
981a
012

INTRODUCCIÓN

La Ley 20.084 instauró en nuestro país un sistema de responsabilidad penal para jóvenes infractores de ley, tratando la delincuencia juvenil de modo especial, en relación con el derecho penal común u ordinario. Este tratamiento especializado es reconocido y valorado como un gran avance en el tratamiento del infractor de ley menor de edad. Sin duda, la legislación que lo contiene, deben sujetarse a la normativa interna del país y a aquellos tratados internacionales ratificados por Chile, con el fin de pertenecer a un cuerpo normativo uniforme y no contradictorio.

Dentro de esta normativa, nos interesa de sobremanera la Convención sobre los derechos del niño, texto internacional promulgado como ley chilena mediante Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Internacionales de Chile en 1990. Este cuerpo normativo se rige por diversos principios, entre los cuales se encuentran el desarrollo y la supervivencia del infante, consagrados ambos en su artículo 6.

El presente trabajo tiene por objeto central comparar los artículos sextos de la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal juvenil y Convención sobre los derechos del niño, con el fin de descubrir si existe una real antinomia entre ambas o, por el contrario, son perfectamente compatibles una con la otra y, de ser así, analizar si en la práctica ello se mantiene.

El artículo 6 de la Ley 20.084, que contiene las sanciones aplicables a menores de edad infractores de ley penal, aplica diversas penas que implican privación de libertad en recinto cerrado y semi-cerrado. Nuestro sistema carcelario, por otro lado, ha presentado y presenta diversas críticas en cuanto a su funcionamiento. Entonces cabe hacerse la siguiente interrogante: ¿Las sanciones contempladas por la ley penal especial para adolescentes permiten el completo desarrollo y supervivencia del joven, derechos consagrados en el artículo 6 de la Convención aludida?

En mi calidad de Juez de Familia he podido advertir que no son pocos los menores de edad que cometen delitos. Como ciudadano de este país me pregunto a qué se debe ello y como profesional del derecho me respondo que a múltiples factores. Entre los que destaco, está la aparente incoherencia normativa y –con seguridad- práctica que existe entre los cuerpos normativos arriba consignados pues, mientras el segundo contempla una serie de garantías al menor de edad, el primero regula la forma de castigarlo cuando comete un ilícito penal, remitiéndose incluso al derecho penal ordinario o común (artículo 27), haciendo caso omiso a la especialidad buscada. Si bien éste cuerpo normativo “dice” que la sanción será aplicada con fines de resocialización y reeducación, en su ejecución se vulneran principios penales tales como la legalidad, proporcionalidad y debido proceso,

además de otros de fondo, como el derecho a vivir en familia y a la supervivencia y desarrollo en su expresión máxima.

El presente trabajo, entonces, pretende detenerse en el fenómeno de la delincuencia juvenil y en el tratamiento especializado que nuestro país le ha dado. Analizaremos si este tratamiento especializado es tal o es algo meramente dogmático o ideológico. Luego, repasaremos las principales razones del por qué corresponde darle al joven infractor este tratamiento diferenciado y analizar críticamente si éste se contiene y ve reflejado en la Ley "especializada" 20.084. El paso siguiente será detenernos en los derechos de supervivencia y desarrollo contenidos en el artículo 6 de la Convención sobre derechos del niño y si ellos son garantizados por nuestra ley especial sobre responsabilidad penal adolescente.

El análisis de este tema será abordado en el siguiente trabajo, dividido en 4 capítulos. A saber, el *capítulo primero* en el que se expone la génesis de la Convención sobre derechos del niño, su aplicación en Chile y de qué forma influyó en la creación, reconocimiento y perfeccionamiento de los derechos del niño en nuestro país. En el *capítulo segundo* se hablará sobre la justicia penal juvenil en el marco de los derechos humanos, donde repasaremos lo ocurrido en algunos países vecinos y dejaremos sentada la interrogante de si las sanciones contenidas en nuestro texto penal especializado de jóvenes infractores son mecanismos idóneos de reinserción social. Luego, en el *acápito tercero* analizaremos la Ley 20.084, sus orígenes, principios informadores, su relación con las políticas públicas de nuestro país deteniéndonos, finalmente, en el análisis de su artículo 6° que contiene las sanciones aplicables al joven infractor. Para terminar y en el *capítulo cuarto* se intentará responder la interrogante planteada en cuanto a si son compatibles, en la práctica y desde los fines buscados al momento de aplicar las sanciones de la Ley 20.084, las normas en comparación; si logra el artículo 6° cumplir los fines anunciados en el mensaje de la Ley 20.084, que no son otra cosa que el reconocimiento de, entre otros, los derechos a la supervivencia y desarrollo del niño, contenidos en la Convención.

Tabla de abreviaturas.

- 1.- *NNA*: Niño, niña o adolescente.
- 2.- *CDN*: Convención sobre derechos del niño.
- 3.- *Ley RPA ó LRPA*: Ley sobre responsabilidad penal adolescente.
- 4.- *niñ@*: niño o niña.
- 5.- *CIP*: Centro de internación provisorio.
- 6.- *CRS*: Centro de reinserción social.

PALABRAS CLAVES

Convención sobre los derechos del niño.

Derecho al desarrollo y a la supervivencia.

Ley 20.084.

Sanciones.

Resocialización.

Jóven infractor.

INDICE TEMÁTICO

| TITULO | PÁGINA |
|---|--------|
| CAPITULO I. | |
| La Convención sobre derechos del niño..... | 1 |
| I.1. Reseña..... | 1 |
| I.2. Los Derechos del NNA en Chile..... | 3 |
| I.3. El artículo 6° de la Convención..... | 6 |
| CAPITULO II. | |
| La justicia penal juvenil en el marco de los derechos humanos.... | 8 |
| II.1 Algunas consideraciones..... | 8 |
| CAPITULO III. | |
| La Ley 20.084 sobre Responsabilidad penal adolescente..... | 18 |
| III.1 Orígenes y reseña histórica..... | 18 |
| III.2. Las políticas públicas criminales para jóvenes en Chile... | 21 |
| III.3. El artículo 6° de la Ley 20.084..... | 27 |
| CAPITULO IV. | |
| Coherencia entre el artículo 6° de la CDN y 6° de la Ley 20.084 | 30 |
| IV.1. Análisis comparativo de ambos artículos. Una mirada crítica | 30 |

| | |
|---|----|
| IV.2. Análisis de casos prácticos y observaciones críticas... | 33 |
| IV.3. Grado de coherencia entre ambas normas..... | 42 |
| IV.4. Conclusiones finales..... | 45 |

Análisis de los artículos 6° de la Convención sobre los derechos del niño y 6° de la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente.

I.- La Convención sobre los derechos del niño.

I.1. Reseña.

El texto del mensaje de la Convención sobre los Derechos del Niño¹ ²constituye la introducción o llamada “línea programática” de ella. Este texto internacional fue promulgado en Chile en 1990 mediante Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exterior y se trata de un texto jurídico con una historia interesante de recordar.

El 20 de noviembre de 1959 Naciones Unidas suscribe la “Declaración de los Derechos del Niño”, cuya principal finalidad es intentar promover el rol de las escuelas y familias en el control y ejercicios de los derechos de los niños. Se le llama “Declaración”, pues es una manifestación “de una determinada intención moral y ética, pero no un instrumento jurídicamente vinculante, como llegó a serlo la Convención”. (Artículo “Chile y los Derechos del Niño” (página 1 y 2).

Los orígenes históricos de la CDN datan de 1924 con la Convención de Ginebra, documento redactado por Eglantyne Jebb, fundadora de la Organización Internacional “Save the children”. Jebb, activista social británica, de vasta experiencia en materias de infancia, redactó esta pieza de gran impacto para aquellos años, cuya principal virtud fue comenzar a hablar de que los niños tienen derechos, los que deben ser ejercidos por sus padres, afirmación que luego será pilar importante de la Declaración de los Derechos del niño de 1959.³ A partir de ese mismo texto se comienza a preparar la Organización de las Naciones Unidas en pos del respeto de los derechos de los niños prisioneros de guerra y obligados a trabajos forzosos. Desde ahí se levanta la Declaración Universal de los Derechos Humanos, texto que implícitamente incluía los derechos del niño. A mayor desarrollo, se entendió que no bastaba una mera enunciación del principio de estimarse

¹ En adelante niño, niña o adolescente se abreviará como “NNA”, conforme abreviatura consignada a nivel doctrinario y que se encuentra incorporada a la tabla de abreviaturas de este trabajo.

² Convención de los Derechos del niño, en adelante CDN. Se reproduce el comentario indicado en punto precedente.

³ Esta inédita propuesta fue confirmada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.

necesario el respeto y reconocimiento de los derechos del niño, sino que se postuló su enunciación especial, buscando una especial y específica protección.

Es así como se dicta la CDN, durante el año 1989, aprobada por Asamblea general de 20 de noviembre de 1989, ratificada originalmente por 58 países (hoy por 192 países, salvo Estados Unidos de Norteamérica y Somalia) y compuesta por 54 artículos que postulan el derecho a la protección de la sociedad y del gobierno, el derecho de los NNA a desarrollarse en medios seguros y de participar activamente en la sociedad. Su principal virtud es afirmar la exigencia del respeto del “*interés superior del niño*”⁴, tan utilizado, y que no es otra cosa que la necesidad de adoptar decisiones que permitan el más amplio ejercicio de todos los derechos del niño, de forma independiente y segura. Asimismo, se le reconoce la virtud de situar al NNA bajo el concepto de “*sujeto de derechos*”⁵, es decir, un participante activo de sus decisiones mediante la escucha y participación en todos los procesos en los que socialmente se vea involucrado. Ello, tomando en consideración el principio de la “autonomía progresiva”, o sea, el ejercicio de sus derechos lo va asumiendo paulatinamente, conforme adquiera experiencia, madurez y estabilidad; en tanto no posea dichas capacidades serán sus adultos responsables quienes ejercerán sus derechos, considerando más apropiada o mejor, valóricamente hablando, la decisión que, entre dos opciones, permita el desarrollo de **más** derechos. (Cillero, 2008: pág 1 y 2)

Como marco referencial, la CDN se construye a partir de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos. “Estas normas básicas -también llamadas Derechos Humanos- establecen derechos y libertades mínimas que los gobiernos deben cumplir. Se basan en el respeto a la dignidad y el valor de cada individuo, independientemente de su raza, color, género, idioma, religión, opiniones, orígenes, riqueza, nacimiento o capacidad y, por tanto, se aplican a todos los seres humanos en todas partes. (“Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur”, pág. 412)

La CDN es, además, el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos; aquellos conocidos como derechos de primera categoría (vida, integridad física, entre otros), como los llamados derechos sociales o de segunda categoría (civiles, culturales, económicos, políticos y sociales).

⁴ Contenido concretamente en el artículo 3 de la CDN.

⁵ Valga hacer el comentario que el sistema que imperaba respecto de los niños antes de la CDN los contemplaba como “objeto de protección”, es decir, entes que tenían derechos que el Estado y demás instituciones sociales (incluidas su familia) debían respetar, pero sin considerarlo a él en sí mismo un sujeto de ejercicio. Tal es así, que en ningún proceso judicial, por ejemplo, se le llamaba a declarar o a escucharlo confidencialmente para conocer su opinión sobre la materia de que se tratara.

I.2. Los Derechos del NNA en Chile.

El tema de los derechos del NNA reconoce sus bases en Europa y Estados Unidos.⁶ En nuestro continente y, en general, en Latinoamérica, la preocupación aparece a fines del siglo XIX, siendo un tema a debatir en reuniones y trabajos doctrinarios durante el siglo XX, al momento de asumir la importancia de reconocer y la necesidad de contemplar mecanismos que aseguren el desarrollo material y espiritual del NNA. Esto, si bien aún no es un reconocimiento de derechos, se trata de una voz que pronto será escuchada en círculos de intelectuales y, en especial, de mujeres preocupadas por la situación de guerra de muchos menores de edad.

Según la docente Andrea Bustos “en *Francia*, con Jules Vallés, (1832-1885) se dieron los primeros atisbos de los derechos del niño, en su obra “El niño” de 1979, en la que habla de la coercitividad burguesa aplicada a los menores. “El niño” se ocupa de la infancia y primera adolescencia de Jacques Vingtras, trasunto del propio Vallès, un niño que crece sin amor y con muchos golpes, “observando todo cuanto sucede a su alrededor a través del cristal de la más acerada ironía. El pequeño Jacques es azotado por su madre, golpeado por su padre, aguanta los malos tratos de sus maestros y las burlas de sus compañeros, pero es capaz de afrontar todos esos acontecimientos con una sonrisa en los labios”. (Bustos, Andrea, 2009: pág. 1 y 2)

Por su parte, en los *Estados Unidos* Kate D. Wiggin (1856-1923) publicó “Children’s rights” (Derechos del niño)⁷. Dicha autora sostiene que los niños tienen derecho a “tener infancia” (concepto repetido a lo largo de todo su libro) y que, por tanto, los padres deben respetarles eso que les pertenece y, por ende, la conducta del adulto se debe adecuar al respeto de esos espacios propios del infante en crecimiento.

En sentido similar escribe Ellen Key (1849-1926) en “El siglo de los niños”, mediante el cual impulsó una serie de reformas locales a la manera de criar a los niños de ese entonces, hablar del respeto de “que los niños se críen en una familia unida por el amor y la armonía” sin imponer al grupo una interesada unidad, movida por los convencionalismos sociales de la época.

⁶ Aunque, paradójicamente, dicho país confederado es uno de los 2 que hoy no ha ratificado aún la CDN.

⁷ Este texto pretendía modificar la creencia que los padres pueden aplicar a su antojo la forma de crianza que les parezca. Fue muy resistido por los intelectuales de la época por cuanto podría, según ellos, generarse un alzamiento del niño sobre el padre.

En los establecimientos escolares también hubo quienes alzaron la voz en contra de prácticas que, sin duda, hoy constituirían vulneración grave de derechos. En efecto, John Dewey (1859-1952) y María Montessori (1870-1952) ⁸ aplicaron modernas formas de enseñanza que contemplaban el respeto de los espacios personales de los niños y el incentivo de sus propias y particulares cualidades, construyendo desde ahí un puente que les permitiera adquirir el conocimiento, desde sus diferencias.

Nuestro país, por motivos de ubicación o de formación, fue lento en dejarse permear por estas iniciativas. Sólo se estimaba suficiente el respeto y garantía de algunos intereses (no derechos) de los menores de edad, tales como alimentación, vestuario y educación. El techo se postulaba como interés social del adulto.

El principal cambio en cuanto a la dirección o forma de mirar al NNA se produjo con la promulgación de la Ley de protección a la infancia desvalida, texto legal dictado en 1912 y cuyo objetivo era conceder al Estado Chileno una acción pública cuando hubiere una paternidad descuidada, temática que deja de ser resuelta entre las paredes del hogar familiar. No obstante ser un importante avance, que saca la vulneración de derechos del niño/a del ámbito puramente familiar, tuvo difícil aplicación práctica. Ello, hasta la dictación de la Ley de Menores en 1928, que contemplaba la exigencia de reconocer que el niño no sería más una persona sometida al poder discrecional del padre, excluyó del sistema penal a los menores de 16 años y eliminó el castigo y la defensa penal.

Los derechos sociales también fueron materia de modificaciones legales y sociales, haciéndose obligatoria la educación básica del niño en 1920 y la prohibición de castigos físicos en 1927. Desde lo laboral se reconoció la posibilidad que los niños trabajasen, pero bajo condiciones de respeto de sus derechos y evitando el abuso patronal, ocasionado hasta ahí por las largas jornadas de trabajo a las que eran sometidos y en condiciones ambientales infra-humanas.

Finalmente y en esta elipse de movimientos sociales por los derechos del niño, Chile ratifica la CDN en 1990, promulgada mediante Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones exteriores. Ello significó que nuestro país la aceptó como texto legislativo interno. Como reza su introducción, cada Estado contratante, por lo que el nuestro no escapa a ello, debe comprometerse a asegurar a todos los niños y niñas el pleno ejercicio de sus derechos, compromiso asumido a partir de aceptar, también, la exigencia de modificar su organización y legislación interna, si fuere necesario, en pos de pensar desde el niño

⁸ De hecho la segunda de las nombradas, educadora de párvulos, es famosa en el sistema pre-escolar por el Método Montessori, que remarca la importancia del respeto de las diferencias y del incentivo en el aprendizaje por las educadoras, pero desarrollado en forma diferenciada y particular para cada párvulo.

protegido, desde su familia y, con ello, desde su país, con miras a que éste se desarrolle plenamente. Lo anterior, a partir de la enunciación de los principios que inspiraron este trabajo internacional. A saber:

- 1.- la no discriminación,
- 2.- el interés superior del niño,
- 3.- su supervivencia, desarrollo y protección,
- 4.- su mirada como sujeto de derechos.

