



Tesis de Licenciatura en Derecho:

***Contenido del Criterio de Idoneidad del artículo 24 letra F de la
Ley N°20.084***

¿Cómo se ha interpretado el criterio de idoneidad de la sanción enunciado en el artículo 24 letra F, por parte de los Tribunales de Justicia y los principales actores del sistema de Responsabilidad Penal Adolescente en la comuna de Valparaíso?

Autoras:

Camila Contreras Larenas.

Valentina Silva Berríos.

Profesora Guía:

Marcela Aedo Rivera.

Fecha

Enero 2019

Índice

Resumen	Página 4
Abstract	Página 4
Introducción	Página 5
Capítulo I: ¿Qué factores o elementos hacen que los niños, niñas y adolescentes tengan un derecho penal especial?.....	Página 6
Aportes desde la psicología	Página 6
Aportes desde la criminología	Página 8
Aportes desde la neurociencia	Página 11
Especialidad del derecho penal adolescente en la fase de ejecución	Página 12
Capítulo II: A la luz de la Normativa Internacional ¿Qué debiera entenderse por idoneidad de la sanción?.....	Página 13
Convención Internacional de Derechos del Niño	Página 13
Reglas de Tokio	Página 15
Reglas de Beijing	Página 18
Capítulo III: A la luz de la normativa nacional ¿Qué creemos que debiera entenderse como idoneidad de la sanción?.....	Página 22
Proyecto de ley y mensaje presidencial	Página 22
Cámara de Diputados	Página 25
El Senado	Página 27
El Reglamento	Página 29
Capítulo IV: Consideraciones sobre el criterio de idoneidad, aplicación práctica.....	Página 29

Conclusión.....	Página 33
Bibliografía.....	Página 34
Anexo.....	Página 36
Abreviaturas.....	Página 58

Resumen

En este trabajo se analiza doctrina, instrumentos internacionales, historia de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, comprendiendo su discusión parlamentaria y la ley misma y su respectivo Reglamento para poder determinar el objeto de idoneidad de la sanción desde una mirada preventivo especial mencionado en el artículo 24 letra F. Dicho termino, idoneidad no logra ser definido por ninguno de los documentos señalados, considerando por parte de estas investigadoras una vulneración al principio de tipicidad, y por sobre todo el gran espacio de discrecionalidad entregada a los jueces que muchas veces terminaría por vulnerar a un sujeto en pleno desarrollo, por tal también buscamos responder qué es idoneidad para los principales operadores jurídicos.

Palabras Clave: Idoneidad – Sanción – Adolescentes – Contenido

Abstract

This paper analyzes doctrine, international instruments, history of the Adolescent Criminal Responsibility Law, including its parliamentary discussion and the law itself and its respective Regulations to be able to determine the suitability of the sanction from a special preventive perspective mentioned in the article 24 letter F. That term, suitability can not be defined by any of the aforementioned documents, considering by these investigators a violation of the principle of typicity, and above all the large space of discretion given to the judges that would often end up violate a subject in full development, so we also seek to answer what is appropriate for the main legal operators.

Key Words: Suitability – Sanction – Teenagers – Content

Introducción

Esta tesina se centra principalmente en determinar que corresponde a idoneidad de la sanción mencionada en el artículo 24 letra F de la Ley N°20.084, ya que no se encuentra definida en la ley, y es un criterio de aplicación de la sanción por parte de los jueces que la misma ley de un amplio espacio de discrecionalidad, por lo que es de relevancia absoluta al momento de determinación de la pena y el tipo de ésta. Esta circunstancia no es menos, puesto que el derecho penal de adolescente es un derecho especial, por las particulares características de los sujetos normativos, y la repercusión que una pena puede tener sobre éstos.

Es por lo anterior que partimos esta investigación con el afán último de poder determinar lo que es idóneo, no de forma genérica, sino que, para ciertos sujetos, para lo cual involucramos instrumentos internacionales como derecho nacional, dilucidando las verdaderas intenciones detrás de esta ley penal especial encomendada por un organismo internacional.

Capítulo I:

¿Qué factores o elementos hacen que los niños, niñas y adolescentes tengan un derecho penal especial?

Para iniciar el análisis de esta temática resulta necesario abordarlo desde una perspectiva de *lege ferenda*, para revisar cuáles son los factores que permiten sostener que el derecho penal adolescente, debe tener una vocación de especialidad. En este acápite intentaremos responder preguntas como ¿Qué hace a los adolescentes sujetos de un derecho penal especial? ¿existe algún fundamento teórico para sostener esta especialidad? ¿Qué ciencias nos permiten sostener esta necesidad de un derecho penal especial? ¿En qué materias del derecho penal y procesal penal se puede observar la diferencia?

Resulta evidente que la existencia del derecho penal adolescente es una cuestión que se encuentra generalmente asentada en ordenamientos de diversos Estados alrededor del mundo, pero la pregunta es ¿Por qué? tal como señala Couso esto tiene que ver esencialmente con que los delitos cometidos por un adolescente no pueden ser valorados con el mismo estándar que a un adulto, puesto que los adolescentes se encuentran en un menor grado de desarrollo, menor grado de madurez y cuentan con menos competencias sociales, esto en cuanto a la comisión de delitos. Por otro lado, al analizar la aplicación de sanciones a los menores de edad podemos advertir que éstos son mucho más vulnerables a los efectos negativos del proceso penal, pero por sobre todo se puede advertir un impacto negativo profundo en los casos en que se aplican penas privativas de libertad. (2012: pp. 274 – 280)

- **Aportes desde la psicología**

“El relativismo quizás represente un papel esencial en el razonamiento moral” (Papalia, Wendkos Olds, Duskin Feldman, 2009: pp. TF-3). Tal como lo indican los manuales de psicología del desarrollo, la adolescencia es un período en que no existe un estándar moral bien asentado, sino que muy por el contrario el adolescente se caracteriza por la flexibilidad moral. Esta característica sin duda resulta tremendamente relevante a la hora de analizar el fenómeno de la infracción de ley por parte de los adolescente, ya que al momento de representarse la posibilidad de delinquir y analizar los costos-beneficios, éstos no se ven tan influenciados por los estándares morales socialmente exigidos.

En el mismo contexto, un factor que también resulta característico de la adolescencia y que cumple una gran influencia es la rebeldía propia de este periodo del desarrollo, tal como lo indica Izco “La adolescencia (...) se suele señalar que se trata de un periodo de fuertes agitaciones emocionales que provocan una rebeldía sin justificación aparente” (2007: pp. 79), característica que facilita el acercamiento del joven a la conducta delictiva ya que ésta se presenta como una forma de contrariar lo socialmente establecido como correcto, así las cosas, podríamos decir que la infracción de ley en adolescentes opera de una forma simbólica como representación de la intención de contrariar lo establecido.

Otra cuestión que resulta muy característica de la adolescencia como período del desarrollo y puede llegar a ser muy influyente como factor en el desarrollo de conductas delictuales por adolescentes es la fuerte influencia que ejercen los pares sobre el individuo, entorno a esto Izco señala que “Las influencias del entorno socio cultural contribuyen, pues, a forjar una moral que, en general, se mueve en el terreno de la incertidumbre y la duda hasta el momento de su instauración definitiva”(2007:pp. 99), tal como lo señala esta autora y teniendo en cuenta lo que hemos expuesto anteriormente los estándares morales que se presentan en esta etapa del desarrollo son más bien flexibles y el cómo éstos se irán moviendo y hacia dónde se verá fuertemente influenciado por su entorno socio cultural. En este mismo sentido se puede advertir que “La influencia de los pares aumenta en la adolescencia a medida que los jóvenes buscan independizarse del control paterno. El deseo de los jóvenes por lograr la aprobación de sus pares y el temor al rechazo social afectan sus decisiones, incluso en ausencia de una coacción explícita. Los pares populares sirven como modelos para el comportamiento del adolescente” (Papalia et al., 2009: pp. 470)

Otro rasgo psicológico propio de la adolescencia y que también se plasma en la conducta infractora de ley por parte de los adolescentes es que su forma de actuar generalmente es en grupo, a propósito de este tema Papalia señala que “La influencia del grupo de pares alcanza su máximo durante la adolescencia temprana (...) Su autoimagen negativa evita que tengan éxito en la escuela o que desarrollen otros intereses constructivos, y por lo general se asocian con pares que refuerzan sus actitudes y conductas antisociales” (et al., 2009: pp. 539 - 540), a la luz de lo señalado por esta autora podemos notar que por una parte tenemos que la influencia de los pares resulta muy relevante durante la adolescencia y que a su vez los adolescentes con una autoimagen negativa tienden a acercarse a pares que promuevan las conductas violentas, siendo estas últimas

las que pueden llegar a ser constitutivas de delito. Sobre esta conducta ha existido una recepción en la aplicación del derecho a adolescentes, planteándose que la agravante de pluralidad de malhechores en la comisión de delitos no se les debe aplicar ya que la ejecución del hecho por una multiplicidad de sujetos no tiene como finalidad facilitar la comisión del delito, sino que responde a la forma propia de actuar durante la adolescencia.

Por último, tenemos que poner de manifiesto que una característica psicológica relevante en la comisión de delitos por parte de adolescentes es la falta de control de impulsos, sobre esto Papalia señala “¿Cuál es la razón por la que algunos jóvenes incurren en conductas destructivas de este tipo? Una respuesta se encuentra en la inmadurez del cerebro adolescente, en particular de la corteza prefrontal, que es esencial para el juicio y la supresión de impulsos.” (et al., 2009: pp. 540), lo que resulta un factor determinante en la comisión de delitos por parte de los adolescentes, ya que la comisión de delitos puede verse ejecutada como una conducta impulsiva sin que ésta pueda ser frenada, ya que carecen de un desarrollo pleno de la supresión de impulsos.

Desde la psicología resulta razonable, a partir de los antecedentes que esta ciencia nos entrega, la idea de que deba existir un derecho penal especial para los adolescentes, una normativa que se ajuste e incluya características como el relativismo moral, la rebeldía propia de la adolescencia, la fuerte influencia de los pares, la actuación en pandillas y la falta de control de impulsos como circunstancias ordinarias que no deben ser incluidas dentro de la ponderación a la hora de analizar la conducta, su antijuridicidad y culpabilidad de modo que jamás se pierda de vista que los adolescentes son sujetos con una estructura psíquica especial propia de un individuo en desarrollo. Por estos motivos es que resulta indiscutible que desde la perspectiva de la psicología los adolescentes se encuentran en una situación especial la cual requiere estándares de juzgamiento especializados que se ajusten a los presupuestos de comportamiento de los adolescentes y que a la vez no pierdan de vista las necesidades especiales que éstos puedan llegar a tener en la aplicación de sanciones de modo que éstas no se tornen perjudiciales para su normal desarrollo.

- **Aportes desde la criminología**

En primer lugar resulta útil contar con una idea de cómo es entendido el fenómeno delictual desde una perspectiva sociológica, así Nieto indica “Sociológicamente consideramos que desde el punto de vista social el factor desencadenante de la conducta delictiva se encuentra en la misma sociedad y se podría decir que el delincuente es quien lleva a cabo actos que causan

daño o perjudican a los demás bien sea moralmente, de forma física, material, a sí mismo o a los intereses morales y materiales de la sociedad.” (2010: pp. 39).