Por su parte, los pilares de acción de este Tratado son:

- 1.- El niño necesita una protección y cuidados especiales.
- 2.- Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño/a sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento de cualquier otra condición del niño/a, de sus padres o de sus representantes legales. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño/a se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.
- 3.- Que el interés del niño/a es un interés superior, que ha de prevalecer, por ende, cuando colisione con otros intereses jurídicos. Dicho interés superior ha de ser respetado tanto por el Estado como por los padres u otras personas que asuman la responsabilidad del menor.⁹

Luego de esta breve reseña histórica y ya contextualizado el tema, corresponde analizar en particular el artículo del que nos ocuparemos en esta primera instancia.

⁹ En este sentido la CDN, de manera explícita, emplea la frase “interés superior del niño” en 8 oportunidades; a saber, artículos 3 n° 1, 9 n° 1 y 3, 18 n° 1, 20 n° 1, 21 inciso 1°, 37 letra c) y 40 n° 2 letra b). Para mayor información del concepto y amplitud del llamado “interés superior del niño” ver autores como Miguel Cillero: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño” o Couso: “Infancia, ley y democracia en América latina, Acápita: Más acá del interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?” entre otros.

I.3. El artículo 6° de la CDN.

De la sola lectura de esta norma se aprecia que ubica en primer lugar el derecho a la vida, máxime esencial para entender que los demás derechos dependen de la vida de un ser humano. Sin vida no hay derechos; probablemente habrá respeto, pero no ejercicio de derechos.

Pero no sólo ello. También reconoce que los Estados garantizarán este derecho a la vida como un derecho intrínseco del niño, es decir, propio de su naturaleza humana, de su esencia, desprendiéndose de ello que se deberá procurar tomar la decisión que permita la supervivencia del niño y no su eliminación. Importante sería revisar la norma interna de los países firmantes de este Pacto en materias propias a aborto, incluso el terapéutico, etc. Pero eso ya es materia de otro trabajo.

Luego de garantizar este derecho intrínseco a la vida, la CDN declara que los Estados garantizarán tanto la supervivencia como el desarrollo del niño, en su máxima expresión.

Al respecto, por lo pronto, dos observaciones:

1.- Entendamos “*desarrollo*” como acción y efecto de desarrollar y desarrollarse. Por “*desarrollar*” entenderemos la acción de acrecentar, dar incremento a algo de orden físico, intelectual o moral.¹⁰

Por su parte supervivencia dice relación con la vida en condiciones precarias, con el mínimo.

2.- Ello no es todo. La segunda cualidad de esta parte de la norma es exigir ambas condiciones (desarrollo y supervivencia) en su máxima expresión, “en la máxima medida posible”.

De la conjugación de ambas ideas podremos sostener firmemente que nuestro país, como Estado parte de esta CDN deberá, en este acápite, procurar la adopción de todas y cada una de las medidas que permitan al NNA su pleno desarrollo, en todos los ámbitos de su vida, es decir, en cuanto continente de derechos vitales (vida e integridad física y psíquica) como secundarios (educación, salud, vestuario, techo, alimentos, etc) y su supervivencia, pero ambos en condiciones máximas, es decir, superiores al promedio normal, básico u ordinario. Cada estado deberá elaborar políticas y programas nacionales

¹⁰ Conforme Diccionario RAE, 2011.

eficaces de prevención de la delincuencia juvenil que permitan a este joven su desarrollo. (Comité de los derechos del niño, 44º período de sesiones. Páginas 5 y 6.)

La pregunta que cabe hacerse hoy es: ¿Chile, como Estado firmante de la CDN, cumple con esta exigencia? Me temo que la respuesta es dura. Mi tesis es que no y lo comprobaremos a continuación.

II.- La justicia penal juvenil en el marco de los Derechos Humanos.¹¹

II.1. Algunas consideraciones.

Como es sabido, la lucha por el reconocimiento de la existencia y el deber de respeto de los derechos humanos, es ya un tema de dominio público. Fueron años de muertes y vulneraciones de derechos experimentadas por hombres, mujeres y niños que vieron desconocida su esencia de “ser humano” a manos del ejercicio de un poder político de forma arbitraria e ilegal. Sin embargo, este acápite quiere detenerse en una cuestión diversa. A saber, reconocidos los Derechos Humanos como esencia misma del “ser persona”, inherentes a la calidad de hombre (y mujer, por cierto) la lucha que se está dando y se dará a diario es la del *respeto* del Derecho Humano. Este tema cobra radical importancia cuando hablamos del respeto de los Derechos Humanos de quienes, históricamente, han sido tratados como sujetos de segundo grado, dentro de los cuales están los niños. (Cillero, Miguel; 2008: pág. 4).

Era necesario, en una primera instancia, reconocer la existencia de un derecho, objetivo logrado tras siglos de luchas sociales. Ahora es tiempo de procurar otra pelea, que aún no acaba; la de exigir de todos el respeto a ese derecho cuyo reconocimiento de existencia ya existe.

La realidad histórica de nuestro país, en tal sentido, es aún dura. Pero Chile no es el único Estado que ha experimentado abusos y arbitrariedades; es un componente de la formación de cada Estado. Empecemos, entonces, a analizar lo que ha ocurrido con el respeto de los derechos humanos en el contexto de la justicia penal juvenil, en países de América Latina. Para ello utilizaremos las realidades de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Luego, nos detendremos en el meollo de nuestra tesis: la realidad chilena y su respeto (o no) a los derechos humanos y a la CDN.

¹¹ Antes digamos que es un desafío el intentar formular mecanismos y herramientas que permitan hacerse cargo de la problemática de niños en conflicto con la ley penal, basado en el respeto de los derechos humanos, más allá de lo meramente punitivo o criminalizador. Es cierto que se trata de hechos ilícitos, pero debemos detenernos en su agente: es un sujeto en crecimiento, inmaduro, inexperto y gran parte de sus acciones son consecuencias del abandono familiar y de la propia sociedad. Reconozcamos que el derecho penal es necesario en una sociedad, pues ella misma lo genera, lo produce; ella debe también saber controlarlo. Al consultarle a una víctima de un delito sobre cuál debiese ser la reacción estatal frente al autor de éste, su primera impresión será la necesidad de un castigo. Cuando ese responsable es un menor de edad, aparece curiosamente la exigencia de un castigo mayor, con el fin de educarlo y evitar que siga por el “camino del delito”, sin reparar mayormente que quizás somos nosotros mismos quienes lo empujamos a aquello. Mirar la delincuencia juvenil de la misma forma que aquella cometida por adultos es un error, no sólo porque considerar que el derecho penal es educador o que produzca el efecto disuasivo es una visión en franca retirada, sino también porque en esencia son actores diversos.

Valga decir de inmediato que, sólo a partir de la entrada en vigencia de la CDN, se abandona la postura de tratar la delincuencia juvenil desde un punto de vista del “constructivismo penal punitivo”, planteamiento que pretendía generar herramientas o políticas sociales estatales basadas casi siempre en proyecciones de corte peligrosista y etiológico y fundadas (o acaso justificadas) por la condición de vida del niño. La CDN fija un nuevo punto de vista; establece una construcción de una serie de garantías que pretenden frenar la discrecionalidad penalizadora con que actuaba el Estado frente a la delincuencia juvenil. Ello marca el avance desde un modelo tutelar de la justicia de menores al modelo de la protección integral de los derechos del niño. (Myrna Villegas, España: pág. 1 a 5)

Este nuevo modelo se funda, en lo particular, en diversos textos internacionales que pretendieron estatuirse como el conjunto de herramientas que otorgan el “edificio de garantías” a respetar por el Estado que pretende castigar a aquel niño/a en conflicto con la ley penal. Acá destaquemos Las Reglas de Beijing (1985, ONU) que buscaron establecer las reglas mínimas para la administración de justicia y los límites al poder punitivo del Estado, ¹²Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores de edad sujetos a privación de libertad (ONU, 1990), entre otros. Eso, unido a la CDN y Convención Americana de Derechos Humanos de la OEA, constituyen el núcleo de directrices para la construcción de una política de control de las infracciones basadas en el respeto a los derechos de sus propios actores.

Radical importancia tuvo el caso llamado “Panchito López”. Según Eduardo Gallardo él puede resumirse así: (Justicia y derechos del niño, 2008: pp 117 a 158.)

“La vida en el Panchito es dura. Los castigos consisten en golpes en las plantas de los pies, en las palmas de las manos, patadas en el estómago. Desnudos en el patio, acostados boca abajo son golpeados con palos; otras veces te hacen parar en las manos contra la pared. Debes sostenerte el tiempo que ellos quieran, si te caes te pegan. Te cuelgan por el pilar o por el portón. A mí me colgaron durante tres horas y los guardias

¹² Esta regla dispone que “11.1) Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente; 11.2) La policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas; 11.3.) Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo, estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite y 11.4.) Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de víctimas”.

que pasaban me daban golpes. Si alguien hace algo y no es descubierto todos los del pabellón son garroteados. (testimonio real)”.¹³

A pesar de la claridad de los textos internacionales y de la sentencia aludida, los países tardaron (y algunos aún no logran) adecuar su legislación interna a los principios fundantes de esta mirada integral desde la protección del menor de edad en situación de conflicto con la ley penal. Ello permite sostener que los estándares exigidos por la CDN no tuvieron inmediata correspondencia con la creación concreta de políticas públicas de infancia. De hecho hoy, en el marco de nuestra realidad americana, la privación de libertad aparece como una medida bastante aplicada a los NNA infractores de ley penal, algunos actores siguen actuando como “buenos padres de familia”, pretendiendo ejercer por ellos y a favor de los menores de edad los derechos que éstos, en un proceso que se aleja del contradictorio, deben y pueden ejercer a través de sus representantes, el recinto carcelario no ofrece intervención ni tratamiento al infractor, sino que se transforman algunas veces en recintos de encierros compulsivos, torturas, malos tratos e incluso de muertes. Veamos, en la realidad, cómo se verifican estas afirmaciones:

En *Argentina* la regulación marco está dada por la “Ley de protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes” de octubre de 2005.¹⁴ Sin embargo y más allá del discurso que se lee de este texto, no tuvo inmediata aplicación, sosteniéndose vigente aún el llamado régimen de minoridad, creado por las leyes 22.278 y 22.803, que estatuyeron un régimen tutelar en el cual la privación de libertad de los niños siguió siendo una constante, máxime que muchas veces ella no tenía fijado un plazo de término, no está dictada en un proceso objetivo y responde a una “protección del niño con el fin de sacarlo de su ambiente” culpando a este “ambiente” del conflicto penal del joven.

¹³ El 2 de septiembre de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Paraguayo, en una sentencia sin precedentes, al pago de sendas indemnizaciones a internos del establecimiento carcelario Panchito López por un monto total de U\$ 3.664.000 y a la realización de actos públicos de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos ocurridos. Esta sentencia, constituye un mensaje claro a los Estados que integran el Sistema Interamericano, en muchos de los cuales los adolescentes privados de libertad viven en condiciones similares o peores a las que soportaron durante una década los internos de la cárcel paraguaya. No pueden ser ignoradas las denuncias, no puede mantenerse un estado de tortura, no pueden continuar aceptándose prácticas ilegales como la internación de adolescentes con adultos. Los/as adolescentes privados de libertad no son ya los olvidados de sistemas penales ineficientes, que violan los derechos humanos de quienes están sujetos a su imperio.” (Informe de situación de niño/as en conflicto con la ley penal, UNICEF 2008)

¹⁴ Ley 26.061, Argentina.

De hecho este cuerpo normativo permite que la autoridad judicial pueda disponer del niño, provisional o definitivamente, cuando se trate de un niño “abandonado”, es decir, falta de asistencia, en peligro material o moral, etc y aún cuando del mismo juicio penal emanare sentencia absolutoria. Asimismo, el Juez podrá adoptar respecto del niño las medidas que crea convenientes, sin determinación temporal. Luego y habiendo sido condenado y cumplida su mayoría de edad, el joven podrá ser condenado al pago de una multa u otra sanción. Finalmente, no hay referencia a medidas alternativas a las privativas de libertad, casi como si no hubieran.¹⁵

Todo ello, respecto de un adulto, destruye, vulnera y socava principios básicos como el de legalidad, debido proceso, contradictorio, *non bis in idem*, entre otros. ¿Por qué respecto del niño se validan, incluso legalmente, dichas infracciones, cuando a ellos deberemos proteger más que al mismo adulto, por tratarse de un ser en crecimiento, siendo posible incluso exagerar los estándares de debido proceso?.

Avances. Importante es destacar que, atento ello y la notoriedad de las infracciones, es que se ha producido un movimiento de intelectuales que se ha traducido en una doble línea de acción: Ha existido una serie de proyectos que pretenden modificar el sistema de penalización juvenil. Trascendente ha sido la actividad de la Comisión de seguimiento del tratamiento institucional de niñas, niños y adolescentes (en adelante CSTINA).¹⁶Esta

¹⁵ Lo anterior se desprende de la lectura del texto emanado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur, presentado en audiencia regional ante la CIDH

¹⁶ Este organismo nace con la Resolución DGN número 841/06 de 22 de junio del año 2006 y es dependiente de la Defensoría General de la Nación Argentina.

En cuanto a su conformación, la CSTINA está compuesta por Defensores Públicos Oficiales y Funcionarios del Ministerio Público de la Defensa, todos con especiales conocimientos de materias de infancia y adolescencia. En la práctica, el grupo formador es heterogéneo en cuanto a sus especialidades, pero con conocimientos comunes.

Su funcionamiento se divide en la existencia de una dinámica, de un objeto y un destinatario.

1.- La dinámica es el seguimiento y se enfoca a través de una retroalimentación desde el monitoreo de casos y medidas adoptadas. La CSTINA estudia los casos y formula observaciones, las que deberán cumplirse por el agente obligado a ello, quien deberá informar en el más breve plazo la nueva situación del detenido.

2.- El objeto consiste en la aplicación de un tratamiento institucional que se funde en el “buen trato”, rompiendo con ello años de “malos tratos”, lo que se logra a través de la lectura integral y sistemática de todo el ordenamiento internacional, nacional y local en materia de infancia y adolescencia. Para ello se establece un catálogo de estándares tales como las condiciones de trato hacia los niños, condiciones edilicias, de alimentación, de salud, educativas, recreativas, régimen disciplinario, formas y condiciones de comunicación del niño con el medio libre y su familia, trato a los familiares, perfil y capacitación del personal, condiciones laborales del personal, entre las más importantes. Así, la CSTINA velará por la congruencia entre el estándar y la práctica institucional, es decir, entre el “buen trato normativo” y el “buen trato dispensado”.

defensoría, jefe máximo del Ministerio Público de la defensa, por mandato legal deberá “realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos y promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados”.

Los pilares de acción o principios informadores de la CSTINA son:

- 1.- La defensoría debe asegurar medidas tendientes a garantizar un control intensivo sobre el efectivo ejercicio de derechos esenciales de niño en las instituciones de guarda e internación y comunidades terapéuticas.
- 2.- Los informes de la Comisión de cárceles señalan reiteradamente que se debe procurar un mayor desarrollo de derechos *intracarcelariamente*, procurando una mejora en la situación doméstica, como en la reducción de la violencia.
- 3.- Que, por todo ello, debe controlarse la legalidad de las condiciones de alojamiento de los niños que estén sometidos a alguna forma de tratamiento institucional que cercene o limite su libertad ambulatoria, trabajo que debe hacerse y ser conducido por dicho Ministerio Público de la defensa.