Siguiendo a Couso los grandes fundamentos que se extraen desde la criminología para sostener la especialidad del derecho penal adolescente son: la normalidad, carácter episódico y remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad de niños y adolescentes, el riesgo criminógeno de la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad adolescente, el efecto desocializador y criminógeno de las penas privativas de libertad de adolescentes, la mayor eficacia preventivo especial de intervenciones especializadas, multidimensionales y breves, fuera del ámbito de la justicia, con compromiso activo del adolescente (2012: pp. 280 – 285)

Así, tenemos como primer fundamento la normalidad, el carácter episódico y la remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad de niños y adolescentes, este punto se refiere fundamentalmente a que el desarrollo de conductas delictuales por parte de adolescentes es una cuestión propia del período de desarrollo en el que se encuentran tal como ya lo hemos mencionado en este trabajo, sin embargo, sobre este punto resulta muy ilustrativo el estudio sobre criminalidad juvenil realizado por catedráticos de la Universidad de Münster y de la Universidad de Bielfeld en que mediante un método de estudio longitudinal de la conducta delictual de menores edad se verifica que “... en Duisburg un 84% de los chicos y un 69% de las chicas informaban haber cometido un delito al menos entre los 13 y los 18 años de edad” (Boers, Reinecke, Bentrup, Kanz, Kunadt, Mariotti, Pöge, Pollich, Seddig, Walburg, Witten, 2013: pp. 309), cuestión que deja de manifiesto que la conducta delictual durante la adolescencia es bastante habitual sobre el carácter episódico de la criminalidad adolescente Cano señala : “... para la gran mayoría de los jóvenes un episodio en cierta medida puntual en su desarrollo vital y social hacia la edad adulta” (2006: pp. 32), de esto podemos desprender que la conducta delictual durante la adolescencia además de ser habitual es propia de este periodo del desarrollo y no debe ser considerado como el inicio de una conducta que perdurará en el tiempo. Por su parte la remisión espontánea de la conducta delictual por parte de los adolescentes se relaciona con que “Con el tiempo, los autores de estos delitos suelen cesar en su actividad delictiva, sin que en muchos casos ni siquiera tenga lugar una respuesta formal por parte de la policía o de las instancias judiciales” (Cano, et al 2011:pp. 164) , esta característica va de la mano con el carácter episódico ya que al tratarse de una conducta habitual y propia de una etapa del desarrollo de la

personalidad, una vez superada la etapa también se supera la conducta sin que resulte necesaria en todos los casos una intervención por parte de la institucionalidad.

Luego, otro fundamento que nos entrega la criminología y que sustenta la necesidad de un derecho penal especial para los adolescentes, sobre todo en su fase de ejecución es el efecto desocializador y criminógeno de las penas privativas de libertad de adolescentes, esto se comprueba con las cifras entregadas por el Ministerio de Justicia en que se verifica que “en términos generales, las sanciones privativas de libertad son las modalidades que presentan las más altas tasas de reincidencia durante el periodo de tiempo observado.” (Sename, 2015: pp. 21), por lo tanto, tal como lo recomiendan diversos instrumentos internacionales las medidas privativas de libertad deben ser reservadas para los casos más graves y sean la sanción más idónea para el infractor, pues estas tienen un efecto criminógeno importante en los adolescentes.

Por otro lado, un argumento fuerte desde la criminología es el riesgo criminógeno de la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad adolescente, sobre esto Couso señala “...la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad de los adolescentes está asociada al riesgo de reproducir la criminalidad, por el efecto estigmatizante que tendría la identificación de una persona joven con el rol social de delincuente” (2012: pp. 282), esto se encuentra estrechamente relacionado con la teoría del etiquetamiento las que “... sugieren que el individuo una vez que ha interiorizado los valores antisociales adquiere la etiqueta de delincuente o criminal, estatus que funciona como refuerzo y retroalimenta su propia delincuencia” (Barragán, 2018: pp. 84), atendiendo a esto sería tremendamente perjudicial para los adolescentes integrarlos a un sistema en que se les categoriza como delincuentes pues esto promueve en ellos que se identifiquen con esta etiqueta y se comporten de acuerdo a ella.

Un último argumento importante que propone la criminología para sustentar la necesidad de un derecho penal especial para los adolescentes es la mayor eficacia preventivo especial de intervenciones especializadas, multidimensionales y breves, fuera del ámbito de justicia, con compromiso activo del adolescente, sobre este punto Couso señala “La justicia de menores fracasó en su afán educativo y (re)socializador. Ello fue evidente respecto de sus instrumentos más característicos: los centros de internamiento correccional o de rehabilitación” (2005: pp. 58), tal como lo indica el autor el sistema de internación ha fracasado ampliamente

como método de sanción con pretensiones de resocialización y educación en casos de menores infractores de ley, desde esa perspectiva es que resulta necesario buscar otros métodos no necesariamente privativos de libertad o incluso fuera del propio sistema de justicia replanteándose de esta manera la función que tendría la pena en los casos de infracción de ley por menores de edad.

“Una estrategia alternativa fue la diversión, esto es, la despenalización, evitando que los menores entraran al circuito judicial (donde entran en contacto con un conjunto de prácticas desocializadoras y estigmatizantes, como la detención policial, los interrogatorios, las audiencias, los centros de diagnóstico y las correccionales), y manteniéndolos, en cambio, en sus familias y escuelas, y derivándolos en ciertos casos, a servicios sociales que les presten asistencia en sus familias y comunidades (...) Este uso despenalizador de la justicia de menores no implica necesariamente una renuncia a la idea de (re)socialización, sino más bien una apuesta a que esta se logre fuera de la justicia, en la familia, la comunidad y los servicios sociales regulares; el objetivo (re)socializador de la justicia juvenil no se lograría fundamentalmente por medio de lo que la justicia de menores hace, sino al contrario, gracias a los que deja de hacer, o más exactamente, merced a que este sistema de justicia cuenta con instituciones (procesales) que permiten sacar del circuito judicial a un buen número de casos, o evitar que entren en ella, permaneciendo en un espacio más adecuado para socializarse” (Couso, 2005: pp.58), a la luz de lo propuesto por el autor resulta claro que la forma idónea de afrontar el problema de la infracción de ley por parte de menores de edad sería atendiendo a un criterio de prevención especial positiva, esto es, que se busque por sobre todo prevenir el delito atendiendo especialmente al sujeto que lo comete y promoviendo un proceso socializador óptimo aún cuando esto puede significar el no incorporarlos al circuito del sistema de justicia, ya que su entrada en este ambiente tiene un efecto perjudicial en su normal desarrollo.

- **Aportes desde la neurociencia**

Por su parte desde la neurociencia existen datos empíricos que permiten verificar lo sostenido por la psicología y la criminología, en este sentido se verifica que “(...) durante la adolescencia el cerebro no se encuentra completamente desarrollado, siendo una de las últimas áreas en madurar de forma completa el lóbulo frontal, especialmente el córtex prefrontal (CPF), una de las regiones claves en la regulación de actividades como la toma de decisiones, la

planificación, o el control de los impulsos, alcanzando su plena maduración alrededor de los 25 años. (...) También se encuentra en desarrollo el sistema límbico, responsable del procesamiento y el control de las emociones e impulsos por lo que los adolescentes experimentan mayores cambios de humor y adoptan comportamientos mas impulsivos que los adultos.” (Sánchez, 2017: 209 – 210), por lo tanto, la necesidad de un derecho penal especial para los adolescentes no solo se sustenta en constructos sociales, sino que también cuenta con una base científica y empírica que nos permite sostener una vez más que los menores infractores de ley se encuentran en una situación especial que los hace necesitar de una normativa especial para su adecuado juzgamiento.

- **La especialidad del derecho penal adolescente en la fase de ejecución**

Como hemos revisado, resulta evidente a la luz de diversas disciplinas que existen múltiples motivos para sustentar la especialidad del derecho penal adolescente. Sin embargo, en este trabajo nos enfocaremos particularmente en lo que ocurre en la fase de ejecución del derecho penal de los adolescentes, buscando desentrañar el significado de idoneidad contenido en el artículo 24 letra f de la Ley N°20.084 pues tal como hemos mencionado las sanciones deben ser determinadas y aplicadas atendiendo a las especiales características de los sujetos de este derecho.

Sin duda alguna la especialidad del derecho penal adolescente se debe extender a lo largo de todo el procedimiento, diríamos con especial énfasis en la fase de ejecución puesto que es en esta etapa del proceso es donde se pueden llegar a causar mayores perjuicios al normal desarrollo del individuo, así, es que resulta importante contar con una perspectiva de prevención especial positiva del delito teniendo como principales objetivos la resocialización, educación y normal desarrollo del individuo desechando de esta manera la perspectiva de la prevención general negativa y el fin retributivo de la pena, esto en armonía con la especiales características del sujeto sometido a esta normativa.

Capítulo II:

A la luz de la Normativa Internacional

¿Qué debiera entenderse por idoneidad de la sanción?

- **Convención sobre los Derechos del Niño.**

Para comenzar a dar una respuesta a lo que debiera entenderse por idoneidad de la sanción a la luz del derecho internacional comenzaremos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, desde ahora, Convención, resulta ineludible mencionar elementos que permiten llegar a una conclusión, ya que la Convención no lo señala de forma explícita. Aclarado esto, y como primer elemento relevante a mencionar es que: "... la aceptación de la Convención por parte de un número tan elevado de países – entre ellos Chile quien ratificó dicho instrumento en el año 1990 ha reforzado el reconocimiento de la dignidad humana fundamental de la infancia, así como la necesidad de garantizar su protección y desarrollo" (UNICEF, 2006 :p. 6). Lo que nos lleva a hablar de una protección integral de los derechos de niños y niñas – de acuerdo al artículo 1, todo ser humano menor de 18 años -, es decir, protección en todas las dimensiones de su vida y desarrollo. Más aún el artículo 3 de la Convención prescribe:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Relevancia primordial en la norma prescrita es la mención al interés superior del niño, ya que esta consideración deberá estar en todas las decisiones que lo afecten, es decir, corresponderá en todos los casos que la judicatura al momento de aplicar una sanción tener en sus lineamientos la satisfacción integral de todos los derechos del adolescente, al ser un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Es dable esta conclusión conforme a lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 del año 2013, que señala: “el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.” (Comité de los Derechos del Niño, 2013: p. 9)

Además, el interés superior del niño es una condición primordial a la que se atenderá, como la misma Observación General N°14 señala: “...el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar”. (Comité de los Derechos del Niño, 2013: p. 10)

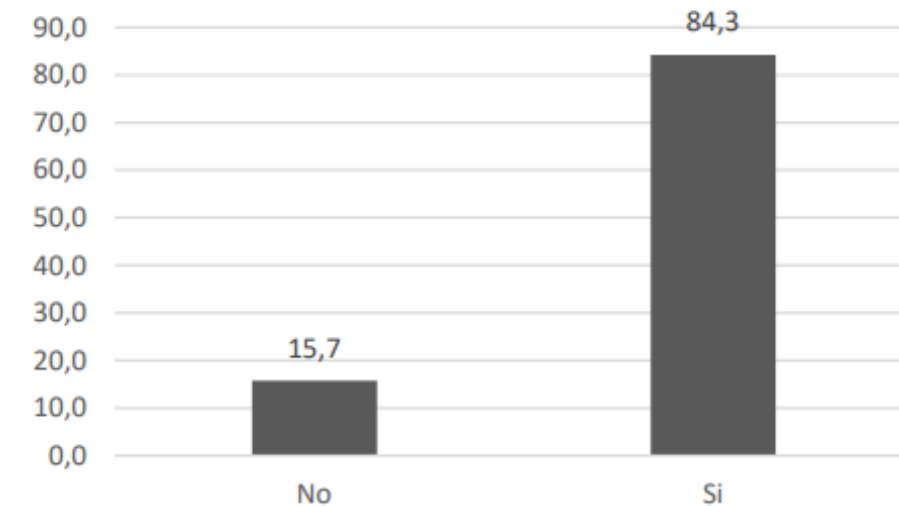
En razón de lo expuesto, la idoneidad de la sanción debe comprender el respeto a la dignidad, velar por la protección y desarrollo del adolescente en todo el desarrollo de aplicación y ejecución de la sanción. Teniendo como principio rector decisivo el interés superior del niño, para lo cual respecta la consideración de la situación particular de cada adolescente y sus necesidades personales.