En lo concreto, la mentada comisión deberá descubrir la llamada “brecha del estándar”, (Muñoz, Damián, 2007: pp 329 a 347):

es decir, descubrir dónde, cómo y por qué se aleja lo normativo de lo concreto, procurando a partir de reuniones, estudios de casos, confección de informes y recomendaciones u observaciones finales, el inmediato acercamiento entre ambos factores y, en lo posible, eliminar la brecha. Podrán, también recurrir a la judicialización de la denuncia de la “brecha del estándar”, lo que acarrea un problema práctico a asumir: el hecho de formular la denuncia ante Tribunales destruye el proceso de diálogo que debe promover la Comisión, pues la decisión será ya una sentencia, indiscutida. Asimismo, esta denuncia no garantiza en caso alguno el resultado del reclamo, pudiendo complejizar más aún la situación del niño. Si ello ocurriera, los personeros de la Comisión incumplirían una parte de su mandato legal expreso. A saber, la Comisión encuentra un límite claro e infranqueable en su ámbito de actuación, el que está dado porque no podrá realizar, en caso alguno, acciones que importen consecuencias que impliquen un menoscabo de los derechos individuales de los sujetos de protección. Por ello, la Comisión entiende de *ultima ratio* la judicialización del caso.

3.- El destinatario, por lo que podremos imaginar y ya concluir de lo dicho, es el niño, niña o adolescente sometido a medidas de apremio por su infracción a la ley penal. Él, no sólo por ser exigencia de la CDN, sino expresamente de la CSTINA, tiene derecho a ser oído, mediante el uso de un diálogo franco y en el marco de una relación de confianza.

La existencia de esta Comisión, su estructura, sus objetivos y su forma de ejecutar el trabajo, devuelve la fe en que el sistema penal juvenil Argentino puede mejorar.

Fue *Brasil* quien, a fines de la década de los ochenta y en su “edad de los derechos” (como diría Bobbio), se consolidó como un Estado comprometido en el campo normativo de los derechos humanos. La Constitución Federal de la República Federativa de Brasil (1988, Brasil) reconoció, en el área de la infancia y de la adolescencia, la doctrina de la protección integral como pilar ético y jurídico que orienta las políticas públicas en la materia. Su artículo 227 contempla la llamada “protección por la participación popular”, es decir, la inclusión en el debate y decisión de todos los ciudadanos y actores civiles en pos de la protección integral de los derechos humanos del niño, salvaguardándolos de toda forma de amenaza o violación de estos derechos fundamentales. En iguales términos obró la Ley 8.069 de julio de 1990, conocida como el Estatuto de niños y adolescentes que, en lo pertinente, promueve la incorporación de la doctrina de la “protección integral de derechos” en cada proyecto de ley y como horizonte de las políticas públicas en la materia infanto-adolescencia. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur: pp 416 a 417)

En materia de política criminal infantil Brasil, junto con suscribir y hacerse parte en la firma de la CDN y otras reglas, como Beijing y CADH, mediante el Consejo Nacional de los Derechos de los niños y adolescentes (CONANDA) validó la doctrina de la “participación social en la integral protección de los derechos de los niños”, postulándola como el elemento informador e inspirador de las políticas públicas en la materia, creándose el Sistema Nacional de Atención socioeducativa (SINASE).¹⁷ Lo anterior permite sostener que Brasil fue el pionero en América de la creación de un estatuto jurídico que postula la atención socioeducativa del joven infractor de ley, bajo la orientación de tratados internacionales y el reconocimiento de los derechos del niño como derechos humanos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur: pp 417 a 419)

En *Paraguay* la situación fue diferente. Ello por cuanto recién en 1990 y con la ratificación de la CDN, aparece un movimiento que plantea la necesidad de adecuar las normas internas vigentes a los principios internacionales en materia de infancia y adolescencia, sin abarcar aún la temática “infracción de ley”. Dicho movimiento, formado por catedráticos de universidades con perfeccionamiento en el extranjero, logra la dictación

¹⁷ El que es definido como “un conjunto o sistema ordenado de principios, reglas de carácter jurídico-legal, político, pedagógico, financiero y administrativo que va desde el proceso de la investigación de la infracción hasta la ejecución de la medida socioeducativa. Este sistema nacional incluye los sistemas estadales, distritales y municipales, bien como en todas las políticas, proyectos y los programas específicos de atención a esta población. El SINASE se constituye en una política pública destinada a la inclusión del adolescente en conflicto con la ley y se correlaciona y demanda iniciativas de los diversos campos de las políticas públicas y sociales”.

de distintos cuerpos legales que regulan la situación de niños en conflicto con la ley, incluyéndose acá la infracción legal. Se habla que, si bien es un esfuerzo por reconocer una situación de hecho importante, se trata de diversos cuerpos legales sin mayor unidad entre sí, por lo que mal podría hablarse de un cuerpo normativo en la materia. Sólo a partir del Código de la Niñez y la adolescencia, contenido en la Ley 1.680 del año 2001, se reúne la temática infancia y adolescencia en un solo cuerpo legal, con principios inspiradores y proyectos finales. Dentro de este acápite y en su libro V se trata, de forma diferenciada, la situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal, de manera tal de hacerlo responsable en la medida de su edad y madurez, contemplándose instancias interesantes de reinserción social y familiar.¹⁸

En el año 2003 se crearon en Paraguay los 6 primeros Juzgados Penales de la adolescencia, conforme lo dispuso el Código de la Niñez y Adolescencia. Hoy alcanzan a 14 y su objetivo central es ser Juzgados especializados que lleven adelante los procesos en contra de adolescentes de entre 14 a 17 años en conflicto con la ley penal. En ellos prestarán servicios magistrados con competencia en infancia y adolescencia, por ende, con conocimientos específicos en la materia, y asistidos por fiscales y defensores, con las mismas exigencias. Sin embargo, y aquí un rasgo de la carencia de implementación, no hay fiscales y defensores especializados, por lo que son los mismos los que acuden a juicios de adolescentes y adultos. Ello ha producido, desde la práctica, un importante retraso en las causas de los adolescentes, las que son suspendidas por los intervinientes quienes prefieren la rapidez y agilidad en causas seguidas en contra de adultos. (Comisión Interamericana de derechos humanos. Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur: pp 424.)

Finalmente, la situación en *Uruguay* no es más alentadora. Si bien se dictó el Código de la Niñez y la adolescencia, mediante texto legal 17.823 de septiembre de 2004, él lo fue luego de 10 años de discusión parlamentaria. Dicho documento presenta importantes diferencias con la CDN, no obstante lo cual puede considerarse un avance notorio con el sistema tutelar de menores anterior, por cuanto reguló que la edad límite de

¹⁸ Lamentablemente y hasta la fecha dicho cuerpo normativo no ha sido posible aplicarlo a cabalidad, toda vez que los reglamentos que debían dictarse para ello no han sido aprobados, lo que implica y así ha sido, una remisión tácita al Código Penal creado para adultos, lo que genera gravísimos inconvenientes a la hora de sancionar e intentar concordar las temáticas de suyo distintas. De hecho se aprecia que se aplica, por tanto, un sistema penal con importantes rasgos inquisitivos, la privación de libertad es la primera medida adoptada, se observa una ausencia de equipos técnicos que asesoren al juez en su decisión y acompañen al niño en su proceso de reinserción social, la inexistencia de medidas socioeducativas, entre otras falencias. Hay, por ende, aún una importante tarea pendiente.

Fuente: Comisión Interamericana de derechos humanos. Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur, presentado en audiencia regional ante la CIDH, página 419.

imputabilidad es 13 años, la privación de libertad debe ser una excepción y contempló una serie de principios garantistas que deberán orientar al persecutor penal cuando dicha labor la ejecute respecto de un menor de edad. (Comisión Interamericana de derechos humanos. Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur: pp 421.)

Expuestas las principales normativas, deficiencias y virtudes de estos 4 sistemas latinos, podemos afirmar que pocas veces la delincuencia juvenil tiene una mirada y un trato diferenciado con aquella cometida por adultos. En efecto, a veces el Estado sólo contempla recintos carcelarios diferenciados, pero sin ningún mecanismo de reinserción social que genere una re-educación del joven infractor.

Una de las principales formas de confusión de ambos sistemas (el juvenil y el de la justicia penal adulta, por llamarlo de algún modo) es la existencia de la *privación de libertad como medida de sanción-control*, sin detenerse en la necesaria excepcionalidad en su aplicación respecto de la infracción de ley penal cometida por un mayor de edad. Lo anterior, ya que emana con claridad que dicha sanción, no obstante considerarse como de *ultima ratio* en los diversos textos aludidos, jamás ha sido aplicada en ese sentido y suele ser fuente de vicios importantes que acarrearán no sólo el cuestionamiento del sistema, sino el riesgo de vulneración de varios derechos de los niños. (Comisión Interamericana de derechos humanos. Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur: pp 435 a 437.)

Al efecto, el ejemplo de *Argentina* es bastante decidor. La legislación penal juvenil de ese país no hace referencia alguna a medidas NO privativas de libertad. Por ello es común encontrarse con un alto número de menores de edad privados de su libertad en establecimientos carcelarios para adultos, fundándose dicha medida en el fin preventivo (evitar la comisión de nuevos ilícitos), de darle seguridad (ante la inexistencia de redes familiares) o sencillamente en ejercicio del rol "tutelar de menores" (normas antiguas). Conocidos son los fallos, recurridos ante la Corte Interamericana, en la que concurrieron 13 personas cumpliendo penas privativas de libertad perpetuas por delitos cometidos siendo menores de edad o el *habeas corpus* rechazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación presentado por adolescentes de 16 años privados de libertad en complejos penitenciarios para adultos. (Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur: pp 421.)

En *Brasil* lo anterior no varía mucho. En el año 2004 el 16% de la población brasilera era adolescente. Del total de la población, un 0.2% se trataba de adolescentes en conflicto con la ley penal, de los cuales un altísimo porcentaje lo están por tiempo indefinido y basado en el "rol tutelar del Estado", no obstante la CDN y su rol de

protección integral. Conforme la Secretaría Especial de Derechos Humanos, al consultar sobre el total de menores de edad privados de libertad y en espera de vacantes, la suma alcanza como dije al 0.2%, existiendo una suma no menor de jóvenes a cuyo respecto se decretó tal medida, pero no ha podido ser llevada a cabo por falta de vacantes, no obstante al consultar sobre jóvenes sujetos a medidas alternativas a la privación de libertad y que estén cumpliendo medidas socioeducativas, hay vacantes no utilizadas y muchos espacios disponibles. Importante es destacar que, del total de los jóvenes privados de libertad, el 92% son jóvenes de baja escolaridad, de clase social denominada “pobre” y de raza negra. El mundo de las favelas ha quedado expuesto.

Asimismo, desde el año 1996 al 2006, el estudio efectuado por la Secretaría de Promoción de los derechos de los NNA concluye que ha aumentado en un 360% el uso del sistema socioeducativo, lo que permite sostener que las medidas de dicha Secretaría y que tienden a la prevención del delito, no están funcionando. Ello acarreó una serie de reformas a su gestión durante el gobierno anterior.

Por su parte *Paraguay*, si bien contempla la aplicación excepcional de las medidas privativas de libertad, reconociendo una serie importante de alternativas, la reglamentación necesaria para la aplicación de este estatuto jurídico, como ya advertimos, es un tema pendiente. Tanto es así que, si bien existen jueces con conocimientos especializados en criminalidad en etapa de infancia y adolescencia, al decretar como sanción medidas socioeducativas, Paraguay no tiene equipos especializados que ejecuten el control de ellas, debiendo efectuarse éste mediante el uso de mecanismos artesanales creados a instancia judicial, careciendo de facultades legales para ello.

Finalmente, en *Uruguay* se ha mantenido la toma de decisiones respecto de jóvenes infractores de ley penal en el paradigma “del buen padre de familia”, es decir, la aplicación del sistema tutelar de menores previo a la CDN. Tanto es así que el principio criminal del “contradictorio”, en un porcentaje superior al 70%, casi no existe en sede infanto-juvenil, allanándose los defensores a las peticiones fiscales respecto de sus representados. (Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur: pp. 425)

Lo anterior cobra sentido y angustiará al lector el decir que la mayoría de los jóvenes privados de libertad son pertenecientes a distritos del interior del país, por lo que la privación de libertad les produce un doble daño; a saber, tienen limitado su movimiento y, peor, los recintos carcelarios quedan ubicados en la zona metropolitana de Montevideo, por lo que se les produce una suerte de “destierro” o al menos un alejamiento de su núcleo familiar, por lo que la necesidad de reinserción social y familiar quedan sólo en el papel.

Concluyo este acápite haciendo más las palabras de la UNICEF en el Informe de la situación de NNA en conflicto con la ley penal, en cuya página 427 se afirma lo siguiente:

“Los establecimientos para la privación de libertad de niñas, niños y adolescentes en estas condiciones sólo pueden pensarse como fábricas de marginalidad; un espacio indefinido donde acude una diversidad de problemáticas emergentes de una sociedad fragmentada y estratificada, que son tratadas con la misma metodología: el olvido, el silencio, el maltrato y la soledad”.¹⁹

Corresponde preguntarse ahora si esta realidad poco alentadora de algunos de nuestros vecinos americanos es replicada en nuestro país. Ya contextualizada la situación, veamos qué ocurre en Chile.

¹⁹Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los países del Mercosur, presentado en audiencia regional ante la CIDH, pág. 427. Ello en absoluta relación con COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 44º período de sesiones. Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007 y en directo correlato con Justicia y Derechos del niño, UNICEF, 2009

III.- La Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

III.1. Orígenes y reseña histórica.

Si buscamos las razones del replanteamiento en las ideas teóricas sobre la regulación de la criminalidad adolescente, debemos necesariamente reconocer que ello, en gran medida, sino en la totalidad, se debió al fracaso y colapso total del sistema “tutelar de menores” y de las instituciones creadas para su aplicación. (Couso, Jaime, 2008b: pp 214.)

Sólo a modo de contextualizar esta afirmación, diremos que el sistema tutelar de menores (o que llamaré también “sistema antiguo”) tenía dos pilares fundamentales:

1.- Uno de corte humanitario, según el cual se consideraba injusto el tratamiento de los menores que cometían ilícitos bajo la mirada del derecho penal para adultos, por cuanto se estimaba que ellos no serían responsables de la misma forma que una persona mayor de edad, pues su acción respondía a factores diversos que era necesario considerar, máxime que los menores no tienen la capacidad que de un adulto se puede hacer exigible para entender las consecuencias de una prohibición.

2.- El segundo de un tinte correccionalista, mediante el cual se entendía que el Estado y su aparataje no estaba dando abasto a las altas tasas de criminalidad adolescente, por lo que la respuesta estatal no era eficaz, ya que no contemplaban ni se hacían cargo de las causas u orígenes de la acción delictiva del menor de edad. Dentro de estos factores se hallan las conductas ilícitas de los propios padres, que muchas veces eran heredadas de generación en generación como una suerte de “condena familiar”. Esta versión, por tanto, concluye en que si la situación integral del menor era conocida por el juez, posiblemente se dictaría una sentencia que se hiciera cargo de todas esas variables, la que en general estaba dada por la internación del niño en recintos carcelarios especialmente creados para ellos, con el fin de aislarlos de sus pares adulto, en un afán de protección y reeducación. (Couso, Jaime, 2008b: pp 215.)

Lo anterior permitía sostener que la justicia de menores o “sistema tutelar antiguo” tácitamente buscaba la despenalización del actuar del joven, pues se intentaría de todas formas su paso por el sistema penal, haciéndose cargo de la acción ilícita el juzgado de menores, dictando resoluciones en pos de la sanción, pero por sobre todo, de la reeducación y prevención de nuevos hechos, a través de la internación del niño. Con dicha internación o con la aplicación de estas medidas, se procuraría sacar a los niños del ámbito penal y centrar la atención y las actuaciones estatales en la corrección del infractor. No se contemplaba la despenalización.

A juicio del docente Jaime Couso Salas en su texto “La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084” plantea, a mi modo de ver bastante acertadamente, que el modelo tutelar puro se caracterizaba por:

1.- Un presupuesto material de la intervención, definido por la “desviación”, es decir, la justicia de menores abarcaba hechos delictivos, problemas conductuales no delictivos e incluso problemas de desprotección del joven, sosteniéndose ello en el principio del deber del Estado de asumir la “situación irregular” del menor. Ello, agrega el autor en comento, sumado al hecho del afán de distanciarse del derecho penal para adultos, se distanciaba del *principio de legalidad* de la justicia penal, puesto que ella podrá abarcar sólo los hechos que se encuadren dentro del tipo penal de que se trate y no otras acciones u omisiones, cuestionables desde lo moral o religioso, pero no desde el derecho.