Tratamiento de la idoneidad en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)

Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990

Estas reglas buscan la promoción de la aplicación de medidas no privativas de libertad, como la fomentación de una participación en la comunidad en la gestión de la justicia penal, como también fomentar en los delincuentes un sentido de responsabilidad hacia la sociedad. Mediante la aplicación de estas reglas los Estados Miembros deberán alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas, y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito, lo que a nosotras respecta por parte del Estado de Chile más bien un desequilibrio en que ha existido un merma significativa y progresiva respecto a los derechos de los adolescentes infractores de ley, apreciable en el Informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos “Misión Observación SENAME 2017: Respeto y Protección de Derechos” en su apartado número 4.6 “Violencia Institucionalizada” en que se señala: La observación llevada a cabo por el INDH, abordó preguntas para identificar y cuantificar los castigos y medidas disciplinarias a las que son sometidos niños y niñas en centros de protección de SENAME. Para recabar dicha información, es importante recalcar que los profesionales participantes de la misión de observación sostuvieron una conversación privada con cada niño, en la cual formularon preguntas abiertas respecto del trato recibido. Con posterioridad a ello, se formuló la siguiente pregunta: ¿te ha castigado el personal del centro? Para la construcción del índice de prevalencia, las respuestas fueron codificadas usando una escala dicotómica (i.e., si/no). De los 381 casos válidos para este ítem, 321 sujetos señalaron haber recibido algún tipo de castigo. Ello representa una prevalencia año igual al 84.3% (ver Figura 1). Dicho de otro modo, 8 de cada 10 niños en los centros de protección de SENAME reportó ser castigado por parte del personal, durante los últimos 12 meses. (INDH, 2017: p.10)

Figura 1. Prevalencia de castigo durante los doce últimos meses.



Fuente: Instrumento Individual INDH

***Porcentajes calculados sobre 321 casos de la muestra total.**

Además del aumento expansivo de personas privadas de libertad “las podemos hallar en dos tipos de causas que hemos denominado legales y político-sociales. La primera, está comprendida por un conjunto de leyes que han producido un doble efecto: por una parte, contribuir al ingreso de un mayor número de personas a prisión y, por otra, favorecer el cumplimiento de penas privativas de libertad más largas en su duración. Podrían ser prueba de aquello, la modificación que desde la década de los cincuenta vienen recibiendo los delitos contra la propiedad, los que sin duda alguna cuentan con mayor representación en la distribución de la geografía carcelaria (más del 50% de la población penal). (Salinero, 2012: pp.116 – 117)

“La segunda causa, esto es, las político-sociales que incidirían en el incremento penitenciario, las que por lo demás entendemos como intrínsecas a este complejo problema y quizás le acompañen en el devenir de los próximos años, pudiesen estar relacionadas con la tesis del finés Lappi-Seppala, el que esgrime que las políticas de castigo y las altas tasas de encarcelamiento que de ellas provienen, estarían relacionadas con tres factores: bienestar social, igualdad y punitividad; confianza de los ciudadanos entre ellos y respecto de las autoridades, los miedos individuales y las demandas de control social, y la cultura política en conflicto frente a los consensos.” (Salinero, 2012: p.117)

Como se señala dentro de los Objetivos Fundamentales 1.5: Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente. Si bien es cierto que el Estado Chileno contempla en su ordenamiento medidas no privativas de libertad el alcance de éstas respecto de personas condenadas alcanza solo a un 44,06%, de acuerdo a Estadísticas y Publicaciones del sitio web oficial Gendarmería Chile, cifras al 30 de noviembre del año 2018, pero más allá de lo anterior ¿por qué razón este instrumento internacional focaliza su atención en la evitación de medidas privativas de libertad? Sin ir más lejos las cárceles chilenas presentan una serie de características y procedimientos que estructuran un régimen que viola sistemáticamente los derechos básicos de las personas que están en prisión, construyendo un contexto de vida que enajena y aísla a los internos de la realidad social que se da fuera de la cárcel. Nuestro sistema penitenciario iría en el sentido contrario al desarrollo democrático en el cual Chile se ha destacado, puesto que transgrede día a día los principios internacionales sobre el respeto de la dignidad e integridad de las personas. De todas las intervenciones estatales en el ámbito de la libertad del individuo, la pena representa la medida más grave y, por ello, también la más problemática. A menudo, su imposición significa un menoscabo total de interés por la libertad del autor penal a favor del interés de seguridad de la generalidad.” (Vial, Mora, Sadá, Padilla y Encina, 2011: p.11).

De especial relevancia nos parece la participación en la sociedad por parte del adolescente, puesto que el mismo instrumento internacional señala respecto a la participación de la sociedad en su punto 17. 1: constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sometidos a medidas no privativas de libertad y sus familias y la comunidad (...) La participación de la sociedad será considerada una oportunidad para que los miembros de la comunidad contribuyan a su protección.

Tratamiento de la idoneidad de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)

**Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de
1985**

El principal objetivo de acuerdo a las Reglas de Beijing es como se muestra en orientaciones fundamentales 1.2:...crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y de educación lo más exento del delito y delincuencia posible. Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad. De manifiesto se hace presente el proclive comportamiento del adolescente al delito por parte de este organismo internacional, lo que ya explicamos en el Capítulo I de este trabajo, como también se hace presente al igual que en las Reglas de Tokio, la importancia de medidas que involucren a la sociedad en el tratamiento del delito, lo que para nosotras no es más que la evitación de medidas privativas de libertad para cualquier delincuente y aún más respecto de un adolescente en consideración a su desarrollo personal y educativo eludiendo entonces la aplicación de una ley penal invasiva que puede mermar el bienestar de un adolescente con mayores consecuencias que bajo mismas circunstancias se podrían ocasionar en un adulto.

Los principales objetivos de la justicia de menores para este órgano internacional son dos:

- 1) Fomentar el bienestar del menor.
- 2) Principio de proporcionalidad, el cual respecto de los adolescentes no solo deberá mirarse la gravedad del delito por parte del sentenciador, sino que también las circunstancias personales, entendiéndose por tal su situación familiar, y otros factores que intervengan en las circunstancias personales.

Y además de los anteriores criterios siguiendo a Raúl Núñez y Jaime Vera consideramos del todo relevante que “el Estado en su triple posición dentro del proceso penal (como Estado adjudicador - a través del juez del Poder Judicial - como Estado persecutor - por medio del Ministerio Público - y como Estado defensor - a través de la Defensoría Penal Pública-) debe actuar sujeto a una racionalidad encaminada al entendimiento, de modo que el castigo que pueda resultar del enjuiciamiento sea visto como legítimo por los sujetos deliberativos que forman parte del sistema social (o sea que tenga una dimensión de legitimidad y no sea pura facticidad) (...) en efecto lo que se trata de “explicar o hacer comprender” es la razón de un acto de poder que afecta a derechos, es lo que confiere la necesidad de dar cuenta de su sentido una particular significación político jurídica, con relevancia en el plano de la legitimidad (...) La obligatoriedad de motivar, en tanto garantía constitucional, representa un principio jurídico político de controlabilidad generalizado y difuso ya que en un Estado democrático la soberanía reside en el pueblo (...) y a través de la motivación los órganos de adjudicación rinden cuentas de sus decisiones a la fuente de la cual deriva su investidura” (2010: pp. 170 -172)

Además, resulta muy relevante la revisión de los informes sobre investigaciones sociales a los que se hace referencia en este instrumento internacional el cual señala en el punto 16.1: Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito (...) los informes preparados sobre la base de investigaciones de carácter social (informes sociales o informes previos a la sentencia) constituyen una ayuda indispensable en la mayoría de los procesos incoados a menos delincuentes. La autoridad competente debe estar informada de los antecedentes sociales y familiares del menor, su trayectoria escolar, sus experiencias educativas, etc. Cuyo fin a nuestro alcance responde a la aplicación de una sanción idónea en que solo se mire al adolescente como infractor de ley respecto de su hecho delictual, sino que además toda su esfera personal y solo así poder hacer uso de una prevención especial positiva con una efectiva rehabilitación de este humano en desarrollo.

Dentro de los principios rectores que debe contener la sentencia para la Asamblea General, involucra la proporción entre la gravedad del delito y las necesidades del adolescente, dejando las restricciones de libertad a un uso mínimo y tras un cuidadoso estudio, excluyéndola

solo para actos de violencia contra otra persona o por reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada en que sea primordial el bienestar del menor. Lo que contrasta enormemente con la Ley de Responsabilidad Adolescente puesto que en su artículo 23 señala: Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.” Es decir, la ley limita al hecho punitivo la aplicación de la pena, mirando solamente la gravedad del hecho, y no las consideraciones personales del infractor de ley.

Por otro lado, en atención a medidas resolutorias por parte del instrumento internacional se señalan para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios:

- 1) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión
- 2) Libertad vigilada
- 3) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad
- 4) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones
- 5) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento
- 6) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas
- 7) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos

Y en todos los casos ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.

Mientras que la Ley de Responsabilidad Adolescente solo contempla:

- a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
- b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social;
- c) Libertad asistida especial;

- d) Libertad asistida;
- e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad;
- f) Reparación del daño causado;
- g) Multa, y
- h) Amonestación.

Y como penas accesorias:

- a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados,
- b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias.

Como se puede apreciar existe una gran diferencia entre lo recomendado por las reglas de Beijing y lo dispuesto en la ley 20.084 lo que se podría considerar como una falta de instrucción legislativa respecto a la recomendación de evitar las medidas privativas de libertad y por tal una falta de promoción a la rehabilitación del adolescente en sociedad. Además se debe considerar que en general las infracciones de ley cometidas por menores son, en general, delitos de menor identidad tal como lo indica el Boletín Estadístico del Ministerio Público que abarca de enero a octubre del año 2018, en el que se informa que la mayor cantidad de infracciones que cometen adolescentes en la Región de Valparaíso corresponde a faltas, equivalente a un 20.10%, luego siguen hurtos con un 13.22% y solamente un 11.72% comete delitos contra la libertad e intimidad de las personas. Sin embargo, de acuerdo al mismo informe a pesar de ser en su gran mayoría delitos de baja connotación social solo un 3.31% considera como salida judicial un acuerdo reparatorio. (2018: p. 52)

Capítulo III:

A la luz de la normativa nacional ¿Qué creemos que debiera entenderse como idoneidad de la sanción?

En primer lugar, es importante señalar que atendiendo a los argumentos entregados por la doctrina y en consideración a la normativa internacional, resulta evidente la necesidad de una normativa de derecho penal especializado que regule la infracción de ley por parte de menores de edad.

Sin embargo, también es importante tener en cuenta que dicha normativa se debe circunscribir dentro de ciertos estándares transversalmente aceptados por la comunidad internacional. En este mismo sentido el mensaje del proyecto de la Ley N°20.084 señala: "...esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos" (Mensaje de la Ley 20.084), por lo tanto, no se debe perder de vista que esta normativa debe ajustarse a los estándares establecidos por la Convención, siendo esta uno de sus límites.

Aclarado esto, desarrollaremos un análisis a la normativa nacional iniciando con la revisión de todo el trámite legislativo que atravesó este proyecto para llegar al texto que hoy conocemos y posteriormente revisaremos el reglamento de la propia Ley N°20.084.

1. Proyecto de ley y mensaje presidencial.

Comenzaremos este análisis señalando que el proyecto de la actual Ley N°20.084 fue presentado por el ex Presidente Ricardo Lagos Escobar el 2 de Agosto de 2002 indicando que el proyecto se encontraba "...dentro de un conjunto integrado de reformas que comprenden las nuevas normativas sobre tribunales de familia, el régimen de protección del niño y del adolescente, las modificaciones a la ley orgánica del Servicio Nacional de Menores y el sistema de financiamiento de la red cooperadora de dicho servicio, todo ello orientado a reformular las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia..."(Mensaje de la Ley 20.084) ya que existía un desajuste entre la normativa interna y los tratados internacionales suscritos por Chile que tenían por objeto proteger el adecuado desarrollo de los menores de edad, refiriéndose

principalmente a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en adelante Convención.

“Las más recientes tendencias y recomendaciones de organizaciones internacionales señalan que para prevenir el aumento de la delincuencia de los adolescentes es conveniente combinar un sistema que responsabilice a los adolescentes por los actos delictivos a través de sanciones adecuadas y proporcionales a los hechos y un amplio marco de políticas sociales que impida toda confusión entre protección de derechos y sanción de actos delictivos.” (Mensaje de la Ley 20.084). De esta manera, se establece en el mensaje del proyecto de ley que se tenía la pretensión de responsabilizar a los adolescentes, pero al mismo tiempo que las sanciones se adecuen a los derechos de estos últimos, cuestión con la que por supuesto estamos en total acuerdo pues esto se condice plenamente con el criterio de especialidad que sustenta esta rama del derecho penal.

Sin embargo, solo hace falta continuar leyendo el mensaje para advertir que este proyecto no solo busca ajustarse a las garantías establecidas en la Convención, las cuales tienen como objetivo resguardar el adecuado desarrollo de los menores de edad, sino que también este proyecto les otorga a las sanciones un fin retributivo cuestión que es totalmente contraria a la finalidad de prevención especial positiva que debería caracterizar a estas normas. Esto lo advertimos en aquella parte en que señala: “De este sistema, esperamos recibir un tratamiento más justo, pero no por ello menos severo que, en base a un concepto de responsabilidad, permita una mejor solución de los conflictos penales cometidos por adolescentes” (Mensaje de la Ley 20.084)

Para concluir el examen al mensaje del proyecto de ley revisaremos aquella parte que es el objeto de nuestra investigación, con esto nos referimos a las normas sobre idoneidad de la sanción que se debe aplicar, en este sentido resulta importante mencionar que en su redacción original el proyecto contiene una norma relativa a la determinación de la pena que, si bien se ajusta al concepto de idoneidad de la sanción atendiendo al sujeto, resulta ser una temática abordada en términos muy sencillos y poco detallados en comparación a la norma que se encuentra vigente en la actualidad. Así la única norma sobre de determinación de la pena que encontramos en el proyecto de ley es la siguiente:

“Artículo 20.- Determinación de la pena. Para determinar las sanciones, así como para fijar su extensión temporal o cuantía, el juez deberá considerar:

1. El número de infracciones cometidas;
2. La edad del adolescente infractor; y
3. La proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la o las infracciones cometidas y la severidad de la sanción.

Para evaluar la gravedad de la infracción, el tribunal deberá determinar, en primer lugar, si ésta corresponde a una infracción de las que señala el artículo 6 de esta ley. Además, el tribunal deberá considerar:

- a) La naturaleza y extensión de las penas asignadas por la legislación penal al hecho constitutivo de la infracción;
- b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
- c) La concurrencia de circunstancias que, conforme a la legislación penal, den lugar a la formación de delitos calificados, agravados o especiales, en relación a la infracción a la ley penal que se le imputa; y
- d) La concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, previstas en la legislación penal, con excepción de las contenidas en los números 14 a 16 del artículo 12 del Código Penal, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 79 de la presente ley.

Para determinar la sanción aplicable a un adolescente por la comisión de más de una infracción, el juez deberá considerar en su conjunto la naturaleza y características de la totalidad de las infracciones cometidas, de acuerdo a lo previsto en los números 1, 2 y 3 del presente artículo.

En caso alguno podrá imponerse una sanción separada para cada infracción, debiendo darse aplicación a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.” (Biblioteca, 2005, p. 11)

Tal como se puede apreciar esta única norma de determinación de la pena, le da un tratamiento mucho menos detallado que la normativa con la que contamos actualmente en que tenemos el artículo 21 sobre las reglas de determinación de la pena, el artículo 23 sobre las reglas de determinación de la naturaleza de la pena y el artículo 24 sobre los criterios de determinación de la pena.

2. Cámara de Diputados

El proyecto analizado fue presentado ante la Cámara de Diputados en donde se origina una extensa discusión en la cual se pueden advertir formas muy diversas de abordar el tema.

Destacamos en un sentido positivo lo expresado por la diputada Pía Guzmán quien indica la pretensión de avanzar hacia una justicia restaurativa cuando señala “El siguiente aspecto positivo, que considero realmente indispensable, tiene que ver con que avancemos hacia una justicia restaurativa, es decir, que restaure el daño causado. La justicia actual es retributiva, esto es, si se comete un daño, se paga por él.”(Biblioteca, 2005, p. 137), esto es tremendamente importante en dos sentidos, en primer lugar y tal como se ha señalado en el Capítulo I la finalidad de la pena en el ámbito de menores infractores de ley debe ser esencialmente una finalidad de prevención especial positiva lo que se opone a la finalidad retributiva de la pena tal como lo señala la diputada. En segundo lugar, como hemos mencionado anteriormente y siguiendo a Couso resulta indispensable extraer, en aquellas situaciones en que sea posible, a los menores infractores de ley del sistema de justicia pues esto suscita un etiquetamiento por parte de la sociedad hacia el menor y, además, el menor comienza a identificarse como perteneciente a un mundo delictual. Así y siguiendo lo que propone la diputada Guzmán en que resulta tremendamente adecuado medidas como el plan piloto de mediación penal juvenil implementando actualmente en la región de Valparaíso (Corporación, 2018, p. 33).

Sin embargo, también podemos advertir posturas totalmente opuestas como la del diputado Nicolás Monckeberg quien señala “Con respecto a las penas privativas de libertad, quiero hacer una breve reflexión adicional. Me parece que la extrema excepcionalidad de la reclusión también debe ser revisada por el Senado, ya que ni siquiera podríamos decir con certeza que ésta se aplicará en casos de reincidencia en delincuencia juvenil, lo que, obviamente, crea una sensación más de inseguridad.” (Biblioteca, 2005, p. 157). En la intervención del

diputado Monckeberg podemos apreciar la idea de que las penas privativas de libertad han de ser la sanción por excelencia y que la no aplicación de estas crearía una sensación de inseguridad en la ciudadanía, sin embargo, lo que en este caso se está discutiendo es sobre una normativa que busca responsabilizar a los menores por las infracciones de ley que cometan y tal como lo hemos expuesto extensamente en el Capítulo I, la aplicación de penas privativas de libertad en menores de edad es muy poco recomendable pues afecta su normal desarrollo. En la misma línea de inobservancia a la especial atención y cuidado que requieren los menores de edad a quienes va destinada esta normativa Patricio Hales señala “Esta iniciativa surge no sólo por la injusticia que se comete hoy, sino también por otra razón: la convicción de que los jóvenes merecen ser castigados si cometen delito. De eso no tenemos duda. Lo que sí hemos alegado siempre es que merecen ser castigados de manera distinta” (Biblioteca, 2005, p. 167), si bien podemos advertir que el diputado Hales considera que debe existir un criterio de especialidad a la hora de sancionar a los menores infractores de ley, también expone como principal objetivo la aplicación de sanciones sin si quiera mencionar la función resocializadora que debe tener la pena en estos casos.

Concluiremos el análisis de esta etapa del trámite legislativo manifestando que resulta muy preocupante como incluso en la propia discusión legislativa se contribuye a la construcción del estereotipo del menor infractor de ley con dichos como los de la diputada Carolina Tohá quien afirma “Los jóvenes que delinquen son, casi en su totalidad, individuos dañados socialmente. Mientras quienes más temprano empiezan a delinquir los jóvenes, es más probable que en el futuro se conviertan en peligrosos delincuentes en el futuro, porque tendrán más años para aprender y desarrollar un tipo de personalidad propicia para cometer delitos graves.” (Biblioteca, 2005, p. 163), este tipo de aseveraciones contribuyen a construir un prejuicio que tal como hemos demostrado en el Capítulo I está muy lejano de la realidad puesto que la comisión de delitos durante la adolescencia es un fenómeno que se verifica de forma transversal en la sociedad y no solo en los sectores marginales, en el mismo sentido también hemos verificado que la comisión de delitos durante la adolescencia tampoco es un hecho que determine el inicio de una carrera delictual como lo señala la diputada Tohá.

3. El Senado

Luego en la discusión en el Senado podemos advertir una situación parecida a la de la Cámara de Diputados, sin embargo, logramos advertir que los puntos de mayor desencuentro son financiamiento y la reducción de la edad de imputabilidad.

Lamentablemente, se logra advertir la falta de instrucción legislativa en cuanto existen Senadores que desatienden totalmente la vocación de especialidad que tiene esta normativa ya que los sujetos destinatarios de la norma son personas en desarrollo, cuestión que jamás se debe perder de vista, se distingue por parte de estos Senadores la pretensión de que se aborde desde una lógica similar las infracciones de ley cometidas por menores y adultos, esta postura se ve muy bien ilustrada por los dichos del Senador Fernando Cordero quien indica “Dentro de los aspectos del proyecto que considero perfectibles, debo mencionar mi desacuerdo con el límite de cinco años de duración establecido para las penas privativas de libertad, pues pienso que, una vez que el sistema ha determinado cuándo el menor actuó a sabiendas y de modo consciente, no existe motivo para darle a priori un trato plenamente preferencial, sobre todo en el caso de los delitos graves. (...) Por desgracia -es así-, hay menores que son delincuentes. Y no veo por qué deba existir un límite en la duración de las sanciones, ni me parece que sea un motivo justo para no aplicar a aquéllos la agravante de responsabilidad cuando sean reincidentes. Es como presumir que todo delincuente juvenil será rehabilitado, lo que no es efectivo. Ojalá ello fuera posible, pero no lo es. Asimismo, me parece que los menores que delinquen, sobre todo a través de los ilícitos más graves, deberían quedar prontuariados, como cualquier delincuente común. Y, según he señalado, el haber delinquido con anterioridad debería operar como agravante, permitiendo en tales casos aumentar la pena. No puede ser que la lógica de la iniciativa legal en debate consista en estructurarla íntegramente sobre la base de considerar que el solo hecho de ser menor de edad es una atenuante por sí mismo.” (Biblioteca, 2005, pp. 326 – 327)

Sin embargo, lo relevante de esta etapa de tramitación del proyecto es que se comienza a analizar el criterio de idoneidad de la sanción, muestra de esto es la intervención del Senador Juan Antonio Coloma cuando señala “Nunca he pensado que se trata simplemente de enviar menores a la cárcel. Ésa no es la lógica. La lógica es dar la señal social de que quien comete un delito debe recibir una sanción, determinada según la edad, la historia de la persona, la potencial peligrosidad. Sin embargo, especialmente en relación con jóvenes, la idea debe ser la de

rehabilitar para que no se vuelva a delinquir. Ése es el sentido de la sanción, sobre todo en dicho segmento.” (Biblioteca, 2005, p. 325).

Luego, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se realiza un extenso y detallado análisis, se estudian normativas similares en el derecho comparado teniendo en consideración las normativas de España, Italia, Costa Rica, Uruguay, Colombia, Perú, El Salvador, México, Honduras, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Inglaterra y Alemania. (Biblioteca, 2005, p. 369 – 381). Dentro de lo que nos parece relevante de esta discusión, se presenta un acalorado debate sobre aquella norma que enuncia la finalidad de las sanciones, finalmente se decide reubicarla en el artículo 20 con su contenido definitivo que es: “Artículo 20.- Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.” (Biblioteca, 2005, p. 407). Y bueno y finalmente en esta comisión, atendiendo a la revisión del derecho comparado, la intervención de diversos actores sociales y el aporte de expertos en la materia es que la Comisión establece el texto definitivo del artículo 24, el cual queda redactado en los siguientes términos:

“Artículo 24.- Criterios de determinación de la pena. Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

- a) La gravedad del ilícito de que se trate;
- b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
- c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
- d) La edad del adolescente infractor;
- e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y
- f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social” (Biblioteca, 2005, p. 424)

De esta manera, hemos realizado un recorrido por todo el trámite legislativo que nos lleva a la norma que contiene el criterio de idoneidad de la sanción aplicable en el caso de infracción de ley por parte de menores de edad. Sin embargo, inmediatamente surge la duda ¿cual es el contenido de la idoneidad enunciada en esta norma? Al revisar la ley, no se logra advertir una definición legal de lo que se entiende por idoneidad, por lo tanto, resulta pertinente realizar una revisión al reglamento de esta ley para comprobar si podemos encontrar alguna respuesta ahí.

4. El Reglamento

Al revisar el reglamento que regula los aspectos mas detallados de la ley 20.084 nos encontramos en general con normas que establece determinados derechos para los adolescentes y que, en general, regulan de manera pormenorizada la forma en que se desarrollara el procedimiento y eventualmente la ejecución de las diversas sanciones contempladas por la ley.

Respecto al criterio de idoneidad, este no es mencionado en el cuerpo normativo y tampoco existen referencias explicitas a este.

De esta forma concluimos que al menos en los cuerpos normativos vigentes no se encuentra una definición sobre el criterio de idoneidad que debe ser ocupado para la determinación de las sanciones aplicables a los menores infractores de ley.

Capítulo IV:

Consideraciones sobre el criterio de idoneidad, aplicación práctica.

El artículo 24 letra F de la Ley N°20.084 establece que los jueces deben observar un criterio de idoneidad al momento de determinar la sanción aplicable, sin embargo, tal como hemos demostrado en el Capítulo III actualmente en nuestro ordenamiento no existe una definición clara del contenido del criterio de idoneidad.