2.- Una consecuencia jurídica a imponer, la que estaba dada por la medida orientada a superar las causas de la desviación o irregularidad del joven, produciéndose la aplicación de una sanción pero cuyo fin era corregir la causa del delito cometido por el menor, lo que no respondía en caso alguno al hecho cometido. Por ello, sigue, este sistema tutelar se alejaba de los *principios penales de proporcionalidad* (pues la sanción no necesariamente era equitativa al hecho cometido, pudiendo justificarse una larga internación sólo con fines preventivos o correccionales), *de igualdad* (la sanción debiese ser igual para todo aquel que cometa el mismo hecho y, por tanto, condenado como autor del mismo ilícito, lo que en este sistema no ocurría, pues el castigo dependía no del hecho, sino del joven y su contexto psicosocial) y *culpabilidad* (pues, siendo el joven responsable del hecho, la condena se le aplicaba más que por ello, con fines de reeducación y prevención).

Por lo ya dicho y como el lector podrá haber advertido, este sistema tutelar colapsó. Ello se debió, según el mismo autor, por los conflictos del sistema con las garantías constitucionales, ya que la facultad de los jueces de menores de decretar medidas privativas de libertad violaba la garantía constitucional del *debido proceso*, por cuanto permitía imponer medidas semejantes a las penas (penalmente hablando), pero sin que el Estado ofreciera ni brindara las mismas garantías que aquellos adultos condenados penalmente, tales como el derecho a asesoría letrada, notificación de cargos, posibilidad de presentar pruebas, formular contra interrogaciones, entre otras. Asimismo, agrega, si bien uno de los pilares del sistema tutelar respondía a otorgar y asegurar la “corrección” del infractor, el efecto buscado con la medida no se lograba. Por el contrario, los centros correccionales de menores, creados bajo la promesa de hacer frente a la delincuencia de menores, fueron acusados de generar más delincuencia. Ello producido por la generación de una “cultura carcelaria” y el efecto de alejamiento o “desocialización” de la prisión, todo lo cual diluía potentemente la posibilidad que, egresado el joven, no volviera a reincidir.

Atentos estos desajustes, el sistema debía cambiar. A dicha conclusión se sumó el aporte de doctrina internacional en la materia, textos ratificados por Chile, que proclamaban

la idea del joven como sujeto de derechos y no como objeto a proteger.²⁰ Ello implica reconocer su faz independiente y de actor en el proceso penal, debiendo serle reconocidos y respetados derechos mínimos, tal como al adulto infractor, y exigirle obligaciones. Su defensa debe, por tanto, estar entregada a un profesional en la materia que sepa descubrir sus intereses y otorgarle una protección jurídica a la altura de un juicio penal. Probablemente la mirada a la conducta de este adolescente no será la misma mirada penalista pura, pero los principios inspiradores deben estar presentes.²¹

Estos nuevos aires llegaron a nuestro país, donde se comenzó a debatir el tema, primero a cargo de profesionales de la infancia y adolescencia, que encendieron las luces respecto a la necesidad del cambio, basados principalmente en aspectos psicosociales del niño. Luego y con el fin de dotar la argumentación de un peso que permitiera igualar el debate a aspectos jurídico, se sustentan en llamar la atención que la CDN proclama la calidad de sujeto de derechos del joven, lo que implica más que una modificación del lenguaje (ya no serán llamados menores, pues ello implica reconocer que hay sujetos mayores y menores, aludiendo necesariamente a rasgos de superioridad de unos frente a otros) la constitución de un nuevo paradigma: el del *tratamiento o intervención integral del joven*, que se resume básicamente en sancionar la conducta reñida con la ley desde un punto de vista penal, sin perder de vista que el sujeto “condenable” está en formación, por lo que la sanción meramente penal podría no ser suficiente, debiendo contemplarse la intervención estatal con miras a una reeducación del joven, no como objeto de intervención (conforme el sistema tutelar de menores) sino como sujeto que requiere apoyo y orientación, buscando una reinserción o resocialización del infractor en su núcleo familiar o prepararlo a la vida independiente.²²

Este nuevo sistema por tanto, debía garantizar principios básicos como:

1.- *Legalidad*, es decir, sólo deberán ser perseguidos por la legislación penal para jóvenes los hechos que se enmarquen en el tipo penal previamente descrito por el legislador, y no la persecución de “formas de vida” o antecedentes familiares. Además, la

²⁰ Ello se recoge en la Convención de los derechos del niño, en su artículo 3, como ya se ha advertido reiteradamente, principio que es conteste con aquellos que informan otros documentos internacionales como Tratado de derechos civiles y políticos, Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de Belém Do Para, entre otros.

²¹ Actualmente esta defensa ha sido asumida bajo la figura del *curador ad litem*, profesional del derecho que intenta plantear, por el niño y bajo sus instrucciones, las sugerencias a su favor. Lamentablemente y por la sobrecarga de trabajo, sumado a la escasa preparación en la materia específica que nos convoca, esta institución en la práctica no genera un beneficio real y concreto para el NNA, quien a veces ni siquiera sabe que cuenta con un abogado nombrado para sí.

²² Según Carta programática Sename, año 2009 (mayor información se puede consultar página web de sename, www.sename.cl).

sanción aplicable será sólo aquella previamente establecida en la ley y para el caso concreto. Así se producirá una igualdad en la sanción penal a todo aquel que cometa el ilícito y no la subjetividad del sistema tutelar de menores.

2.- *Proporcionalidad* entre el hecho cometido y el la sanción aplicable, lo que necesariamente implicará contemplar y analizar el daño ocasionado, el grado de ejecución del hecho y la responsabilidad que en él le quepa al joven infractor.

3.- *Necesidad de intervención mínima del Estado*, partiendo de la base que la pena o sanción penal es un mal y, por lo tanto, ella deberá aplicarse en la medida que sea estrictamente necesario y no con fines preventivos y correccionales, sino sancionatorios. A este respecto cobra importancia remarcar el pensamiento del profesor Couso en el texto ya referido, en cuanto a recomendar que el juez que conozca la causa infraccional no pierda de vista que existen diversos grupos o tipos de infractores (están los primerizos y los habituales) y los tipos de delito (los graves, leves y de mediana gravedad).

4.- *Culpabilidad*, en tanto sólo se podrá aplicar la sanción penal y, por ende, hacer responsable penalmente a aquel joven que, pudiendo elegir, decidió libremente cometer el delito. De ello se desprenderá que habrá igualmente sanción, pero de menor envergadura, para aquel menor de edad que comete el hecho, pero tuvo menos chance o margen de elección, por estar su conducta más condicionada a factores externos a su voluntad. Así, las desventajas sociales, familiares o individuales que repercuten en el joven infractor, implicarán que el Estado intervenga lo justo y suficiente. (Couso, Jaime, 2008b: pp 219 y 220.)

5.- *Especialidad de la justicia adolescente*, por cuanto es una garantía contemplada en la CDN (art. 37 CDN), texto que reconoce la necesidad que el Estado conozca el delito cometido por el menor de edad, pero su respuesta venga dada por la aplicación de un sistema especial, dado por una diferencia cualitativa y una cuantitativa frente a la justicia penal para adultos; la primera por cuanto la sanción castigará, pero la medida pretenderá reinsertar al joven en el medio social que le pertenece, favoreciendo además que el juez procure salidas alternativas a la pena, más que la inmediata imposición de ésta. La segunda provocará que la imposición de la privación de libertad sea considerada como último recurso y su aplicación por el tiempo más breve posible.

III.2. Las Políticas públicas criminales para jóvenes en Chile.

Según la llamada teoría clásica del delito, se entiende que ella corresponde a un conjunto de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana. Importante es recordar que en los primeros años de recorrido

universitario, nuestros maestros penalistas nos indicaban que el delito es un elemento presente en toda sociedad y desde la civilización más antigua. Por ello han existido diversas formas de control del actuar delictivo con mejores o peores resultados. La existencia del fenómeno “delito” es esperable en una sociedad, por muy civilizada que ésta sea, y hasta “deseable”, pues este elemento permitirá a dicha comunidad el establecer formas de erradicación del fenómeno, de control y de sanción al infractor. Ello es lo que se conoce como la “Política pública del delito”, es decir, el conjunto de mecanismos que establece una comunidad cuyo fin será obtener el control del delito, su sanción y, en lo posible, la reeducación del hechor, como fin preventivo de futuras conductas. (Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008. Página 1 y 2.)

Cuando el Estado construye su política pública en la materia, debe evaluar y ponderar diversos elementos, que responden a la pregunta de ¿Qué quiero yo como Estado lograr con estas herramientas? ¿Será sólo sancionar, o quizás educar, resocializar, prevenir, alejar?

Chile ha adherido a políticas públicas que responden al principio de la “seguridad pública” y que tienen como principal objetivo la sanción (ejemplificadora) del delincuente y, en lo posible pero no como principal objetivo, la reeducación de éste previniendo la comisión de nuevos hechos. (Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008: pp 1 tercer párrafo)

No nos corresponde en este trabajo formular juicios de valor respecto a las políticas públicas chilenas en materia de control de la delincuencia de adultos, pues escapa con creces a los objetivos de esta intervención. Si nos toca decir algo respecto a las políticas públicas chilenas establecidas para la regulación de la delincuencia juvenil. Ellas se referirán a los mecanismos que nuestro país ha contemplado y acordado para controlar el fenómeno de la delincuencia cometida por NNA.

Hasta la entrada en vigencia de la CDN, existían 4 modelos a nivel doctrinario que trataban la delincuencia juvenil. A saber, modelos clásico o del discernimiento²³, tutelar,²⁴ educativo²⁵ y de responsabilidad.²⁶

²³ Consistía en aplicar las consecuencias jurídicas penales a un NNA con capacidad penal, es decir, aquellos NNA que, sometidos al llamado “juicio de discernimiento” arrojan como resultados que cuentan con capacidad de culpabilidad en un sentido psicológico, es decir, entienden el delito y sus consecuencias, quieren cometerlo (capacidad de dolo), se auto-determinan y son libres para decidir cometer el ilícito.

²⁴ Conocido como sistema antiguo, postula la idea de abolir el sistema sancionatorio penal al joven y aplicarle, si procediere medidas de protección, de seguridad, correccionales. Ello, en el entendido que el joven que delinque lo hace por encontrarse en una situación de peligro, está carente de protección y el Estado debe dársela. Se le criticó profusamente el tratarse de un sistema basado en la persona del joven infractor más que

Como Estado Chile necesita, en esta materia, tomar en consideración que deberá ponderar dos elementos esenciales al momento de decidir qué técnica adoptará; a saber, “jugar” (en sentido figurado) con el legítimo derecho a la “*seguridad pública*”, pero también con el derecho “a la *protección* de NNA infractores de ley”, (Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008: pp 29) los que se constituyen en seres verdaderamente especiales. Y digo “especiales” en relación a su condición de seres en formación. Por ende, el tema cobra importancia pues, a simple vista, colisionan los intereses de proteger a los ciudadanos con la obligación de proteger a ese joven que comete el delito, protección emanada de los derechos esenciales de niños o adolescentes, derechos garantizados, en particular, por la CDN, ratificada por Chile, cuyos principales alcances ya hemos revisado.

Es del caso que Chile ha dictado leyes que inclinan la balanza hacia los intereses de seguridad pública por sobre los derechos humanos del niño, internacionalmente reconocidos y suscritos por nuestro Estado hace casi ya 20 años.²⁷

En este mismo sentido crítico, algunos se han adelantado en decir que el sistema procesal penal juvenil adoptado por Chile constituye un “fraude de garantías”, por cuanto se esmera en anunciar una serie de medidas a favor de un joven infractor de ley, pero que ellas se reducen a sostener como “la principal” la privación de libertad, constituyéndose el sistema en un reduccionismo jurídico penalista, de quien debería ser tratado como sujeto de derechos y no objeto de sanción. (Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008. Página 2.) Hay acá, por tanto, una confusión entre los derechos a respetar y el contenido de la legislación, pues no resultan coherentes unos con otros.

en el hecho mismo, lo que vulnera principios de igualdad, proporcionalidad y legalidad. También por dar igual tratamiento a niños en situación de vulneración de derechos y otros infractores, cuando la esencia de la intervención judicial es diversa desde su fuente.

²⁵ Consiste en la aplicación de soluciones o salidas “no penales”, sino orientación social y educativa al joven con el fin de lograr evitar su judicialización y estigmatización posterior. Dentro de estos programas se destacan los de conciliación, de mediación, terapéuticos, acogida o acogimiento familiar, reparación de daño, trabajos comunitarios, etc.

²⁶ A este modelo pertenece la Ley 20.084, puesto que pretende aplicarle al joven un estatuto penal, pero especial. Lo anterior fundado en que se parte de la idea que el joven es sujeto de derechos y, como tal, capaz de auto-determinarse o de decidir libremente el cometer o no un hecho. (similar al reproche del juicio de discernimiento del modelo clásico)

Fuente: Villegas Díaz, Mirna. (España): “Juventud, pobreza y marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales, pág. 2 a 6.

²⁷ Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008 / Ver también Villegas Díaz, Mirna. (España): “Juventud, pobreza y marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales”.

Si bien se han producido algunos avances entre el sistema actual y el sistema tutelar de menores, tales como la eliminación del trámite del discernimiento como elemento (altamente subjetivo) de procesabilidad penal de un menor de edad, la legislación vigente no contempla como elemento en un enjuiciamiento penal a un menor de edad los componentes psicosociales de la justicia juvenil garantizados por la CDN, en especial en su artículo 6º, que exige al Estado que la suscribe la supervivencia y el desarrollo del niño/a. (Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008. Página 2 párrafo 3.)

Valga hacer presente que la principal crítica hecha a este sistema o modelo de responsabilidad que ilumina la Ley 20.084 es la incongruencia o contradicción argumentativa, toda vez que el joven, según sus adeptos, recibirá una sanción penal por ser responsable penalmente del delito, pero la sanción aplicable es especial por ser un sujeto en desarrollo, en formación.²⁸ Queda de manifiesto la contradicción advertida, toda vez que mal podría castigarse a un sujeto, fundado en que es responsable y, por ende, libre de decidir, cuando esa libertad o auto-determinación puede sólo entenderla presente en una persona completamente formada. Luego, señalan, el joven responsable (y por tanto libre y auto-determinado) recibe una sanción especial por ser un sujeto de desarrollo, es decir, no formado. Como dice la profesora Villegas Díaz en el texto aludido, “no se puede ser más o menos infractor”. Villegas Díaz, 2008: pp 5. Ver también Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008, páginas 3 y 4.)

En tal sentido se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño, organismo que ha señalado que el Estado debe respetar su dignidad, a la luz del artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuanto a prohibir y prevenir todas las formas de violencia en el trato de aquellos que estén en conflicto con la justicia. (Comité de los Derechos del Niño, “Observación General 10: Justicia Juvenil, Ginebra 2007. Pág. 7 y 8.) Ello supone concluir que su dignidad debe ser respetada durante todo el proceso, debiendo adoptarse aquella decisión que más tome en cuenta su edad y grado de madurez, debiendo existir un análisis de las condiciones específicas, profesionales especializados y un sistema que reconozca las dimensiones subjetivas y psicosociales más allá de criterios meramente penales. (Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008 en sus conclusiones, página 6.) De forma más técnica, “esta postura reconoce que la preservación de la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema judicial. Pero considera que la mejor forma de lograrlo es respetar y aplicar plenamente los principios básicos y fundamentales de la

²⁸ O más aún, se trataría de “un ser diferente”, que “carece de capacidad valorativa existencial y por tanto, de libertad existencial y por eso no se le puede aplicar una pena”. En Bustos, Juan (Chile 1992): “Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: Por un derecho penal de menores”. Edit. Jurídica Conosur. Santiago 1992, página 3.

justicia de niños proclamados por la CDN". (Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008 pp 2.)

Estamos, entonces, en condiciones de afirmar que la política pública estatal chilena para el control de la criminalidad juvenil adopta como modelo a seguir el modelo de la responsabilidad y, por tanto, como principio inspirador el de la "seguridad pública" por sobre el respeto a la dignidad del joven infractor. Lo anterior, por cuanto el mismo Comité de los Derechos del Niño indicó que la autoridad podrá adoptar dos tipos de medidas en relación con los niños a quienes se impute haber infringido las leyes penales: las que no supongan el uso de procedimientos judiciales y las que sí. El estatuto jurídico de criminalidad adolescente chileno sólo contempla medidas judicializadas. En el mismo sentido, dichas medidas judicializadas contemplan la privación de libertad (llamada medida de internación en sistema cerrado) como única sanción para los casos de delitos graves cometidos por adolescentes, no obstante que la CDN indica claramente que esta gravosa medida debe utilizarse como último recurso y durante el más breve plazo.²⁹

Otro argumento en pos de nuestra conclusión es el hecho que, supletoriamente a la normas de la Ley 20.084, tendrán aplicación las normativas del Código Procesal Penal,³⁰ pensadas para adultos y, por ende, sus principios inspiradores no contemplan en caso alguno normas de la CDN texto al que, ni supletoriamente, se dirige la ley penal juvenil.

Aún más. Chile carece de una ley de protección de los derechos de los niños, no hay una política integral de infancia y las propuestas implementadas en tal sentido han quedado en simples proyectos aplicados casi como "experimento", sin que respondan a un cuerpo normativo sistemático y concluyente. Ello sólo permite que se vulneren los derechos de los niños en cualquier contexto, más aún los de aquellos que están sujetos a instancia penal.

Digamos más en apoyo a nuestra conclusión. La Ley 20.084 tardó un año en implementarse en la forma que el texto legal mandataba. Durante todo ese período, el Estado se preocupó de resolver los déficits de infraestructura, es decir, la asignación de importantes recursos para construir un centro privativo de libertad especializado por región. Para la fecha original de implementación de la Ley 20.084, existía un centro privativo de libertad especializado para cada región, los que contaban con 766 plazas para hombres y 166 para mujeres. Como ellos no dieron abasto, se contempló el ingreso de menores de edad a recintos carcelarios para adultos, en franca contravención de norma expresa de la

²⁹ No olvidemos que en caso de delitos graves, las penas pueden llegar hasta los diez años, tema del que nos ocuparemos más adelante.

³⁰ En artículo 27 Ley 20.084.

CDN, en las llamadas “secciones juveniles”. Y peor aún, el total de cupos de los centros semi-cerrados para todo el país, era de 662 hombres y 126 mujeres.³¹

Finalmente y si quedara alguna duda, los acontecimientos de incendios y motines en recintos cerrados de adolescentes infractores sólo han permitido ver lo que no se quiere ver: el hacinamiento impresionante de jóvenes, muchos de ellos ya cumpliendo sanción penal firme y otros en espera de resolución, la que puede tardar meses. Ellos, reclusos en incómodos espacios, sin personal especializado ni suficiente y sin atención integral de sus necesidades, sostienen la desesperanza como elemento diario, lo que los lleva a tomar decisiones complejas pero entendibles en el contexto de su desesperación, que llegan incluso al suicidio. Al respecto y asumiendo una visión crítica en torno al tema, haciéndose cargo de un suicidio de una joven de la población del CRC de Limache, “Lihuén”, el Informe Ejecutivo “Principales nudos problemáticos de los Centros privativos de libertad para adolescentes y secciones penales juveniles, Unicef, 2008, reza lo siguiente: “Muchos de los centros visitados 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.”. (“Principales nudos problemáticos de los Centros privativos de libertad para adolescentes y secciones penales juveniles”, Unicef, 2008: pp 7.)

Lo anterior, fue producto de las conclusiones logradas por las visitas realizadas dos veces al año por las Comisiones Interinstitucionales de supervisión, creadas por el Reglamento de la Ley 20.084. Ya en marzo de 2008 se anotaron falencias graves en materias de educación, salud, disciplina, infraestructura, entre otras. Así, se constató que los jóvenes no contaban con actividades de capacitación intra-carcelarias, sino sólo algunas con tintes recreativos o “principalmente sólo juegos”. (“Principales nudos problemáticos de los Centros privativos de libertad para adolescentes y secciones penales juveniles”, Unicef, 2008: pp 2). Asimismo, no hay exigencias en torno a visitas periódicas médicas ni presupuestos de estrategias de control de enfermedades de transmisión sexual u otras.

Dicho Informe, previo a su conclusión, indica que uno de los principales nudos críticos detectados decía relación con la ejecución de sanciones del sistema penal juvenil en las secciones juveniles de los Centros penitenciarios a cargo de Gendarmería de Chile. En efecto, agrega el informe, “en términos prácticos, los jóvenes reclusos en estas unidades no reciben educación ni capacitación, no existe implementación de planes individuales; sufren largas horas de encierro y muchas otras sin realizar actividad alguna”. Por ello, concluye

³¹ El presupuesto fiscal autorizado para la implementación de esta Ley era escaso y debía solventar problemas de infraestructura (recintos de cumplimiento de penas, etc) y de capacitación de profesionales, como también la generación de programas de reinserción y resocialización para el joven infractor. ¿Hay alguna duda de cuál fue la decisión gubernamental en cuanto a cuál de todos estos objetivos se pretendió privilegiar al momento de destinar los recursos? Informe 677, ya aludido. Página 4.

dicho informe, “parece altamente improbable si no imposible, que en las condiciones descritas se pueda cumplir con la finalidad proclamada por la Ley 20.084 en su art. 20, esto es, que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”. (“Principales nudos problemáticos de los Centros privativos de libertad para adolescentes y secciones penales juveniles”, Unicef, 2008: pp 2 a 4)

Con todo lo dicho, en especial el informe analizado, sólo me permito concluir que la legislación penal adolescente chilena discurre sobre el discurso de la resocialización del joven infractor mediante el uso de mecanismos socioeducativos, pero en realidad se ejecuta mediante el uso de acciones de control vacías de contenido psicosocial, transformando a este joven infractor en un objeto de sanción, debiendo ser tratado como sujeto de derechos, a la luz de la CDN. Lo anterior debe ponderarse partiendo de la base que, si bien las políticas públicas apuntan a una reinserción del joven infractor, dicho objetivo no se satisface en la realidad, dada la alta tasa de reincidencia verificada y la estigmatización que éste enfrenta.³²

Por tanto Chile sí tiene una legislación penal adolescente que es distinta a la de adultos pero sólo en la forma en que se verifica el procedimiento y no en cuanto a las sanciones a aplicar. He aquí un punto importante a recordar, a fin de relacionarlo con otros que más adelante se expondrán pues evidencia, en principio, que la práctica no hace compatibles a la Ley 20.084 con la CDN.

Si cabe alguna duda, espero ésta sea aclarada cuando se llegue al acápite en la que se expondrán diversos casos prácticos analizados directamente por este tesista, que impactarán al lector por la crudeza de las realidades que en ellos evidencia. Sin embargo opto por no disfrazar la realidad, pues considero que debemos “ver” aquello que invisibilizamos a diario y de lo que debemos hacernos cargo como sociedad.

III.3. El artículo 6° de la Ley 20.084.

Hemos dicho y sostenido que la CDN exige un especial comportamiento del Estado firmante en relación con el trato que se da al NNA, sin distinguir si éste ha sido o no

³² Evaluación de las características delictivas de menores infractores de la comunidad de Madrid y su influencia en la planificación del tratamiento. José Luis Graña Gómez Vicente Garrido Genovés, Luis González Cieza (España 2007). Además, Javiera Blanco. (Chile, 2010) Conceptos 18: Violencia y delincuencia juvenil: desafíos en relación con los programas y respuestas del sistema. Estudios Paz ciudadana. y Fundación Paz ciudadana. (Chile, 2010) Construcción de indicadores de reinserción social de adolescentes infractores de la ley penal: informe final.

infractor de ley. Por ello y una de las recomendaciones de la doctrina para lograr este cometido, también como ya hemos indicado detalladamente, es asumir por el Estado que este joven infractor merece un trato diferenciado del adulto infractor, no sólo por tratarse de un sujeto en formación, sino porque legalmente es imperativo constitucional. Una de las formas de acoger este requerimiento dice relación con un derecho penal mínimo respecto del joven o niño infractor, (Couso, Jaime, 2008b: pp228 a 235) lo que quiere decir que, del derecho penal ordinario o para el adulto, se saquen diversas conductas delictivas que, respecto del menor de edad, no serán consideradas para aplicarles sanción alguna y, además, disminuir el grado de las penas y modificar su naturaleza.³³

Dicho lo anterior, cabe analizar los distintos rangos de penas que la Ley 20.084 fija para sancionar conductas de menores de edad en situación de infracción de ley. Hecho esta exposición, veremos si las exigencias antes aludidas (disminución de tipos penales, de gravedad de las penas y modificación de sanciones) se contienen en el cuerpo legal en análisis. En efecto el aludido profesor comenta en el texto señalado que, para la determinación de la pena aplicable de aquellas indicadas en el artículo 6 de este cuerpo legal, debe utilizarse el artículo 23 de esta ley, el que fija una escala que contiene rangos de pena y régimen o sanción aplicable. A saber,

1.- Delitos cuya pena va de *5 años y un día hacia arriba*: la pena contemplada es régimen de internación cerrada con programa de reinserción social. Podrá aplicarse, además, el régimen semi-cerrado con igual programa después de los 2 primeros años de cumplir con el primer régimen.

2.- *De 3 años y 1 día a 5 años*: internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semi-cerrado con programa y libertad asistida especial.

3.- *De 541 días a 3 años*: régimen semi-cerrado con programa, libertad asistida especial, libertad asistida simple y prestación de servicios a la comunidad.

4.- *de 61 a 540 días*: internación en régimen semi-cerrado con programa, libertad asistida especial o simple, prestación de servicios comunitarios y reparación del daño causado.

5.- Finalmente, *de 1 a 60 días*: prestación de servicios comunitarios, reparación del daño, multa y amonestación.

Por su parte el artículo 24 del mismo cuerpo legal, contempla los criterios a utilizar por el juez al determinar la pena y éstos serán la gravedad del ilícito, la "calidad" del

³³ Estos tres rasgos se esbozan claramente en el texto "De la historia, evolución y desarrollo del sistema de responsabilidad penal adolescente y la dogmática del interés superior del niño. Análisis de la Ley 20.084" del Magistrado de Garantía don Manuel López Lara.

adolescente, grado de ejecución, la concurrencia de agravantes o atenuantes, la edad del joven, la extensión del mal causado y la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y su reintegración a la sociedad.

De todo lo dicho, concluyo que este principio del “derecho penal mínimo” en el trato al joven infractor, en la medida que se vea en conflicto con la ley y sosteniendo la triple cara del mismo (rebajar cantidad de delitos, rebajar las penas y modificar éstas en comparación con el derecho penal del adulto) no se ve del todo plasmado en la norma legal en comento. Ello por cuanto, si bien se hace un importante listado de penas, distintas ellas a las contempladas para adultos, la naturaleza de la internación en un régimen cerrado en la práctica es exactamente la misma que la aplicación de un presidio o reclusión a un adulto (no se advierte mayor diferencia práctica). Asimismo, no hay una exclusión de hechos típicos que no vayan a ser sancionados cuando los cometa un adolescente. En efecto, los hechos que quedarán sancionados por esta ley serán todos aquellos cuya pena penal vaya desde 1 día hasta la pena máxima (presidio perpetuo), lo que se desprende claramente de una simple lectura de las escalas de las penas. El lector podrá argumentar en contra que lo anterior no es del todo efectivo, toda vez que hay hechos que quedan privados de la aplicación de esta ley y que se enumeran en el artículo 1 de este cuerpo legal siendo entregado su conocimiento a los Juzgados de Familia. Sin embargo, el procedimiento utilizado por un juez de familia es aquel contenido en el artículo 102 de la Ley 19.968, que tiene una mirada del todo penalista y, asimismo, que contempla sanciones que también podrán extenderse a la internación del joven en recintos proteccionales de SENAME, es decir, lugares no cerrados o abiertos, donde confluyen niños en situación proteccional, con discapacidad mental y, además, los infractores de ley. Ya podrá advertirse de esto lo que implica una internación como éstas. Prueba de ello es lo que ocurre en recintos como el CTD de Playa Ancha. Tanto esta situación como el procedimiento de familia escapa con creces a los márgenes de este trabajo, no obstante verme del todo tentado a comentar. Pero esta vez no cederé a esta tentación académica.

Todo lo anterior permite sostener, a mi juicio, que este derecho penal mínimo exigible al tratar la delincuencia juvenil, se contiene en la Ley 20.084 sólo en cuanto a una modificación de las penas aplicables al menor de edad en relación con aquellas que se impondrían a un adulto si cometiere el hecho sometido a juicio penal. Pero lo relativo a la reducción de tipos penales y en cuanto a la rebaja de la pena, no hay concordancia legal. Esto se verá de forma más clara en el acápite siguiente, con ejemplos claros y concretos. Pasemos a este análisis.

IV.- Coherencia entre el artículo 6° de la CDN y el artículo 6° de la Ley 20.084.

IV.1. Análisis comparativo de ambos artículos. Una mirada crítica.

Interesante resulta detenerse en este momento en las funciones y orientación de este artículo, según la doctrina imperante, destacando el estudio de la profesora María Inés Horvitz en su texto “Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal juvenil y procedimiento aplicable”³⁴ Dicho estudio contiene elementos que ya han sido anunciados como predominantes a nivel doctrinario al trabajar sobre la responsabilidad penal juvenil. En efecto, la docente anuncia su adhesión a ideas como las de un tratamiento diferenciado para esta clase de delincuencia por el simple hecho de ser cometida por un menor en crecimiento, estatuyéndose así como un “sistema incomparablemente más garantista y más respetuoso del adolescente que el viejo sistema “pedagógico” de “medidas” impuestas informal y arbitrariamente por el juez de menores”. (Horvitz, María Inés, 2008: pp 97.) Pero no sólo ello. También adhiere a las ideas de un derecho penal mínimo, que implicará no sólo reacciones diferenciadas a las previstas para los adultos infractores, sino también un menor catálogo de conductas punibles y éste, a su vez, menos severo. Todo ello con el fin último de entender la delincuencia juvenil, más que como un problema meramente criminal, como un problema social. (Horvitz, María Inés, 2008: pp 98)

Al respecto es posible indicar que el artículo 6 de la Ley 20.084 contiene una escala general de penas, la que distingue entre aquellas para delitos, faltas y penas accesorias. Se contempla la pena privativa de libertad de “internación” en régimen cerrado y semi-cerrado. Por su parte, el artículo 20 de la misma Ley, indica claramente cuál debiese ser el sentido o fin de la pena, en cuanto a “hacer efectiva la responsabilidad del adolescente por los delitos que cometa, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”. Tan sólo de la lectura podremos indicar que el principal objetivo de la aplicación de la pena es la sanción para el adolescente. Secundariamente, como se lee del mismo artículo se pretenderá, aplicada la sanción, producir en el joven una reeducación que le permita su integración plena, su reinserción social. Pero, ¿qué ocurre cuando la situación familiar, doméstica y personal del

³⁴ Revista de Estudios de la Justicia, N° 7, 2006.

joven no le permite salir de este círculo? Naturalmente cobra importancia la intervención estatal intentando producir un cambio sustancial en la situación de vida de ese joven, pues la sola "intervención socio-educativa" no resulta suficiente para estos fines. En tal sentido recuerdo las palabras de la profesora Horvitz en el texto aludido en cuanto a entender la delincuencia juvenil como un fenómeno-problema social más que criminal.