Atendiendo a lo anterior es que nos parece pertinente formular una definición de este criterio, para ello tendremos en cuenta los principios establecidos en las normativas internacionales, nacionales y por supuesto, la doctrina.

Así, definiremos el criterio de idoneidad contenido en la ley N°20.084 como un estándar que debe observar el juez al momento de determinar la sanción aplicable al caso teniendo en cuenta las especiales características del individuo, esto es, su historia personal, fortaleza de los lazos parentales, nivel de escolarización, percepción del individuo respecto de la infracción cometida, infracciones de ley cometidas previamente, consumo de sustancias, contexto social en que se desarrolla, entidad de la infracción cometida y estado de salud mental. Sin perder de vista que la situación especial en la que se encuentran estos sujetos, procurando que la sanción no obstruya el normal desarrollo del individuo, sino que promueva su normal desarrollo y siempre respetado sus garantías fundamentales.

De esta forma podemos advertir cuatro grandes dimensiones dentro del criterio de idoneidad:

1. Subjetivación de la pena: La pena debe ser determinada atendiendo a las especiales circunstancias en las que se encuentra el individuo, pues la presencia o carencia de algunas circunstancias pueden ser factores muy relevantes al momento de determinar la sanción.
2. Aportar al normal desarrollo del individuo: En todos los casos la pena debe contribuir al normal desarrollo físico y psicológico del individuo, esto atendiendo a que los destinatarios de esta norma son adolescentes, sujetos que están en desarrollo y como también lo recomiendan los instrumentos internacionales ya revisados.
3. Especialidad: No se debe perder de vista que los adolescentes se encuentran en una situación especial, de manera que al momento de determinar la sanción no solo se deben observar sus circunstancias personales, sino que también se debe contemplar que son sujetos con características físicas y psicológicas distintas a las de los adultos. Esto se resume a que el impacto de la pena es mayor en un adolescente que en un adulto.
4. Respeto por las garantías fundamentales: Las sanciones en ningún caso deben pasar a llevar las garantías fundamentales de los menores de edad, por el contrario, deben contribuir siempre al desarrollo de éstas.

Contando con una definición del criterio de idoneidad pasaremos a revisar cual es el contenido que se le da a este criterio en la práctica y si es que coincide en algún punto con el concepto brindado en este trabajo, para esto hemos realizado entrevistas a la Defensora de Valparaíso Catherine Ríos y a la abogada asistente del Ministerio Público en Valparaíso, María José Lecaros.

Al comienzo de las entrevistas se les preguntó a ambas operadoras jurídicas cual creían que era el contenido del criterio de idoneidad consagrado en la Ley N° 20.084, sobre esto en general ambas concuerdan en que dicho criterio tiene que ver especialmente con las circunstancias especiales del menor al momento de la determinación de la pena, sobre esto Lecaros señala “...dice relación con buscar para cada uno de los imputados adolescentes en concreto una sanción que le permite un mejor o mayor nivel de responsabilización y resocialización. En ese contexto, entonces, es que quizás para una persona en concreto habiendo cometido el mismo delito que cometió otro adolescente su sanción puede ser distinta y eso dice relación con su historia personal y también con sus actuaciones en la esfera penal...” (Fiscal, 2019, p. 43), en el mismo sentido Ríos entiende que el contenido del criterio de idoneidad “...cuesta mucho asentar un criterio real. Yo creo que el criterio de idoneidad dice relación con el estudio de la situación personal del joven (...) Entonces hay que tener en consideración los factores personales, sociales, de arraigo, de apoyo con que cuenta el adolescente o con que no cuenta, para fijar la idoneidad de la sanción para cumplir esos fines...” (Defensora, 2019, p. 36). Así podemos advertir, que al menos, dentro de los operadores existiría un cierto acuerdo respecto al contenido del principio tanto desde la parte acusadora como defensora.

Sin embargo, al revisar jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso logramos advertir que la norma que contiene el criterio de idoneidad se enuncia, pero que no se explicita en el fallo como esta norma incide en lo resolutivo, así lo podemos observar en el fallo ROL 1803 – 2015 “Y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 21, 23 N° 5 y 24 de la Ley 20.084 y artículos 340, 342, 372, 373 letra b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara: I.- Que se condena ...”, se observa que las normas sobre determinación de la pena contenidas en el artículo 24 solo se enuncian sin que se haga el ejercicio de análisis y ajuste de la pena atendiendo al sujeto. Atendiendo a esto es que hemos decidido preguntarle a nuestras entrevistadas ¿Cómo se aplica el criterio en la práctica por los jueces? Sobre esto Ríos señala “Yo creo que en definitiva todos los criterios del artículo 24 se aplican de manera muy poco adecuada,

sin fundamentación y por lo tanto hay también una vía de recurso de nulidad que se abre para corregir pero lo que hacen los jueces en general es un enunciado del criterio (...) menciona los elementos que aparecen en el artículo 24 (...) pero no hay una cosa muy profunda, entonces realmente falta mucha fundamentación respecto del criterio de idoneidad sobre todo en los delitos menores, porque en los delitos menores se dicta la audiencia muy rápido entonces no hay tiempo para conocer al joven” (Defensora, 2019, p. 39), por su parte Lecaros muestra una percepción mas optimista de la situación asegurando que “... siempre y a pesar que se pueda en alguna medida contraponer con el espíritu de esta Ley N° 20.084 (...) todavía existe esa necesidad, y yo creo que es un punto muy razonable en los jueces, de ver si hay un entorno en las personas, si hay una familia comprometida o un adulto responsable comprometido y en ese sentido siempre (...) el ámbito familiar o si no son familia directa, el adulto responsable o el entorno en que el joven vive es muy determinante para los efectos de la sanción que se puede aplicar...” (Fiscal, 2019, p. 43).

De esta manera podemos advertir una primera problemática en la aplicación del criterio de idoneidad pues resulta difícil desentrañar cual es el contenido práctico que se le da a este criterio cuando en realidad solo se enuncia, pero no se explicita por parte de los tribunales qué es lo que están entendiendo por idoneidad. A pesar que “la garantía constitucional del debido proceso impone al órgano de adjudicación la obligación de motivar las sentencias (...) quedando cubierto por el deber de motivación el señalar la necesidad de expresar razones legales o doctrinales que sirven para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo” (Núñez, Vera, 2012, p. 179). Que para nosotras también involucra las circunstancias del adolescente.

Por último, quisimos verificar cual es la percepción de las operadoras jurídicas entrevistadas respecto a la idoneidad de las sanciones en la práctica, sobre esto hemos observado una opinión similar en cuanto a que estas en realidad no funcionan como deberían por problemas de índole práctico como la falta de tiempo y recursos.

Conclusión

En nuestro ordenamiento no existe una definición clara del contenido del criterio de idoneidad, por lo cual lo entenderemos como estándar, el cual debe involucrar las especiales características del individuo, no olvidar que se trata de un sujeto en desarrollo y por tal no extraerlo de la sociedad. Todo con el fin de promover el bienestar del adolescente, en sí, porque los niños, niñas y adolescentes tienen mayor dependencia, menor madurez y una posición jurídica que muchas veces carece de voz, es decir, se deberá atender además a su interés superior. Una prevención especial positiva en su máxima expresión. Como ya mencionamos, la idoneidad en cuatro dimensiones: subjetivización de la pena, aportar a su desarrollo individual, especialidad y siempre en respeto de las garantías fundamentales. “La particularidad de este criterio, radica en que a través de él se incorpora un elemento teologal al sistema, es decir, la orientación del proceso hacia los fines de la pena.” (Núñez y Vera: 2012, p. 195) y que para nosotras siempre tiene que ser una prevención especial positiva.

Bibliografía

- Barragán, Antonio (2018): “La carrera delictiva de un adolescente traficante de drogas de Sonora, México: Reflexiones desde la elección racional del crimen” en *Archivos de criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, N° 20, pp. 74 – 88.
- Biblioteca del Congreso Nacional (2005): Historia de la Ley N° 20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescente por infracciones a la Ley penal. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5762/>
- Boers, Klaus., Reinecke, Jost., Bentrup, Christina., Kanz, Kristina., Kunadt, Susann., Mariotti, Luca., Pöge, Andreas., Pollich, Daniela., Seddig, Daniel., Walburg, Christian., Wittenberg, Jochen (2013): “Criminalidad Juvenil – Desarrollo etario y conexiones explicativas. Resultados del estudio longitudinal de Duisburg criminalidad en la ciudad moderna” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época n° 9, pp. 305 – 328 (Traducción de Beatriz Cruz Márquez).
- Cano, Miguel (2006): *El futuro del derecho penal juvenil europeo*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.
- Cano, Miguel (2011): “Los delincuentes juveniles de gran intensidad ¿Categoría criminológica necesaria o concepto estigmatizante?” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 64, Mes 1, pp. 163 – 219.
- Corporación de Asistencia Judicial (2018): Cuenta Publica 2018. Corporación de Asistencia Judicial Regiones de Atacama, Coquimbo y Valparaíso. Disponible en https://cajval.cl/contenidos/CUENTA_PUBLICA_2018.pdf
- Couso, Jaime (2005): “Principio educativo y (re)socialización en el Derecho Penal juvenil” en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 1, pp. 57 – 72.
- Couso, Jaime (2012): “La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, 1º Semestre, pp. 267 – 322.
- Gendarmería de Chile (2018): Población Atendida al 30 de noviembre 2018. Disponible en www.gendarmeria.gob.cl
- Instituto Nacional de Derechos humanos (2017): Misión Observación Sename: Respeto y Protección de los Derechos, Disponible en <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2018/01/4.6.-Violencia-institucionalizada.pdf>

- Izco, María Elena (2007): “Los adolescente en la planificación de medios, segmentación y conocimiento del target”, Universidad de Navarra, España.
- Ministerio Público (2018): Boletín Estadístico III Trimestre enero – septiembre.
- Nieto Morales, Concepción (2010): “Las infracciones penales de los jóvenes una mirada sociológica” en *Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, N° 9, pp. 39 – 51.
- Núñez, Raúl., Vera Jaime (2012): “Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno” en *Política Criminal*, Volumen 7, N° 13, pp. 168 – 208.
- Papalia, Diana., Wendkos Olds, Sally., Duskin Feldman, Ruth (2009): *Psicología del Desarrollo: De la infancia a la adolescencia*, Undécima edición, McGrawHill/Interamericana Editores, México DF.
- Salinero Echeverría Sebastián (2012): “¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, N°1, pp. 113 – 150.
- Sánchez, María (2017): “Responsabilidad de los delincuentes juveniles a la luz de la neurociencia” en *Revista de derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, N° 47, pp. 199 – 218.
- Servicio Nacional de Menores (2015): Reincidencia de jóvenes infractores de ley RPA. Estudio 2015.
- Vial Paula, Mora Carlos, Sadá Catalina, Padilla Marcelo, Encina Verónica (2011): “Cárceles”. *Revista 93, La Revista de la Defensoría Penal Pública*, Santiago N°5.
- **Instrumentos internacionales**
 - Comité Español UNICEF (2006): Convención sobre los derechos del niño.
 - Comité de los Derechos del Niño (2013): Observación General N°14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1)
 - Asamblea General de Naciones Unidas (1990): Tratamiento de la idoneidad en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).
 - Asamblea General de Naciones Unidas (1985): Tratamiento de la idoneidad de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)

Anexo Metodológico

Para la realización de esta tesina se ha entrevistado a dos operadoras jurídicas que trabajan en la Comuna de Valparaíso. Nos referimos a:

- María José Lecaros, abogada asesora del Ministerio Público de Valparaíso. Entrevista realizada con fecha 07 de Enero de 2019 en las dependencias de la Fiscalía Regional de Valparaíso con una duración de 54 minutos
- Catherine Ríos, encargada de las defensas especializadas en la Defensoría Penal Pública de Valparaíso. Entrevista realizada con fecha 10 de Enero de 2019 en las Dependencias de la Defensoría Penal Pública de Valparaíso con una duración de 20 minutos.

▪ Pauta de Preguntas Aplicadas

1. ¿Cuál considera usted que es el contenido del criterio de idoneidad del artículo 24 letra F de la ley 20.084?
2. ¿Cree usted que las sanciones contempladas en la ley 20.084 se apegan a las dimensiones de idoneidad? ¿Cuáles? ¿Por qué?
3. ¿En la práctica los jueces aplican el criterio de idoneidad? ¿Cómo?
4. Sobre las sanciones:
 - a. ¿Existe alguna relación entre la magnitud del daño y la sanción que se aplica?
 - b. ¿Considera usted que en el ámbito de responsabilidad penal adolescente las medidas privativas de libertad son las más eficaces?
 - c. ¿Esa eficacia se ve desde un punto de vista de prevención o retribución?
 - d. Si hay prevención ¿especial o general? ¿positiva o negativa?

Entrevista Catherine Ríos Ramírez, abogada, Defensora Penal Pública.

Entrevistadora: lo primero es que me cuente cuál es su nombre y dónde está trabajando

Catherine: mi nombre es Catherine Ríos Ramírez, soy abogada y trabajo en la Defensoría Penal Pública, en la Unidad de estudios. Aquí en la Unidad de estudios tengo a cargo las defensas especializadas: todas las defensas que son de mujeres, migrantes, personas inimputables y adolescentes. Tengo a cargo la coordinación de defensores juveniles, es decir, los defensores que

están especializados y que trabajan en los tribunales en temas de responsabilidad penal adolescente.

Entrevistadora: En ese sentido, usted se ha desempeñado en el cargo...

Catherine: Si, fui defensora juvenil cuando partió la ley, entre el 2006 que se dicta y entra en vigencia el 2007, pero a nosotros nos contrataron el 2006 hasta el 2009, casi a principios del 2010.

Entrevistadora: Nos parece más enriquecedora su opinión, pues usted ha visto cómo ha ido evolucionando el sistema. Lo primero es que nos estamos circunscribiendo, en particular, al criterio de idoneidad que está contemplado en la ley, y queremos saber cuál considera usted que es el contenido de esa idoneidad, porque en el fondo el legislador no lo define, solo dice que va a procurar que las sanciones sean idóneas.

Catherine: Yo creo que eso es algo que todavía cuesta mucho asentar como un criterio real, yo creo que el criterio de idoneidad dice relación con el estudio de la situación personal del joven, porque como la ley tiene los fines sumamente claros, que son dos: la responsabilización, por un lado, y por otro lado, la plena inserción social del joven, entonces hay que tener en consideración los factores personales, sociales, de arraigo, de apoyo con que cuenta el adolescente, o con que no cuenta, para fijar la idoneidad de la sanción para cumplir esos fines, por lo tanto, no basta sólo la gravedad del delito, la participación, la edad y las circunstancias modificatorias, que los son criterios anteriores del artículo 24, porque esos no ponen énfasis en la persona del adolescente, que es el sujeto de atención, y que es lo que marca la diferencia con el Derecho penal, y hace de esto de un Derecho penal especial. Por lo tanto, si alguien comete un delito grave, pensemos por ejemplo, en un robo con intimidación, pero el sujeto es un chico que es la primera vez que se enfrenta con un proceso penal, que está escolarizado, que tiene padres que se hacen cargo del proceso, que tiene apoyos, es decir, parece ser que la sanción más idónea no es una sanción que en definitiva sea desocializadora, sino que es motivar a que siga siendo un chico pro social, entonces debería ser una intervención en el medio libre, favorecer el medio libre.

La duda es qué pasa, en definitiva, en aquellos casos en que la persona comete un delito grave y no cuenta con red de apoyo, porque una tiende a pensar que en ese caso sería una privativa de libertad, y ese es el criterio que abunda en los tribunales, que no necesariamente es así, porque

uno debería buscar otros medios en la red, lo que pasa es que la red social es muy pobre en términos del Estado: que exista efectivamente un organismo que se pueda hacer cargo. Y pensar que, si efectivamente la pena privativa de libertad es socializadora en sí misma, también es complejo, pero yo creo que fundamentalmente, determinar la idoneidad para el caso concreto, para el sujeto concreto, en relación o considerando los aspectos personales que tiene.

Entrevistadora: Luego, ¿usted cree que el catálogo completo de sanciones que está contemplado en la ley se apega a este concepto de idoneidad que menciona? ¿cómo?

Catherine: Yo creo que sí, en parte, ésta es una visión absolutamente personal, porque en definitiva, los defensores penales van a intentar una sanción: la más baja, pero si miramos desde la doctrina y desde estudios basados en evidencias, como por ejemplo, un estudio que realizó la Universidad de la Frontera con una beca Conycit a lo largo de cuatro años, que fue un estudio de casos, una se puede dar cuenta que el catálogo de sanciones tampoco dice relación con la idoneidad, porque finalmente ese catálogo de sanciones dice relación con la extensión de la pena, por lo tanto, hay ciertos tipos de delitos que siempre van a quedar en los tramos más bajos, es decir, en los tramos en que solo hay como sanción superior, los servicios en beneficio de la comunidad, como el tramo menor. Por ejemplo, un joven que comete un delito con sorpresa, o comete hurtos, siempre va a quedar en el tramo en que las penas posibles son multas, amonestación o servicio en beneficio de la comunidad, de manera que ahí vamos a tener una dificultad, porque hay jóvenes -y según la UFRO es así- que en general, tienen una alta complejidad, es decir, que tienen un nivel criminógeno alto, que están altamente comprometidos en temas criminales, desde la criminología, no desde el Derecho penal, es decir, que tienen un compromiso delictual, pero solo comete delitos de baja entidad.

Por ejemplo, un chico que comete solo hurtos, pero su vida no es prosocial, está absolutamente fuera del sistema, no va a la escuela, no tiene un adulto responsable y comete muchos hurtos, eventualmente es pillado, entonces cada cierto tiempo cumple beneficios en servicio de la comunidad, y esa pena no es idónea para responsabilizar al adolescente, porque si quiero que ese joven se reinserte socialmente y resocialice como quiere la ley, una pena de servicio en beneficio de la comunidad y que si las sumamos suman 500 días incluso, no va a servir de nada porque no tiene intervención.

Entonces yo creo que no hay una correlación entre la idoneidad y el catálogo de sanciones en los términos que está establecido en la ley

Entrevistadora: Usted dice que en el fondo se produce una elasticidad en el tramo menor...

Catherine: y pasa lo mismo en el tramo superior, porque en el tramo superior, podemos encontrar un joven que comete un delito de homicidio, y ese joven es el único delito que tiene, tiene padres, está socializado, está en el colegio, le va bien, pero cometió el único acto criminal de su vida, y el legislador nos obliga situarnos en el tramo superior. Y existe incluso una posibilidad de que solo quede en el tramo de régimen cerrado, en circunstancias que esa pena es la menos idónea para ese joven.

El mismo estudio de la Universidad de la Frontera lo dice, porque muchas veces la criminalidad adolescente más compleja no es en los delitos más graves, sino que es en los delitos de menor entidad. Entonces, yo creo que este tramo tan rígido que te sitúa en el tramo 1, 2 3, 4 y te da opciones, la intermedia es bastante amplia, pero en los dos extremos, que son en el extremo superior, con los jóvenes que no tienen un contacto criminógeno y que necesariamente van a tener que llegar por un delito a una pena privativa de libertad, o en el tramo inferior, en donde hay jóvenes que tiene una complejidad alta, que requieren de una mayor intervención para sacarlos del sistema y que no la tienen porque el tramo no lo permite, y el juez no puede imponer una pena más alta.

Desde esa perspectiva, no hay una relación entre la determinación de la extensión de la pena, que te sitúa en un tramo determinado según el artículo 23, y después estos factores de idoneidad que están en el artículo 24 F. Ahí hay un choque y esto es más que de una perspectiva criminológica, porque desde la perspectiva de un Derecho penal, de última ratio, de menor intervención, de intervención mínima, siempre quisiéramos, como defensa, que haya la menor intervención, las penas más bajas, pero si lo miramos objetivamente, desde la perspectiva de la intervención para sacar a los chicos del sistema no resulta idónea... no el catálogo, sino el cómo te fija tramos para situarte dentro de un catálogo limitado, tanto en el tramo más alto donde en definitiva, un joven que puede no tiene contacto criminógeno termina internado por un delito que resulta grave, y puede ser grave un robo en que una persona resulta con una fractura de nariz, y ya sería un robo con lesiones graves, y eso podría ser calificado por el fiscal y, por lo tanto, llevarnos a una pena de cinco años y un día, y eso situarlo en un tramos que solo permite

régimen cerrado, y ha pasado a jóvenes que han estado en el colegio, en cuarto medio, y les trunca la vida. Y finalmente en los que, en definitiva, necesitan mayor intervención del Estado, y no hay intervención del Estado porque la penalidad es muy baja.

Entrevistadora: De lo que entiendo ¿a usted le parece que debería darse mayor espacio en la determinación?

Catherine: Si, en la determinación.

Entrevistadora: ¿y no cree que eso podría llevar a aplicar sanciones muy gravosas?

Catherine: Yo creo que sí, en el tramo inferior. Es un riesgo porque como los tribunales a veces no aplican el criterio de idoneidad sobre todo en el tramo inferior. En el tramo superior no implica ningún riesgo, porque implicaría abrir el catálogo de sanciones a sanciones no privativas de libertad en el tramo sobre cinco años y un día que, sí existía en el ante proyecto de ley, porque luego eso lo modifican las cámaras, de hecho, lo modifican en la última modificación antes de entrar en vigencia, antes tenía al menos el régimen semi cerrado, ahora no hay ninguna. Yo creo que en el tramo superior no implica ninguna desventaja porque sería abrirlo a penas no privativas de libertad, pero en el tramo inferior sí, pero no imponer una pena privativa de libertad, pero si ver la posibilidad de una libertad asistida donde si haya intervención.

Entrevistadora: En la práctica ¿cómo aplican los jueces el criterio de idoneidad?

Catherine: En definitiva, todos los criterios del artículo 24 se aplican de manera poco adecuada, sin fundamentación y, por tanto, ahí hay una vía de recurso de nulidad, se abre una posibilidad de corregir, pero lo que hacen los jueces, en general, es hacer un enunciado de los criterios, si uno hace un análisis de los fallos de adolescentes, dicen: *“conforme al artículo 24, que el adolescente tiene 15 años, que el adolescente tiene dos atenuantes, que el adolescente cometió el delito en calidad de autor”*, o sea, menciona los elementos que aparecen en el artículo 24, y dicen: *“la más idónea parece ser la pena de libertad asistida, porque eso va a consistir en una intervención y es un chico que todavía es muy joven”*, pero no hay una cosa muy profunda. Realmente falta mucha fundamentación respecto al criterio de idoneidad, sobre todo en los delitos menores, porque en los delitos menores se dicta la audiencia muy rápido, y no hay tiempo para conocer al joven. En los delitos de mayor entidad en que el juez está internado, se recopilan más antecedentes, entonces ahí se puede hacer algo de fundamentación, si tiene familia o no tiene familia, la extensión del mal causado, etc. Pero cuando son delitos pequeños nada.

Entrevistadora: No se hace un estudio como se debería...

Catherine: No, porque hay menores antecedentes, hay audiencias que el chico cae en un control de detención por daños, por ejemplo, y no tiene antecedentes, entonces se le dan salidas alternativas, se fija audiencia en un mes más, el niño no viene a contacto con el defensor, y se falla con lo que tiene en esa audiencia que es la edad de ese chico, y que diga, si, vivo con mi mamá, eso es todo, entonces no hay ningún criterio de idoneidad, porque lo debería ser, idealmente, que siempre se pensó, era que en cada caso haya un informe

Entrevistadora: ...multidisciplinario

Catherine: Exacto, en un principio incluso se pensó en un informe de un ente imparcial, como un consejero técnico de un Tribunal de Familia, pero hubo detractores que decían que no, que no procedía porque esto es Derecho Penal, y yo creo que es un Derecho penal especial, y otros que decían que sí que sería lo idóneo, pero también el proceso penal es súper rápido y no permite...

Entrevistadora: Claro la reforma está contemplada en términos súper expeditos

Catherine: Además, el tribunal no puede aportar pruebas pues tiene el rol de la pasividad, entonces la Defensoría si tiene informes sociales, pero generalmente en los casos más extensos en el tiempo, no en todos.