No obstante ser un tremendo avance la sola existencia de la Ley 20.084, pues su dictación implicó aunar criterios de radical importancia como la necesidad de darle al joven infractor un tratamiento diferenciado, éste se diluye en el texto mismo de la ley. En efecto, no existe una limitación de tipos penales para el adolescente. O dicho de otro modo, en la tipificación normativa no se hace una diferencia al infractor menor de edad en relación con el adulto, pues la ley 20.084 sancionará "los delitos que cometa"³⁵ remitiéndose incluso, aunque de modo supletorio, al Código Penal. Aquí desaparece cualquier idea de tratamiento diferenciado.³⁶

Otro tema interesantísimo de tocar en este momento dice relación con el fin que se le adjudique a la pena. Esta, como sanción social fijada por el Estado, pretenderá para unos un simple castigo, para otros una fórmula de reeducación, para otros una manera de desincentivar la delincuencia, en fin. Lo trascendental es asumir que, al momento de establecerse la pena por el juez, éste deberá contemplar los intereses de la víctima, del individuo acusado y de la sociedad toda, tarea ingrata que siempre está expuesta al cuestionamiento de aquellos para quienes la pena no fue suficiente; para esos que anhelan más justicia. En el caso de la delincuencia juvenil esta arista cobra radical importancia en cuanto a que la mirada que se de a la figura de joven resulta fundamental para dar aplicación a los principios de reeducación y de integración social. Si la mirada es a favor de la sociedad, tomada como ente afectado por el delito en general, o a la víctima, en cuanto a la afectada por el hecho en particular, la sanción penal será impuesta al joven sólo como castigo, sin que ello signifique en caso alguno una mejora desde un punto de vista psicosocial. Ello se ve agravado si, determinando la pena miramos con los ojos sólo de los afectados por el hecho, no sólo no satisfacemos las exigencias valóricas de la Ley 20.084,

³⁵ Artículo 1°.

³⁶ Con ello se abandonó la idea primitiva del Anteproyecto de la ley en análisis, en cuanto a tipificar un catálogo taxativo y expreso de delitos, inferior al genérico, fundado en que no puede castigarse de igual forma a un adulto y a un ser en crecimiento y formación, como también por el hecho de entender que la aplicación de sanciones penales acarrea consecuencias desocializadoras muy desfavorables para su reinserción social futura. Al respecto se pronuncia en esta línea María Horvitz: "Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable". Página 99, Cillero: "Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia penal de menores en Chile: evaluación y perspectivas, página 33 a 35.

sino de todos los tratados internacionales que pretenden fijar condiciones mínimas de protección a jóvenes involucrados en hechos ilícitos.³⁷ La cuestión será, por tanto, exigir del Estado un pronunciamiento claro en cuanto a la opción por un sistema de determinación de la pena, que vaya entre el “legalista” y el “discrecional”, es decir aquel que exigirá, ante la comisión de un hecho, la aplicación de iguales consecuencias (sanciones) y aquel que favorecerá la libertad del juez al momento de fijar la pena para cada caso concreto, partiendo de la base de que cada joven involucrado requiere distintas estrategias de intervención.

En el caso chileno, la Ley 20.084 optó por un sistema de aquellos legalistas, en donde se parte de penas fijadas en el Código Penal y leyes especiales para delitos cometidos por adultos. En él, lo primero será establecer la duración de la pena, para lo cual se recurrirá a la extensión temporal fijada en el Código Penal, hecho lo cual se establecerá la naturaleza de la sanción aplicable.

Según María Inés Horvitz en el texto aludido, (Horvitz, María Inés, 2008: pp 102 y ss.) el sistema escogido en la Ley 20.084 es efectivamente de corte legalista, pero con un tinte discrecional que, a veces, permitirá al juez interpretar las normas a su arbitrio, lo que resultaría peligroso para los principios de certeza legal y seguridad jurídica. Ello, por ejemplo, en cuanto a la consideración e importancia que se le asigne a las circunstancias modificatorias de responsabilidad, las que juegan un doble rol: primero, la fijación de la extensión o duración de la sanción y, luego, al momento de seleccionar la pena específica a aplicar.

En efecto, profundiza la docente, la naturaleza de la pena se establecerá una vez fijada la duración de la misma, considerando que el artículo 21 de la Ley 20.084 señala que “para los efectos de la presente ley, se entenderá que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el

³⁷ Recordemos que todo sistema judicial de justicia juvenil, para respetar los tratados internacionales, debe 1) respetar y promover las garantías y derechos contemplados y asegurados por los instrumentos internacionales al NNA, 2) el establecimiento de un sistema público de justicia penal juvenil, considerado ello como la dictación de un conjunto de normas coherente y autónomo, 3) procurar que el objetivo de la justicia penal juvenil sea la proporcionalidad y la culpabilidad, mirado éste desde una exigibilidad o imputabilidad (el Estado sólo puede efectuar un juicio de reproche con consecuencias penales a quien le ha dado las posibilidades de comportarse de un modo diverso y ha optado libremente por el delito), conciencia del injusto (conoce que su actuar genera perjuicios a otro y, significando ello, asume las consecuencias y delinque) y, exigibilidad de la conducta (analizar si el sujeto tuvo realmente la posibilidad de actuar según la norma), y 4) detenerse en la excepcionalidad de la privación de libertad y su carácter eminentemente breve. Al respecto Villegas Díaz, Mirna. (España): “Juventud, pobreza y marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales”, páginas 11 a 26.

ilícito correspondiente”.³⁸ Por ello, la consideración de la atenuante y agravante implicará que el juez deba fijar o el mínimo o el máximo, respectivamente de la escala aplicada. Ello resulta similar (por no decir, igual) a la regla del artículo 72 del Código Penal, por lo que discrepamos en este punto de la autora, en cuanto a entender que allí hay alguna discrecionalidad especial del juez al conocer delitos juveniles, pues si esta discrecionalidad es tal, la tienen también los jueces que conocen hechos ilícitos cometidos por adultos, por lo que la calidad de “especial” no existe.

Por el contrario, a mi juicio, tenemos un sistema legalista que fija las escalas de penas y reglas para su aplicación. Asimismo, contempla una derivación subsidiaria a normas creadas para adultos. Ambas situaciones permiten concluir que las penas de la Ley 20.084 son similares a las sanciones penales contempladas para adultos, tanto en su duración como en su naturaleza, y que el mandato de reeducación y reintegración del joven no se ve materializado en ellas, al menos en abstracto. ¿Habrà alguna concreción en lo particular del caso de en la especificidad de la pena? Con ello quiero preguntarme si las penas de la ley de responsabilidad penal juvenil terminan, en la práctica, cumpliendo las exigencias legales en cuanto a sus fines básicos, contemplados todos ellos en favorecer una reeducación social del joven y proporcionarle una mejora en su calidad de vida, reinsertándolo de manera efectiva en la sociedad.

IV.2. Análisis de casos prácticos y observaciones críticas.

La pregunta formulada en el acápite anterior sienta la base del análisis de casos prácticos de jóvenes, conocidos directamente por este juez, cuyas historias permitirán al lector sacar sus propias conclusiones. Veamos:³⁹

1.- Hipótesis:

HECHO N° 1: “En el año 2008, siendo aproximadamente las 16:30 horas, un niño, a esa fecha de 12 años de edad, regresaba a su domicilio desde su colegio en Quillota. A pocos metros de llegar a su casa el menor se encontró con un furgón color blanco que era

³⁸ Lo anterior, sin olvidar que existe un límite máximo en cuanto a la duración de la pena de internación en régimen cerrado o semi-cerrado, la que no podrá exceder de 5 años respecto de un menor de 16 años y de 10 para adolescentes de entre 16 y 17 años, conforme reza el artículo 18 del cuerpo legal juvenil.

³⁹ Me adelanto en señalar que, por razones metodológicas y de protección de su derecho a la privacidad, sus nombres se han modificado al igual que algunos datos de contexto, sin que ambas alteraciones produzcan modificación alguna en la esencia del problema. Asimismo y en el acápite “Qué pasó con él” indico claramente la postura de funcionarios que trabajaron con el joven, palabras que hago más luego del estudio de expedientes, previa reserva de sus identidades.

conducido por el acusado **ANDRÉS**, quien le ofreció llevarlo hasta su domicilio, accediendo el menor a subirse a dicho vehículo. Estando la víctima al interior del móvil el acusado le manifestó que lo iba a violar y a darle muerte, por lo que la víctima intentó bajarse del móvil, hecho que fue impedido por el acusado, quien puso en movimiento el vehículo, ante ello la víctima luego de forcejear con el acusado, logro lanzarse del vehículo cayendo a la vía pública resultando con diversas lesiones consistentes en contusión de hombro, contusión de codo y pómulo derecho, las que fueron calificadas con el carácter de leve por el Servicio Médico Legal de Quillota. Luego el acusado se dio a la fuga del lugar conduciendo el señalado vehículo”.

HECHO N° 2 : “El mismo día, siendo alrededor de las 17:00 horas, una niña que a esa fecha tenía once años de edad, regresaba caminando a su domicilio desde su colegio en la Comuna de Quillota. En dicho trayecto la niña fue interceptada por el acusado **ANDRÉS**, quien conducía un furgón de color blanco, quien ofreció llevarla hasta su casa, ante la negativa de la niña el acusado procedió a viva fuerza a subirla al vehículo, para luego amenazarla con darle muerte si ésta no accedía a lo que le pedía. Luego el acusado traslado a la niña en el mismo vehículo hasta un sitio eriazo aledaño al río Aconcagua en la Comuna de Quillota, lugar donde procedió a acceder a la niña carnalmente vía vaginal en más de una oportunidad. Luego de consumada dicha agresión el acusado mantuvo a la menor privada de su libertad bajo amenazas a bordo del mismo vehículo, en el que la traslado por diversos sectores de la ciudad de Quillota. El acusado finalmente siendo alrededor de las 01:30 horas de la madrugada del día siguiente trasladó a la niña en el mismo furgón hasta un servicentro de Quillota, lugar donde fue hallado por carabineros, quienes procedieron a la fiscalización del móvil, encontrando en su interior a la víctima y al acusado al volante del móvil, por lo que procedieron a su detención”.

Calificación Jurídica:

“Los hechos descritos, en concepto de la fiscalía, constituyen, el primero, el delito de **sustracción de menor de edad**, previsto y sancionado en el artículo 142 N°2 del Código en grado de tentativa, imputándole al acusado participación en calidad de autor ejecutor de acuerdo al artículo 15 N°1 del citado código y el segundo, el delito de **sustracción de menor con violación**, previsto y sancionado en el artículo 142 inciso 2° en relación al artículo 141, ambos del Código Penal, en grado de consumado, imputándole al acusado participación en calidad de autor del mismo de acuerdo al artículo 15 N°1 del citado cuerpo legal,.

Estima el Ministerio Público que concurre a favor del acusado la minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal.

Solicita, considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad y el artículo 351 del Código Procesal Penal, se le imponga la pena de diez años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, más las accesorias legales y las costas de la causa.”

Sentencia:

“1.- Que se **CONDENA** al acusado **ANDRÉS**, ya individualizado, a las siguientes penas :

a) Quinientos cuarenta y un días de libertad asistida especial con programa de reinserción social por la participación que le ha cabido en calidad de autor del delito de secuestro en grado de tentado en la persona del menor de iniciales XXX, previsto y sancionado en el artículo 142 N° 2 del Código Penal, cometido en Quillota.

b) Cinco años y un días de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por la participación que le ha cabido en calidad de autor del delito de secuestro en grado de consumado en la persona del menor de iniciales ZZZ, previsto y sancionado en el artículo 142 N° 2 del Código Penal, cometido en Quillota.

c) Quinientos cuarenta y un días de libertad asistida especial con programa de reinserción social por la participación que le ha cabido en calidad de autor del delito de abuso sexual en grado de consumado en la persona del menor de iniciales ZZZ, previsto y sancionado en el artículo 142 N° 2 del Código Penal, cometido en Quillota.

2.- Que las penas se cumplirán empezando por la más grave, esto es, por la pena de 5 años y 1 día de internación de régimen cerrado con programa de reinserción social y a continuación las penas de libertad asistida especial con programa de reinserción social.

3.- Que, atendida la facultad que le confiere al tribunal el artículo 47 del Código Procesal Penal y atendido lo dispuesto en el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, **se exime** al sentenciado de la condena en costas, por estar representado por la Defensoría Penal Pública y además, privado de libertad.”

Qué pasó con él:

Respecto de este joven nunca se le pudo comprobar la inimputabilidad (déficit intelectual) y rotulado desde su ingreso por la tipología del delito (sexual). Además, no hay una oferta de trabajo técnico enfocado en delitos sexuales de jóvenes privados de libertad, ya que el programa para agresores sexuales menores de edad (Trafun) es sólo para inimputables. Todo lo anterior, produjo la excesiva privación de libertad de un joven que, atendida su especial condición de salud, pudo haber sido conminado en un recinto de salud que “atacase” esa dificultad, con el fin de, cumplida la pena, poder resocializarlo de manera

efectiva. Asimismo, la nula intervención en el aspecto sexual, no generó en él un aprendizaje efectivo del “mal causado” intentando prever futuros hechos similares. Finalmente, la sola participación de un menor de edad en hechos con connotación sexual debe alertar al interviniente en la posible vulneración grave en los derechos del mismo, pudiendo intentar el inicio de una causa proteccional en su favor en sede de familia, buscando reparación o tratamiento. Nada de eso ocurrió.

2.- Hipótesis:

“**Hecho uno:** Un día de 2009, aproximadamente a las 22:40 horas, al interior del paseo Wheelwright, a 20 metros de un kiosco de color rojo ubicado en el acceso del paseo por el nudo barón, los tres acusados abordaron a los afectados, y mientras XXX y **RICHARD** los intimidaron con armas blancas, un tercero vigiló y dio protección a ambos imputados. De esta forma, se apropiaron de 01 teléfono celular de propiedad de uno de los afectados y obligaron al otro a entregar la suma de \$1.000, dándose a la fuga del lugar.

Hecho dos: El mismo día, aproximadamente a las 23:45 horas, el imputado **RICHARD** llegó hasta un servicentro de esta ciudad, lugar en el cual intimidó con un cuchillo metálico color negro de 22 centímetros aproximados de largo, a un funcionario del local, de quien obtuvo por esta vía la entrega de la suma de \$1.500, y un reloj pulsera, dándose a la fuga del lugar”.

Calificación Jurídica:

“En concepto del ente persecutor esos hechos son constitutivos de dos delitos de robo con intimidación, descritos y sancionados en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, figuras que se encuentran consumadas.”

Sentencia:

I.- Que, se **CONDENA** a los acusados **RICHARD** a la sanción de internación por el lapso de tres años en régimen cerrado con programa de reinserción social..., como autores del delito de **robo con intimidación**, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en grado de consumado, en perjuicio de 111 y 222, perpetrado en esta ciudad, un día de 2009.

II.-Que se **CONDENA** al acusado **RICHARD**, ca la sanción de internación por el lapso de dos años en régimen semi-cerrado con programa de reinserción social como autor del delito de **robo con intimidación**, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en grado de consumado, en perjuicio del funcionario de un servicentro,

perpetrado un día de 2009. Esta sanción deberá cumplirse a continuación de la impuesta en el n°I, precedente.

III.- Que, atendido lo previsto en el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales en relación al artículo 593 del mismo texto legal, atendido a que los acusados se encuentran en internación provisoria y en prisión preventiva respectivamente, no se les condena en costas.”

Qué pasó con él:

Este joven presento siempre problemas de consumo de drogas, de modo tal que si se hubiera hecho un peritaje NEUROLÓGICO y no psiquiátrico quizás se hubiera comprobado un daño orgánico cerebral y como consecuencia una posible imputabilidad.

De todas maneras el tema de la red de salud mental pesó en este tema, ya que igualmente no hay centros especializados para recibir a tal perfil de jóvenes. Este solo antecedente permite concluir que, atendida la carencia de redes de apoyo específicas que “ataque” el problema de raíz que padece el joven (consumo abusivo de drogas) su reinserción familiar fue nula y la posibilidad de evitar su reincidencia más aún, toda vez que dicho consumo, sin tratamiento, lo acompañará incluso fuera del recinto carcelario. Por ello se hace patente la estigmatización que él viviría y vivió al egresar; joven delincuente y drogadicto. Posibilidades de estudios y/o trabajo le fueron cerradas.

3.- Hipótesis:

“Que los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura del juicio oral -y que el ministerio público ratificó en sus alegatos de apertura y clausura-, consisten en que un día del año 2008, aproximadamente a las 23.30 horas, el acusado **HUGO** junto a otro sujeto, se dirigió e ingresó al inmueble ubicado en Viña del Mar, habitado por la víctima , quien se encontraba bajo los efectos del alcohol, y en forma intencionada, golpeó a la víctima con un elemento contundente, provocándole lesiones, entre ellas un traumatismo craneo cerebral izquierdo, lesión necesariamente mortal, para luego ocasionar un incendio en el interior del inmueble. A consecuencia de la acción desplegada por los acusado (sic), la víctima falleció en ese mismo lugar y fue encontrado carbonizado una vez extinguido el incendio y el inmueble que le servía de morada fue destruido en su totalidad por la acción del fuego.”