Entrevistadora: Sobre las sanciones que se aplican, ¿existe alguna relación entre la magnitud del daño y la sanción que se aplica?

Catherine: ¿Entre la magnitud del daño ocasionado por el delito?

Entrevistadora: Sí

Catherine: Yo creo que aquí hay que tener algo en consideración, que no se aplica el artículo 69 del Código Penal, porque se queda expresamente claro que se aplican todas las normas de reglas de determinación de la pena, menos el artículo 69 porque el 24 sería una especie de 69 para adolescentes, por lo tanto, viene el tema de la determinación legal de la pena, que algunas reglas se incluyen nuevas, como el artículo 21 que es la rebaja en grados, luego el artículo 23 y 24, y el 24 vendría a ser la regla de determinación judicial, para determinar en concreto el *quantum* de la pena en concreto. Entonces, éste sería el espacio, y en la idoneidad de la sanción generalmente

los jueces establecen o ponen un criterio relacionado con la extensión del mal causado por el delito, que generalmente es usado en contra: “*bueno, es un delito muy grave, con mucha violencia*”, lo que además es una vulneración al principio *non bis in idem*, porque son criterios que se tuvieron en cuenta en el momento de calificar el delito en un tipo penal grave, yo creo que hay poco trabajo.

Hay un texto interesante de los profesores Jaime Vera y Manuel Núñez, que habla de la determinación de la pena, habla de cómo se puede impugnar. Hay pocos hechos por los tribunales ahí y eso se debe a la falta de especialización de los Tribunales, no hay jueces especializados, todos los jueces tienen una capacitación, pero la gracia de un juez especializado, más allá de la capacitación que pueden tener todos, es el hecho que el juez toma todas las audiencias, por tanto, conoce a los jóvenes, los ve, sabe que han ido varias veces, conoce la historia del chiquillo.

Entrevistadora: En el fondo al mezclar a los juzgadores en los distintos casos se pierde la lógica de especialidad en los adolescentes

Catherine: Sí, justamente.

Entrevistadora: ¿Considera que el ámbito de la RPA las medidas privativas de libertad son las más eficaces como sanción?

Catherine: No, para nada

Entrevistadora: ¿Por qué?

Catherine: Porque, yo y, como la mayoría de las personas, creo que las medidas privativas de libertad son desocializadoras, más generan perjuicio que alguna consecuencia favorable o positiva. Ocurre que, en definitiva, muchos de los chicos que llegan a las medidas privativas, yo creo que el 90% o más, son jóvenes que ya hicieron una carrera de delitos, no es el primer delito, y por tanto, son jóvenes que tienen una complejidad especial, no es algo que les haga bien, como dicen algunos jueces “*el estar privado de libertad*”, lo que pasa es que ahí se desintoxican, viene todo un trabajo que se debe hacer en el medio libre, pero en general...

Entrevistadora: hoy no están todos los recursos que se necesitan para que se haga en el medio libre...

Catherine: No, o sea, existen algunos recursos en materia de la RPA, pero no son de la calidad que uno quisiera, pero tampoco lo suple eso en el medio privativo de libertad, hoy las condiciones son mucho mejores que las de antes, pero ese chico no tiene una continuidad, después va a salir de ahí al mismo medio, al mismo entorno, no se trabajó con la familia adecuadamente, de modo que tampoco es una solución. Yo creo que es una pena desocializadora, que no cumple el objetivo, que es más retributiva que de prevención especial, que es lo que busca la Ley 20.084, en definitiva, yo creo que lo que debería existir, y que es lo que dice la ley, y que yo creo que es lo que se ha dado, por eso hay una baja tan sustancial en los casos de privados de libertad, hoy vi que hay 57 en Limache, muy poco, y que está bien, y yo creo que, los jueces han tomado consciencia de que solo en los casos graves debe hacer una sanción privativa de libertad.

Entrevistadora: ¿La eficacia de las sanciones se debe evaluar desde un punto de vista de prevención o retribución, o una mezcla?

Catherine: Yo creo que no se mide de ninguna de las dos maneras, ahora la eficacia se mide en la manera que no haya reincidencia, y yo creo que esa escapa a la retribución o la prevención especial, tal vez está más relacionada con el prevención, pero yo creo que la prevención especial está centrada en el individuo, es decir, que ese joven se resocialice, y como se pide que se resocialice eso va a disminuir, en definitiva, la reincidencia. De hecho, los especialistas o los estudiosos del tema creen que lo que se debe medir son criterios de reinserción social, que no es solo reincidencia, porque la reincidencia es un factor o un indicador de reinserción, pero no todo, yo creo que hoy estamos mucho más lejos, lo único que medimos en la eficacia de la sanción, es la reincidencia: cuántos condenados vuelven a caer, y la eficacia de la sanción se mide sobre la base de cuánto éxito se logra en la medida que los chicos que cumplieran la pena no vuelvan a ingresar dentro de un plazo al sistema. Hoy nuestras mediciones son de peligrosidad en términos de reincidencia, que es parte de la reinserción social y, por tanto, lo que deberíamos hacer para medir la eficacia es desde una perspectiva de prevención especial, es decir que el joven se resocialice.

Entrevistadora: ¿Debería ser así?

Catherine: Sí, porque ese es el objetivo de la ley, además, que el chico sea responsabilizado, pero básicamente que esa responsabilización lleve de la mano la resocialización

Entrevistadora: ¿Prevención especial positiva?

Catherine: Si, especial positiva.

Entrevista María José Lecaros, abogada, Asesora del Ministerio Público de Valparaíso.

Entrevistadora: En el contexto de la Ley de responsabilidad penal adolescente, ¿cuál considera usted que es el contenido del criterio idoneidad que está en el artículo 24?

María José: Yo creo que el criterio está dado por la misma normativa de la Ley 20.084 y por el mismo espíritu de la Ley 20.084 y que dice relación con buscar para cada uno de los imputados adolescentes, en concreto, qué sanción le permite un mejor o mayor nivel de responsabilización y de resocialización. En ese contexto, para una persona, en concreto, habiendo cometido el mismo delito que cometió otro adolescente, su sanción puede ser distinta, y eso dice relación con su historia personal y con sus actuaciones, en concreto, en la esfera penal.

Entrevistadora: Dentro del sistema

María José: Dentro del sistema. Hay un competente personal y hay un componente que dice relación con el tema de sus actuaciones circunscritas a la Ley 20.084, en ese sentido el artículo 24 pone varias hipótesis, y en ese sentido también, hablar del historia es un poco feo, pero también sus antecedentes penales, por así decirlo, tienen una importancia que no es relativa, sino que es bastante significativa.

Entrevistadora: Dentro de lo mismo, ¿cree usted que las sanciones contempladas en la RPA se apegan a las dimensiones de idoneidad, entendiendo el interés superior del menor, el criterio de especialidad que debe tener la normativa hacia los adolescentes?

María José: Yo creo que hay ciertas penas de la Ley 20.084 que han tenido desde su inicio, problemas de implementación, los cuales ha generado problemas en definitiva para que se cumplan los objetivos de la ley 20.084. Esos problemas de implementación los circunscribiré en nuestra región que son los que conozco mayormente: quinta región. En ese sentido, por ejemplo, en mi consideración: la pena del régimen semi cerrado se ha transformado en una suerte de reclusión nocturna, y no en una pena que tenga una sanción privativa de libertad pero asociado a un plan de intervención individual, porque esos planes de intervención no se pueden desarrollar

a las 12 de noche o a las 1 de la mañana, entonces cuando condicionas esa privación de libertad a ciertas horas, pero ese joven tiene pleno y absoluto derecho de hacer las actividades que quiera dentro del resto del día, puedes incorporar ciertos elementos del plan, pero con eso vas a ampliando la sanción, y en el caso nuestro se generan impedimentos sustantivos porque el lugar donde se cumple es lejos, pero es asilado, no es de fácil acceso, es una pena que tiene muy buen sentido, pero que en la región ha sido complejo de implementación.

No ha sido falta de fiscalización, la comisión que se encarga de revisar las formas de cumplimiento, la CISC, siempre ha estado bien encima del semi cerrado en su forma de implementar los programas de intervención, en la forma en que se desarrolla el cumplimiento, pero también son aislado, es difícil de llegar, yo creo que esa pena se podría haber buscado...

Entrevistadora: o sea, ¿en la práctica no se ajusta a la idoneidad?

María José: En la práctica, yo creo que no, además que como es una pena en la escala gradual de las más graves, siempre se está hablando que se aplicará a delitos bastante graves, entonces debería requerir de una intervención mayor, requiere de una contención mayor, porque eso dependerá de la historia personal de cada infractor, te das cuenta que llegado un punto, existen casos que no son los más, que de no tener nada aparecen cometiendo delitos gravísimos, incluso en esos casos, dadas las circunstancias atenuantes, dado todo el análisis que puedes hacer con el artículo 24, incluso podrías aplicar una pena que esté en un tramo inferior, una pena no privativa de libertad, porque eso también te lo permite la norma.

En ese sentido, si un juez o un Tribunal Oral llega a implementar una pena tan alta como esa, es porque ya hay cierta historia por detrás, con mayor sentido requieres una intervención más directa o más profunda, y al menos en esta región, ésta no ha sido la tónica central de esa pena, la regla general es que no se cumpla, que se quebrante y que finalmente termine cumpliendo, en alguna forma, en un régimen cerrado. Tampoco se cumple el objetivo, y en ese sentido, la idoneidad de la pena, en el entendido además que quienes impusieron esa pena hicieron todo un análisis respecto de la idoneidad de la pena, entonces si se hizo un análisis y la pena idónea era un régimen semi cerrado, y finalmente no se cumplió por circunstancias -tampoco vamos a decir ajenas al adolescente, porque siempre hay esa decisión o esa voluntariedad a llegar a no cumplir- pero en alguna medida también le pones más cortapisas en una pena que implica casi tanto exigencias como propio cerrado, porque si quieres que cumpla a cabalidad tienes que mantenerlo

en el centro durante las noches y durante el día cumplimiento el plan, que es lo que debería pasar en un cerrado, entonces, en definitiva pasa que esa libertad se condiciona o queda el plan de intervención queda sujeto a elementos que son inmanejables para el propio adolescente.

Entrevistadora: ¿y respecto al resto de las sanciones?

María José: Respecto al resto de las sanciones yo creo que hay ciertos elementos que lo hacen complejos, me pongo en la situaciones más extremas de los casos, pero yo creo eso es relevante para efecto de cuando uno hace el análisis, porque si siempre estamos hablando de los rangos de los 14 y los 17 y, en definitiva, como lo dice el oficio del fiscal nacional, para los efectos de las investigaciones, las suspensiones y el tratamiento general de los adolescentes y el régimen de la Ley 20.084, si atiendes a una gradualidad en ese comportamiento, puedes ir utilizando este criterio de idoneidad de manera fácil y es un criterio amigable

Entrevistadora: es bastante flexible

María José: La ley te permite, porque como hay variedad de penas, hay tramos de delitos, puedes manejarlo con mayor flexibilidad, el problema está, por ejemplo, en los casos en que se está juzgando a un joven de 22 años por hechos... o se terminó o no cumplió, tenemos muchos jóvenes, adultos jóvenes cumpliendo penas de responsabilidad penal adolescente, que ya han sido condenados, que sus penas han estado en suspenso en razón que incluso han estado cumpliendo penas de adultos. Bajo esa dinámica el criterio de la idoneidad la puedes aplicar al momento en que impusiste esa pena, pero esa idoneidad ya pasó a otro plano cuando ya han pasado tantos años y tienes una edad y una forma de funcionamiento distinto, lo que busca la norma es tratar de dar una respuesta efectiva a personas que no están en su total desarrollo, su cerebro está en etapa de formación, y por eso, ciertos compromisos, ciertas terapias o acompañamientos a estos planes de intervención, estas duplas psicosociales, todavía son personas que están en etapas de desarrollo. Lógicamente todo esto ya no es un tema cuando tenemos gente de más de 30 años cumpliendo penas de adolescentes.