Calificación Jurídica:

“Los hechos descritos, a juicio de la fiscalía, son constitutivos de los delitos de Homicidio Calificado, prescrito y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia 1° y 4° del Código Penal; y del delito de incendio del artículo 475 N° 1 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado. Igualmente, a juicio de la f

fiscalía, al imputado HUGO le ha correspondido, según lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, la calidad de AUTOR de los delitos materia de la acusación, toda vez que han (sic) tenido participación inmediata y directa en los hechos objeto de la acusación. “

Sentencia:

“I.- Que **SE CONDENA** a **HUGO** ya individualizado, a las siguientes penas:

a) **SEIS AÑOS DE INTERNACIÓN EN RÉGIMEN CERRADO CON PROGRAMA DE REINSERCIÓN SOCIAL**, como autor del delito de incendio del inmueble, en grado de consumado, y perpetrado en esta ciudad, aproximadamente a las 23,30 horas de un día de 2008.

b) **TRES AÑOS Y UN DÍA DE INTERNACIÓN EN RÉGIMEN CERRADO CON PROGRAMA DE REINSERCIÓN SOCIAL** como autor de homicidio simple en la persona del occiso, en grado de consumado y perpetrado en esta ciudad, aproximadamente a las 23,30 horas de otro día de 2008.

c) Atendida la condición de menor de edad a la fecha de los hechos de **HUGO**, no se le condena en costas.

Qué pasó con él:

La inimputabilidad nunca se pudo comprobar, no obstante haber sido alegada por su defensa. Este joven desarrolló Esquizofrenia estando privado de libertad, por lo que estuvo aproximadamente 11 meses en Putaendo. Posteriormente vuelve a Lihuén y, por ser mayor de edad, es trasladado a la Sección Juvenil del Complejo Penitenciario Valparaíso, con el pretexto de que allá era factible el tratamiento psiquiátrico y que el joven estaría en Unidad Psiquiátrica del recinto. Esto no se cumplió ya que dicha unidad no era implementada aún. La Ley 20.084 señala como causal de traslado a la Sección Juvenil de un joven mayor de edad, la agresión física o sexual de personas al interior del Centro, por lo que dicho traslado fue muy irregular. No existió intervención socioeducativa y su reinserción efectiva o exitosa se frustró.

Los ejemplos antes ilustrados permiten ver que estos jóvenes han recibido una condena por un hecho ilícito cometido siendo menores de edad. Su “tratamiento

diferenciado”, como elemento exigible al hablar de delincuencia juvenil, sólo estuvo dado por la sujeción en su juzgamiento a la ley especializada (Ley 20.084). Sin embargo no les fue aplicado un plan individual de trabajo que abarcara todas las aristas de sus diversas problemáticas, lo que hace imposible su reeducación exitosa. Asimismo al menos uno de ellos terminó cumpliendo su pena en recinto para adultos, por haber cumplido su mayoría de edad. En estos recintos carcelarios, como es de conocimiento público, no existen planes de apoyo individual que permitan al recluso una mejora en su calidad de vida. Así, los jóvenes cuya historia fue expuesta no vieron satisfechos sus derechos a desarrollo y supervivencia, como lo exige la CDN. En efecto, su reeducación y resocialización fueron nulas, sus problemáticas no sólo se mantuvieron, sino que se potenciaron, todo lo que impidió que, al salir, contaran con elementos que les permitieran reinsertarse en la sociedad. El paso a una reincidencia es mínimo.

** La Ley 20.084 contiene un listado de penas aplicables a menores de edad en infracción de ley. El objetivo de dichas penas es la sanción y, con ello, procurar la reeducación del joven con miras a una exitosa reinserción social. Lo anterior debe verse conectado y ser conteste con las demás normas que regulan la situación de los menores de edad, dentro de las cuales está la CDN. Este texto contempla, entre otras exigencias, la obligación que el Estado firmante procure la supervivencia y el desarrollo del NNA.

Por todo lo dicho, sólo es posible afirmar que, si las sanciones que se le imponen al joven infractor se vieran acompañadas de un proceso efectivo de reeducación, el objetivo de la Ley 20.084 se vería satisfecho y el tratamiento dado el infractor estaría acorde a la CDN. De lo contrario, se trataría de textos que comparten intenciones comunes, pero no los mismos fines.

Una de las ideas que la doctrina ha acuñado respecto del tratamiento diferenciado necesario que debe darse al joven infractor en relación con el delincuente común es la del derecho penal mínimo, lo que ya vimos nuestra legislación no satisface.⁴⁰ Lo anterior no sólo por no limitar el catálogo de conductas a sancionar, sino porque se contempla la medida de privación de libertad no de manera excepcional.

En efecto, la regla 13 de Beijing establece que *“la privación de libertad se aplicará como último recurso y durante el plazo más breve posible”*, debiendo adoptarse otras

⁴⁰ Villegas Díaz, Mirna. (España): “Juventud, pobreza y marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales”, Cillero, Miguel (Chile, 2002): “Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia penal de menores en Chile: evaluación y perspectivas” y Horvitz, María Inés. (Chile, 2008): “Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable

medidas antes que ella. Consecuente con ello, la regla 17, letra c) señala que dicha sanción se impondrá *“sólo en el caso que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometes otros delitos graves”*. En iguales términos el artículo 37 de la CDN, en su letra b) obliga que aplicar la privación de libertad como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.⁴¹ Finalmente el artículo 40 de la CDN exige que, no obstante tratarse de un joven que haya sido condenado por infringir leyes penales, deberá ser tratado acorde con el respeto y fomento de su dignidad, *“considerando su edad y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”*.

No obstante ello, el artículo 18 de la Ley 20.084 señala que el límite máximo de la privación de libertad estará dado por la edad del joven. Así, su internación en régimen cerrado y semi-cerrado no podrá exceder de cinco años, si el joven tiene menos de 16 años, o de diez años, si tuviere más edad. Por ende, de ello se concluye⁴² que no hay alternativa o sanción sustituta de la privación de libertad para casos de penas de más de 5 años, no obstante no ser delitos graves, contrariando las normas internacionales aludidas más arriba.

Asimismo el artículo 40.4 de la CDN exige que el Estado deba disponer de una serie de medidas, todas las que no implican privación de libertad, como alternativas a la internación del joven, procurando así su bienestar. Pero estas medidas⁴³ sólo se contemplan para delitos menores o de menor gravedad, no pudiendo sustituirse con ellos la privación de libertad como única medida; ni siquiera como ultima ratio.

En la práctica los ejemplos de vulneración de derechos graves a las que los menores de edad infractores y sancionados a privación de libertad se ven expuestos son muchos: Nos encontramos con que a los jóvenes que pudiesen optar por *estudios universitarios* -ya que al interior de los centros se les prepara para rendir la PSU al estar cursando 4º medio- no les es posible acceder a la universidad. Resulta que la Ley 20.084 no contempla los beneficios carcelarios de los adultos para poder salir a clases. Los beneficios de los jóvenes se remiten a salida esporádica, salida diaria y luego pueden optar a fin de semana, pero nada más. De

⁴¹ En iguales términos la Regla 2 de las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

⁴² Como lo hicieron una serie de parlamentarios, quienes alegaron la ilegalidad de la Ley 20.084, dado que no presenta alternativa alguna a la privación de libertad para casos de condenas de más de 5 años, no obstante no tratarse de delitos graves, sino por la acumulación de penas menores por concurso real, por ejemplo. Requerimiento extraído de Cortés Morales, Julio (Chile, 2006): “A cien años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención de Derechos del Niño: el desafío pendiente”. Justicia y derechos del niño, N° 8, Unicef 2006, página 198.

⁴³ Por ejemplo libertad asistida, programas de enseñanza y formación profesional (contenidas en los programas de reinserción social) se contemplan sólo para ilícitos menores

hecho, de los jóvenes que han rendido la PSU y obtuvieron buenos resultados, quedando incluso seleccionados en el Universidad, no han podido asistir, cercenando toda idea de resocialización y mejora en sus condiciones originales de vida.⁴⁴

Otra situación gravísima está dada por la vulneración del *derecho al acceso a la salud*. En efecto se da que en la Ley 20.084 se asume que todos los centros cuentan con una “clínica de corta estadía” para aquellos jóvenes que precisen tratamiento de drogas en fase de desintoxicación y síndrome de abstinencia o, también, para aquellos que se encuentren en riesgo vital. Sin embargo esto no es así y la mayoría de los centros no cuentan con este dispositivo. Un caso con consecuencias letales, en gran parte ocasionada por este vacío, fue la muerte por ahorcamiento de una joven llamada Priscilla el día 2 de diciembre de 2008 al interior del CIP CRC Limache. La joven era consumidora de pasta base y al ingresar al Centro (como imputada) presentaba síndrome de abstinencia severo. Fue derivada al Hospital José Horwitz Barack de Santiago, el cual cuenta con una Unidad de desintoxicación para infractores de ley (LRPA). Sin embargo los cupos son limitados y se derivan jóvenes de distintas partes del país, por lo que la lista de espera es enorme. Por otra parte, el dispositivo ambulatorio para tratamiento de drogas dependiente de CONACE que entrega ese servicio en el CIP CRC Limache, rechazó la derivación de la niña por encontrarse con síndrome de abstinencia. No reciben tampoco jóvenes con crisis por descompensación psiquiátrica ni riesgo vital. En general, se puede decir que por todos estos motivos y algunos otros (como recursos e infraestructura), es que no se ha dado cumplimiento al convenio inicial entre Minsal, Conace y Sename. Valga mencionar a este respecto que se encuentra en marcha la Comisión Intersectorial, que ha encontrado serias deficiencias en los diversos centros, como fuera expuesto en capítulos anteriores de este trabajo.⁴⁵

Otro ejemplo concreto fue el que sirvió de fundamento a un recurso de protección cuya reinserción resultó nula.⁴⁶

⁴⁴ Esta situación se verifica cuando vemos jóvenes sometidos a privación de libertad y que, obteniendo buenos resultados en la PSU, han sido seleccionados para ingresar a la universidad, sin embargo no puede asistir ya que la ley no contempla ese beneficio.

⁴⁵ Datos obtenidos directamente por este tesista en centro Lihue de Limache.

⁴⁶ Al respecto expongo información de prensa sobre el tema: (ver <http://www.elmostrador.cl/ahora/2010/04/29/presentan-recurso-de-proteccion-en-favor-de-45-menores-privados-de-libertad/>)

Finalmente y en cuanto al mentado "*programa de reinserción social*" que acompaña la condena privativa de libertad, se podría decir que no es factible asegurar la reinserción de los jóvenes, debido a las siguientes situaciones:

- No existen los convenios con instituciones públicas y privadas que favorezcan la reinserción de los jóvenes.
- No hay convenios vigentes con empresas.
- No están los gatillos administrativos para generar esta gestión intersectorial, al no existir los cargos para realizar estas funciones.
- Todo lo anteriormente expuesto.

También me gustaría agregar la *sanción de régimen semi-cerrado*, la cual también incluye "programa de reinserción social" sin embargo pareciera que sólo extrapolaron la reclusión nocturna de los adultos y la incluyeron en la LRPA. Se debe recordar que el único Centro Semi-cerrado (CSC) de la V Región se encuentra en Limache. Entonces: ¿Podría cumplir con esta sanción un joven de San Antonio, o San Felipe? En mi opinión, sería más factible que estos jóvenes asistieran a un lugar durante el día, a capacitarse, a estudiar, a talleres, a terapia y que fuese cerca de la ciudad donde reside su familia. Así, podrían pernoctar en sus respectivos hogares. Pero no; la sanción es ir a dormir al Centro Lihuen de Limache. Con ello, considero, se perjudica la reinserción y además dificulta el cumplimiento de la sanción por la distancia que implica el traslado. De hecho este incumplimiento genera "quebrantamiento" el cual es sancionado con distintos periodos privativos de libertad, que van desde 5 a 90 días y, peor aún, si vuelve a quebrantar se expone a que se le sustituya toda la condena de régimen semi-cerrado por uno cerrado.

IV.3. Grado de coherencia entre ambas normas.

El Comité de los derechos del niño, en su sesiones 44, realizadas entre el 15 de enero y 2 de febrero de 2007, indicó:

“El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6)

Este derecho intrínseco a todo niño debe servir de guía e inspirar a los Estados Partes para elaborar políticas y programas nacionales eficaces de prevención de la delincuencia juvenil, pues huelga decir que la delincuencia tiene un efecto muy negativo en el desarrollo del niño. Además, este derecho básico debe traducirse en una política que afronte la delincuencia juvenil de manera que propicie el desarrollo del niño. La pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación están expresamente prohibidas

en virtud del apartado a) del artículo 37 de la Convención. El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad. A este respecto, el apartado b) del artículo 37 estipula expresamente que la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo”.

El mismo documento sigue señalando que:

“Como se ha señalado más arriba, una política de justicia de menores que no vaya acompañada de un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia juvenil comporta graves limitaciones. Los Estados Partes deben incorporar en su política nacional general de justicia de menores las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990. El Comité apoya plenamente las Directrices de Riad y conviene en que debe prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de todos los niños, en particular en el marco de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Esto significa, entre otras cosas, que en los programas de prevención debe otorgarse atención prioritaria a la prestación de apoyo a las familias más vulnerables, a la enseñanza de los valores básicos en las escuelas (en particular, la facilitación de información sobre los derechos y los deberes de los niños y los padres reconocidos por la ley) y la prestación de un cuidado y atención especiales a los jóvenes que están en situación de riesgo. A este respecto, también debe concederse atención especial a los niños que abandonan los estudios o que no completan su educación. Se recomienda utilizar el apoyo de grupos de jóvenes que se encuentren en condiciones similares y una activa participación de los padres. Los Estados Partes también deberán establecer servicios y programas de carácter comunitario que respondan a las necesidades, problemas, intereses e inquietudes especiales de los niños, en particular de los que tienen continuos conflictos con la justicia, y que ofrezcan asesoramiento y orientación adecuados a sus familias”.

Nada de eso ocurre en nuestro país, como ya hemos podido advertir.

En efecto y del análisis hasta este momento hecho, considerando los ejemplos expuestos, estoy en condiciones de decir que:

- La delincuencia juvenil no debe ser tratada de igual forma que la común. Debería ser considerada más que un fenómeno criminal como una problemática social que

tiene como eje la vida de un ser en formación (aunque incluso algunos como Juan Bustos van más allá y plantean una despenalización), carente crítico.

- Dicha diferenciación o “trato diferenciado” deberá estar dado por la aplicación de un derecho penal mínimo, contemplando medias extrajudiciales y excluyendo una seria de conductas que, de cometerlas un adulto serían condenadas, tipificando respecto del NNA sólo una parte de aquellas que contempla en derecho penal común.
- Además, la sanción de privación de libertad debiese contemplarse como última opción y por el menor tiempo posible.
- A dicha privación de libertad debe ser añadido un programa cuyo objetivo concreto sea el de la reeducación del infractor con miras a su reinserción social, programa constantemente revisado al punto que pueda alterarse la privación de libertad en aquel momento en que se constate la obtención del fin expuesto.
- En Chile, la ley 20.084 no restringe el catálogo de tipos penales a castigar cuando fueren cometidos por menores de edad. Además, el listado de sanciones contempladas en el artículo 6 de la Ley 20.084 contempla la privación de libertad, con límites basados en la edad del joven y no en la naturaleza del hecho.
- Asimismo, Chile no contiene medidas alternativas a la privación de libertad, que satisfagan las exigencias contenidas en tratados internacionales, que pretendan hacer real la obligación de ser ésta una sanción de *ultima ratio*. La inclusión sin mayores límites de la privación de libertad y la obligación (sin alternativas) de imponerla en determinados casos, hace que se vulneren derechos del NNA.
- Esta vulneración se ve ratificada en la práctica cuando se puede observar que el Estado de Chile no tiene programas de intervención suficientes en número ni en calidad en relación con las variadas necesidades del infractor; como vimos no existen suficiente sistema de salud, educación, tratamiento en contexto de delitos sexuales, droga, etc, observaciones ya plasmadas en documentos del ejecutivo.

IV.4. Conclusiones finales.

El presente trabajo tuvo por intención analizar críticamente la relación consecuente, si la hay, entre dos normas legales. En efecto, los artículos 6 de la CDN y de la Ley de RPA distan mucho de ser textos contestes uno del otro y, si bien hay entre ellos mensajes y lugares comunes, nuestra ley interna queda sólo en una declaración de principios sin verse totalmente plasmada en la vida real.

A mayor abundamiento, aunque mi primera impresión al iniciar el estudio de los diversos textos que sirvieron de fuente a este trabajo, era la que existía una aparente “antinomía normativa” es decir, una clara incongruencia, a lo largo de este trabajo he intentado demostrar que ello no es tal. En efecto, el discurso y mensaje que precede ambas normas es el mismo; a saber, lograr con las sanciones a aplicar la resocialización del joven infractor.

Sin embargo, la incongruencia ha quedado en evidencia cuando se analiza el catálogo de sanciones contempladas en la norma legal citada a la luz de principios doctrinarios que tratan la delincuencia juvenil. Ha quedado demostrado que Chile pretende darle un trato diferenciado el joven infractor, tratamiento que sólo se restringe a la dictación de la ley especial que regula la materia. No obstante dicha diferenciación se diluye cuando, de inmediato, hace aplicable el Código Penal de forma supletoria y no limita los hechos punibles a castigar. Más aún, cuando la sanción impuesta al joven infractor conforme el artículo 6 de la Ley 20.084 es aplicada en la realidad. Para llegar a tal afirmación, debemos recordar que en las primeras páginas de este trabajo hemos podido advertir que la CDN se transforma en el producto de un arduo y extenso menester en pos de lograr el reconocimiento de la existencia de derechos de un niño, mirado éste como un sujeto de derechos, un actor más del proceso. Su desarrollo y supervivencia “en el máximo posible” le están prometidos y garantizados en el texto legal. (artículo 6 CDN). Ello implicará que todo Estado deberá elaborar políticas y programas nacionales eficaces de prevención de la delincuencia juvenil que permitan a este joven su desarrollo.

Lo anterior en caso alguno pretende concluir que este joven en desarrollo debe quedar ajeno a una sanción en el evento que infrinja una norma social, distanciándonos de posturas radicales ya expuestas que promueven la despenalización de la delincuencia juvenil. No obstante ello, al contemplar este castigo no deberán perderse de vista sus diferencias esenciales con un adulto que radican en que, al tratarse de un sujeto en formación, no podremos efectuarle un juicio de reproche al nivel de un adulto que delinque, pues de éste se puede sostener firmemente que se partirá del supuesto que entiende el ilícito y decide cometerlo, no así del joven infractor. Estas consideraciones especiales hacen que

su trato penal deba también ser especial; no puede aplicarse a su respecto el mismo sistema penal ordinario, pues los sujetos a sancionar son, en esencia, diferentes.

De ello, sigo, la delincuencia juvenil debe ser mirada y tratada de modo especializado en relación con el derecho penal común. Ello implica, como ha establecido la doctrina mayoritaria, entender que no todos los casos deberán ser judicializados y que las sanciones no debiesen contemplar privaciones de libertad (o al menos por corto tiempo), estatuyéndose como principio inspirador el del derecho penal mínimo para el adolescente, traducido en una reducción de hipótesis a castigar y una enunciación y ejecución de penas distintas a las contempladas para adultos.

Chile cuenta con una legislación llamada “especial” en la materia que sanciona *todas* las infracciones cometidas por menores de edad. De ello se rompe con la primera exigencia doctrinaria, en cuanto a que no todas las conductas deberán ser judicializadas, Nuestra legislación tampoco contiene otra salida que la “vía tribunal”. Por otro lado, su “especialidad” está dada por la teórica diferencia de trato al joven en relación con el adulto infractor. El artículo 6 de la Ley 20.084 contiene las sanciones a aplicar, que van desde amonestaciones verbales hasta la privación de libertad. En esencia, las sanciones son las mismas que las contenidas en el derecho penal ordinario y no hay una eliminación de ilícitos a castigar: ¿Hay especialidad, entonces? Como fuera expuesto por organismos técnicos en la materia, las condiciones de vida de un joven en un recinto carcelario no distan mucho de aquellas vividas por un adulto. Incluso en algunos casos son peores. Esto contraría claramente el principio básico del artículo legal, en cuanto a que la sanción deberá procurar la reeducación del joven y su pronta reinserción social y familiar. Y para finalizar, el mismo texto legal de la Ley 20.084 se reconduce al Código Penal en su aplicación. Por ende, si la naturaleza de las penas aplicadas acá son las mismas que las contempladas para un adulto, si para su ejecución se reconducen al sistema ordinario, si no hay menos ilícitos a castigar, si no existe una salida que no sea la judicial, si el joven infractor privado de libertad no cuenta con planes individuales de trabajo que lo capaciten o “reformen”, la resocialización de éste es sólo una quimera imposible de alcanzar. *Por ello la Ley 20.084 no garantiza la supervivencia y desarrollo del joven infractor de ley.*

Afirmo lo anterior, pues hemos podido constatar que no sólo desde una mirada de la “técnica psico-socio-jurídica”, sino también de la práctica, las discrepancias son notorias. Estamos en condiciones de afirmar *que no hay en Chile una correcta implementación de instituciones que permitan sostener que la CDN se aplica a cabalidad.* Y esto va más allá de una simple constatación; ello implica una denuncia de un actuar negligente desde el punto de vista de las garantías de un NNA en conflicto con la ley penal.

He querido, conscientemente, alejarme de la metáfora (a esta altura) de aquello que “de la actuación de un niño responde el Estado”, pues nuestro país “dice” preocuparse de la resocialización de un joven infractor de ley, pero escasas son las medidas tendientes a ello. La CDN no se aplica en un contexto penal ni por algunos jueces, ni por los órganos administrativos pertinentes, porque a veces incluso no los hay.

Con todo lo dicho concluyo firmemente que el sistema penal juvenil proclamado en la Ley 20.084 se presenta como “especial” para NNA, pero termina no siéndolo, producto de aplicar sanciones penales, como privación de libertad, sin detenerse en su carácter restringido o limitado, ni menos breve. Asimismo, no otorga garantías suficientes de cumplimiento de los programas de reinserción o resocialización del joven, los que a veces ni siquiera existen, lo que implica no sólo que éste soporte la consecuencia jurídica al igual que un adulto, sino que aquella consecuencia repercutirá en su propia vida futura, impidiéndole su completo desarrollo. Por otro lado y haciendo más las palabras de la profesora Villegas Díaz, sostengo que el sistema penal no evita el delito ni lo previene, sino sólo administra sus consecuencias. Por ende, aparece claro que la solución a la delincuencia juvenil no está en el aumento de sanciones, *sino en su trato realmente diferenciado o especial y la construcción de políticas públicas de peso para la infancia y adolescencia, que permitan garantizar el cumplimiento y satisfacción integral de sus derechos*, reflejo básico del principio del interés superior del niño, que ilumina la Convención sobre los derechos del niño, norma que Ley 20.084 termina por no respetar.

Termino, entonces, sosteniendo que en esta tesis he podido concluir que “en aspecto” ambas normas comparadas no son, jurídicamente hablando, incompatibles, pues tienen el mismo discurso inspirador. Pero el tratamiento que la ley chilena le da al joven infractor, trato que es sólo en apariencia diferenciado al de un adulto, lo que se evidencia aún más en la ejecución de la pena impuesta, no permite su desarrollo y supervivencia en el grado máximo que exige la CDN. La CDN exige el desarrollo y supervivencia, entre otros derechos, del NNA, aún del infractor penal. Ambos no se respetan con el sistema penal juvenil chileno. Desde ahí, Chile no cumple con la exigencia básica de readecuar la normativa interna al Tratado internacional que suscribió y ratificó años atrás.

BIBLIOGRAFIA

Textos legales:

Constitución Política de la República de Chile.

Ley 19.968.

Ley 20.084 y su Reglamento.

Reglas de Beijing, 1985. ONU.

Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores de edad sujetos a privación de libertad, 1990. ONU.

Historia de la Ley 20.084. Documento interno Congreso Nacional de Chile. Actas de la comisión.

Textos doctrinales:

Blanco, Javiera. (Chile, 2010) Conceptos 18: Violencia y delincuencia juvenil: desafíos en relación con los programas y respuestas del sistema. Estudios Paz ciudadana. Ver <http://www.pazciudadana.cl/publs.php?show=CAT&idCat=26&view=A>

Bustos, Andrea (Chile, 2009): "Chile y los derechos del niño". Documento interno Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, año 2010. Disponible en <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/chile-derechos-del-nino>.

Bustos, Juan (Chile, 1992): "Un derecho penal del menor". Edit. Conosur. Biblioteca Universidad de Chile, Santiago, 1992. Acápíte: Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social.

Bustos, Juan (Chile 1992): “Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: Por un derecho penal de menores”. Edit. Jurídica Conosur. Santiago 1992.

Cillero, Miguel (Chile-a): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”. Disponible en http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

Cillero, Miguel: “Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los derechos del niño”. Disponible en <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/miguel-cillero-brunol1.pdf>

Cillero, Miguel (Chile, 2002c): “Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia penal de menores en Chile: evaluación y perspectivas”. Revista de Derechos del niño, N° 1, año 2002. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

Cortés Morales, Julio (Chile, 2006): “A cien años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención de Derechos del Niño: el desafío pendiente”. Justicia y derechos del niño, N° 8, Unicef 2006.

Couso, Jaime. (Chile, 1999a) “Infancia, ley y democracia en América latina, Acápite: Más acá del interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?”. Biblioteca Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

Couso, Jaime. (Chile, 2008b). "La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084". Documento de trabajo número 12 de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública. Biblioteca particular.

Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, Parte general, 2005. Santiago de Chile.

"Derecho de Familia. Tercera Parte: Derecho de menores. Delitos contra la familia". Edit Metropolitana. Chile, 2010.

Dwiggin, Kate (Estados Unidos, 1892): "Children's rights". Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Fernández Chinchilla, Marcela. (Costa Rica, 2011): "Política Institucional para el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes". Revisar http://www.alatinoamericana-naf.com/index.php?option=com_content&view=article&id=347:politica-institucional-para-el-acceso-a-la-justicia-de-ninos-ninas-y-adolescentes&catid=65:novedades&Itemid=69

Galain Palermo, Pablo. (Uruguay, 2011): "Menores infractores en Uruguay: un problema sin solución. Ver <http://www.elmostrador.cl/opinion/2011/03/20/menores-infractores-en-uruguay-un-problema-sin-solucion-a-largo-plazo/>

Guajardo, Alejandro. Informe de Encargado área alcohol y drogas, Unidad salud mental, Departamento de diseño y operación de redes, División de gestión y redes asistenciales, Subsecretaría de redes asistenciales. Chile,



Febrero de 2007. Disponible en http://www.ssvdivia.cl/responsabilidad_penal/Orientaciones_Ley20.pdf

Horvitz, María Inés. (Chile, 2008): “Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable”. Documento interno Defensoría Penal Pública.

Key, Ellen. “El siglo de los niños” (Estados Unidos, 2003). Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

“Ley de Responsabilidad penal juvenil. Legislación e historia del establecimiento de la Ley”. Santiago de Chile. Editorial Punto Lex. Departamento de estudios jurídicos Punto Lex, 2007.

López Lara, Manuel. “De la historia, evolución y desarrollo del sistema de responsabilidad penal adolescente y la dogmática del interés superior del niño. Análisis de la Ley 20.084”. Disponible en http://www.lexweb.cl/media/users/10/523213/files/49917/An_lisis_ley_20.084.pdf

Muñoz, Damián. (Argentina, 2007): “El monitoreo de la privación de libertad de niñas, niños y adolescentes: La experiencia de la Defensoría General de la nación Argentina”. Ver <http://justiciapenaladolescente8.blogspot.com/2010/02/revista-justicia-y-derechos-del-nino-de.html#!/2010/02/revista-justicia-y-derechos-del-nino-de.html>

Muñoz Galloso, Lisandra. Los adolescentes y nuevo sistema de justicia juvenil, a un año de su implementación. (Chile, 2008).

Rusconi, Maximiliano. (Argentina, 2008): “Algunas observaciones sobre el futuro de la dogmática jurídico penal y el sistema del hecho punible”.

Vallés, Jules (Francia, 1879): “El Niño”. Editorial ACVF. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Villegas Díaz, Mirna. (España, 2008): “Juventud, pobreza y marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales”. Disponible en www.cienciaspenales.net.

Artículos:

Balance del Primer año de funcionamiento de la Ley 20.084 de Responsabilidad penal adolescente. Ministerio de Justicia y SENAME. Junio 2008, Chile.

Boletín estadístico de la Ley de Responsabilidad penal juvenil. Ministerio Público, 2008, Santiago.

“Chile y los derechos del niño”. Biblioteca Congreso Nacional (Chile, 2010). Ver en <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/chile-derechos-del-nino>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la situación de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en los

países del Mercosur, presentado en audiencia regional ante la CIDH. Ver www.crin.org/docs/Audiencia_justicia_juvenil.doc

Comité de los Derechos del Niño, "Observación General 10: Justicia Juvenil, Ginebra 2007. Disponible en http://old.redlamyc.info/Seguim_Convenc_Derech_ninio/Comite%20derechos%20del%20ninio/44_periodo_de_sesiones.htm

Comité de los derechos del niño, 44º período de sesiones. Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007. Biblioteca Universidad de Chile. Santiago.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. ONU, 1990.

Evaluación 2008, Informe especial XIX, Instituto Libertad, 2008, Santiago.

Evaluación de las características delictivas de menores infractores de la comunidad de Madrid y su influencia en la planificación del tratamiento. José Luis Graña Gómez, Vicente Garrido Genovés, Luis González Cieza (España 2007).

Fundación Paz ciudadana. (Chile, 2010) Construcción de indicadores de reinserción social de adolescentes infractores de la ley penal: informe final. Ver <http://www.pazciudadana.cl/publs.php?show=CAT&idCat=26&view=A>

Informe N° 677, Asuntos públicos, 2008. Disponible en <http://www.ced.cl/ap/wp-content/uploads/2008/12/677.pdf>

Justicia y derechos del niño. Unicef, 2008. Ver <http://www.unicef.org/argentina/spanish/JUSTICIA2005.pdf>

Ley 26.061 de protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Argentina, Octubre 2005. Disponible en <http://www.entrieros.gov.ar/CGE/2010/especial/files/2011/02/Ley-de-Educaci%C3%B3n-Nacional-N%C2%B0-26061-Protecci%C3%B3n-Integral-de-los-Derechos-de-Ni%C3%B1as-Ni%C3%B1os-y-Adolescentes.pdf>

Pontificia Universidad Católica de Chile. (Chile, 2010): “3 años de vigencia. Ley de Responsabilidad penal del adolescente”. Biblioteca de esa misma casa de estudios y ver en http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/349/INFORME%20%20anos%20RPA.pdf

Santibáñez, María Elena. Alarcón, Claudia. (Chile, 2009): “Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de responsabilidad penal juvenil y propuestas de mejoramiento”. Documento interno Pontificia Universidad Católica de Chile. Ver en <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/media/publicaciones/pdf/20100921131210.pdf>

Sanzana Estay. (Chile, 2007): “Análisis comparativo de las medidas privativas de libertad que afectan a menores de edad en la legislación vigente y las contenidas en la Ley de responsabilidad penal juvenil. Memoria de tesis. Biblioteca Universidad de Chile. Santiago.

Sename, Cartas programáticas años 2009, 2010 y 2011. Ver página web www.sename.cl

Unicef. (Chile, 2008). "Principales nudos problemáticos de los centros privativos de libertad para adolescentes y secciones penales juveniles". Disponible en http://www.paicabi.cl/documentos/informe_unicef.pdf

Unicef. (Chile, 2008). El marco de los derechos humanos.

Apuntes de clases Derecho Penal, profesor José Luis Guzmán Dálbora, Magister en derecho Universidad de Valparaíso, primera versión, año 2010.



00160582



MAG
P981a
2012
2012

CB 00160582

RU 90624

AUTOR Pulgar Bravo, Felipe

TÍTULO Análisis comparativo de los artículos 6° de la convención ...

Fecha devol

Pulgar Bravo, Felipe
Análisis comparativo de los artículos
6° de la convención sobre los derechos
del niño y 6° de la ley 20.084 sobre
responsabilidad penal adolescente

CB 00160582