Hay un ámbito, entre los años 2008 y 2009, donde se vieron los primeros casos, han pasado más de 10 años, tiene 27 años, para no excederme en los plazos de vigencia de la ley, pero si te fijas hay personas que están en la sección juvenil y hace rato dejaron de ser adolescente, y probablemente sean una de las situaciones que no se previeron en la Ley 20.084 en el momento de su dictación, porque nosotras sabemos qué pasa si cumples 18 y te quedan más de seis meses

de condena, sales del cumplimiento de un recinto del Sename y cumples en un recinto de gendarmería, por un plazo que es lo que te quede, pero siempre en el entendido que están en el ámbito que va a estar entre los 18 y la pena máxima que pude imponer la ley, pero nos hemos dado cuenta que la regla general ha operado de otra manera, y que tenemos adultos que están cumplimiento pena de adolescentes, que incluso entran a cumplir como adultos, por distintas razones, ya sea porque no se han presentado al cumplimiento antes, porque sus penas estaban en suspenso en razón de estar cumpliendo otras penas de adolescentes o de adultos. En ese sentido hay ciertas distorsiones que se producen que hace que la norma no cumpla con sus objetivos y, por otro lado, terminado siendo penas de libros.

Entrevistadora: Claro, porque en la práctica no se observan de la misma forma.

María José: Exactamente, a un joven de 26 años entregarle ciertas herramientas que son las válidas para un joven de 15 o 16 termina siendo la obligatoriedad, como, por ejemplo, que cumpla con cierto estándares de educación, pero probablemente él ya terminó cuarto medio, esa obligación de escolarización terminan siendo más superfluos, en el entendido que no tienen ninguna necesidad respecto de la persona a la que se le está aplicando. Quizás un mecanismos que hubiere permitido una suerte de homologación de penas, una suerte de terminar, de hacerlo distinto y que tenga un sentido para quien está cumplimiento, sino es el mismo objetivo que puede tener una pena cualquiera, si no entiendo el objetivo de la pena que estoy cumplimiento, o era una pena que se entendía cuando yo tenía una edad ya que no tengo, hay una suerte de reglas que debieran poder aplicarse para efectos de ajustar.

Entrevistadora: En la práctica ¿los jueces aplican este criterio, y cómo lo aplican?

María José: La experiencia que tengo siempre dice relación con la historia vital de las personas, en eso influye mucho, ese criterio de idoneidad siempre, más que en la aplicación de la pena en concreto, mi experiencia es básicamente las causas que se revisan en la Corte para efectos de sustitución de penas, o para efectos para las internaciones provisionales, en ese ámbito, salvo que sean investigaciones o alguien que me pida ayuda para efectos de proponer una pena o una acusación, etc. Siempre y a pesar que se pueda, en alguna medida, contraponer con el espíritu de la Ley 20.084 que habla un poco de personalizar la responsabilidad, que ya somos sujetos de derecho y no objeto de protección, al menos los adolescentes, todavía existe esa necesidad, y es un punto muy razonable, de los jueces, de ver el entorno de las personas, si hay una familia

comprometida, o un adulto responsable comprometido, y en ese sentido, siempre y lo estamos viendo en esta región en la incorporación de un proceso nuevo, un plan piloto para incorporar la mediación como término o solución de conflictos penales adolescentes, siempre el ámbito familiar, o si no son familia directa, el adulto responsable, o en el entorno en que el joven vive es muy determinante para la sanción que se pueda aplicar. En ese sentido es lógico, si hay padres o adultos o un entorno que está comprometido con el cumplimiento de esa sanción y con la responsabilización y resocialización de ese joven, lógicamente puedes preferir penas que sean tan privativas como el régimen cerrado o semi cerrado, porque en alguna medida, la conducta que puede tener todo adolescentes es partir como avión y luego se desmotiva, y esa desmotivación genera el incumplimiento y eso genera la revocación o el quebrantamiento, cuando hay un entorno que ayuda es más fácil preferir penas que sean de la mayor tramo que es el más alto, en ese sentido apoya y ayuda, en alguna medida, podría no es justo para que no tienen ese apoyo y ese entorno, que son los jóvenes más vulnerables, y los que en alguna manera tienen una historia de pertenencia mayor en el sistema, en especial los niños que han sido del Sename en razón de protección, siendo muy chicos, y terminan en el mismo Sename por sistema sancionatorio, y eso pasa por una deuda histórica que tenemos con los niños y jóvenes con su rehabilitación en términos generales, o sea, una verdadera protección para incorporar a la sociedad, para que sean niños que aprovechen las oportunidades que tienen otros, el mismo acceso a la educación, a la salud, a la alimentación, etc., mientras tengamos esa brecha no podemos decir que la regla general es para todos, porque hay niños que viven en condiciones miserables y han logrado llevar vidas sin involucrarse en conflictos penales, pero tampoco es la regla general. En alguna medida, ciertos elementos como esos, o solucionar ese tipo de problemas va a permitir ir paliando el tema de la responsabilización, y lo vemos muy de cerca con la mediación, cuando llegan los jóvenes con sus padres, sin perjuicio que son ellos los que participan, se comprometen, los responsables y que dan la cara, estamos hablando de jóvenes, son súper niños, que necesitan sentirse contenidos, apoyados.

En ese sentido, ya volviendo tanto a la pena como a las materias cautelares, en mi experiencia, los jueces siguen implementado según la red de apoyo, si existe red de apoyo o padres comprometidos, difícilmente, salvo que sea un delito muy grave, que tenga un historial que ha demostrado que esa red de apoyo no ha sido muy efectiva, podría dictarse una medida cautelar gravosa como la internación provisoria, generalmente habiéndose dictado internaciones provisionarias y la Corte ha preguntado específicamente por esa red de apoyo, y si la defensa puede

acreditar una red de apoyo fuerte, se revocan esas resoluciones y queden con la cautelares del artículo 155, no todos los casos y si se ha dado en más de una oportunidad, y creo yo que es el mismo criterio que se da cuando revisamos sentencias, no es un criterio mecánico. Eso depende mucho de la especialización, hoy en día la especialización es más bien por turnos que por real conocimiento y real práctica exclusiva de las normas de la Ley 20.084, no es un acto mecánico como decir “vamos a aplicar las reglas del artículo 67 en adelante para efectos de las atenuantes y agravantes y hacer las compensaciones que corresponden y determinar la pena de adulto“. No, es un mecanismo más flexible y un mecanismo que los jueces se toman muy en serio.

Todavía pasa, en todos, en la defensa también, todavía hay criterios de adultos, no en la propia ley, sino que, en la aplicación de la ley, todos los intervinientes tienen todavía en al forma persecutoria de adulto, y en ese sentido también juegan a las matemáticas, en el sentido del artículo 24, sumar y restar, menor o mayor mal causado, la idoneidad de la pena, si tiene antecedentes anteriores, el tipo de delito, entonces hay una suerte de matemáticas.

Entrevistadora: Se forma como un ecuación...

María José: Que es lo que pasa un poco, y es lo que pasa en genera, cuando se aplica las normas de determinación de pena de los adultos. Yo creo que todavía hay un tema pendiente ahí, y eso está unido a la especialización, además que no es un tema de falta de preparación, por lo menos en esta región, todos los operadores del sistema están preparados, se han capacitados, y todos los que trabajamos con adolescentes tenemos la camiseta bien puesta, pero sucede que no hay una dedicación exclusiva...

Entrevistadora: ...el tribunal es el mismo

María José: ...el tribunal es el mismo, los fiscales son los mismos, los defensores son los mismos, de repente puede aparecer que un fiscal deje de trabajar con causas de adultos y esté por un tiempo dedicado a adolescentes, en el caso de la defensa puede ser que por regla general son defensores RPA, pero no ven exclusivamente adolescentes.

Entonces en alguna medida eso también genera o mantiene ciertas conductas de actuación o ciertos patrones de actuaciones, que uno siempre trata de eliminar cuando estamos hablando de la Ley 20.084, y en alguna medida es lo que nos pasa cuando aparecen estos nuevos mecanismos, como el caso de la justifica restaurativa y la mediación, cómo tú integras a todos a participar a todos de esto, porque lo primero que hacen es mirarlo como una mirada de impunidad: “*ahora*

los robos con sorpresa o con violencia se solucionan hablando” cuando sigues mirando las dinámicas de los adolescentes, o la dinámica de los delitos que cometen los adolescentes con la misma dinámica con que lo ves en un adulto, lógicamente cuesta quitar esa respuesta que de entrada es negativa. Yo creo que ha faltado -que es lo que estamos haciendo con el tema de la justicia restaurativa- realzar los casos en que verdaderamente funciona, en que verdaderamente las libertades asistidas han sido una pena idónea, si la libertad asistida ha sido la pena idónea, si lo ha sido la forma de percibir eso es cuando esa persona ya no vuelve. Realmente, yo creo que el criterio de idoneidad está basado en estos dos puntos: en uno que sea efectivamente la pena que corresponde aplicar a ese caso en concreto y a ese adolescente en concreto, pero también con ese componente de que la idoneidad está dada en buscar la forma de responsabilizar y resocializar a ese joven, para que no vuelva nunca más, esa abstracción que hay que hacer para ver cuál es esa pena idónea también requiere de tiempo, estudio, antecedentes, además pasa por muchas cosas más, uno puede tener muchas ideas de cómo aplicar, para un juez no puede ser algo etéreo, la defensa tiene que aportar antecedentes precisos, concisos y contundentes al momento de la audiencia del 343, para ver cuál es la pena que se va a imponer, y que en alguna medida son antecedentes que debieron acompañarse antes, de manera que el Ministerio Público cuando haga una solicitud de pena no haga una solicitud de pena en la estratósfera.

Entrevistadora: ¿Y eso en la práctica se verifica?

María José: No, hay casos en concreto en que me ha encantado como ha funcionado y no ha sido precisamente para efectos de la solicitud de la pena ni para la imposición de la pena, me acuerdo de dos casos, en razón de la suspensión condicional, donde trabajé con un fiscal, eran casos bien feos, en que incluso era discutible si en el tenor de los oficios de la Ley 20.084 podíamos acceder a una suspensión condicional, y era tal el trabajo que había hecho el fiscal con la defensora, para recopilar los antecedentes que permitieran, que justificaran que la suspensión condicional, no era un tema de convencimiento, pero que por lo menos justificara que esa suspensión condicional no cayera en un terreno infértil, era un joven que tenía papas bien comprometidos y que la primera responsabilización fue de parte de ellos, ellos le impusieron a su hijo determinadas conductas que tenía que cumplir y esas conductas se acreditaron, y luego se acompañaron ciertos documentos del acuerdo al que habían llegado, y que tenía que realizar ciertos cursos y se había matriculado para eso, junto con una serie de actividades que él había tomado la iniciativa de hacer para efectos de resarcir, era un resarcir genérico porque no había

contacto, pero él sentía que era la forma de resarcir a la sociedad, y en sentido, cuando ves a un joven y a una familia así de comprometida, hay ciertos elementos que puedes indicar u obviar y en ese sentido puedes autorizar o pedirle al fiscal regional que autorice una suspensión condicional, a pesar que tenga ciertos elemento que el oficio no permitiría, en ese sentido, buscar la forma de una autorización que fuera adeudada y con una suspensión que permitiera al joven hacerlo responsable frente a la sociedad. En ese contexto, si tuviéramos ese intercambio de información, éste sigue siendo un procedimiento contradictorio, pero no es un procedimiento de enemistades, cuando logremos trabajar en conjunto por el bienestar de esos jóvenes, manteniendo siempre ese principio de la Ley 20.084 y en primer lugar, si logramos buscar una sanción que sea adecuada, que esos criterios de persecución -que nos corresponden a nosotros como Ministerio Público- se mantengan, pero se trata de generar una persecución efectiva, no sancionar por sancionar, o sancionar este delito en concreto y después seguir sancionando otro y otro, ojalá siempre el criterio sea de la mejor manera posible, de manera que la víctima se sienta apoyada, resarcida, y que se ha hecho justicia respecto de ella, pero lógicamente, que este joven reciba una respuesta que se inhiba de cometer nuevas conductas, y eso no dice necesariamente relación con la gravedad de una sanción si no con la idoneidad de la sanción, porque, por ejemplo, para un joven la prestación de servicios en beneficio de la comunidad puede ser sumamente decidora y nos pasa que hay muchos casos en eso es justamente la que no quieren, porque no quieren que la comunidad los vea.

Hay ciertos elementos que dependerán del carácter, hay jóvenes que han preferido quebrantar y pasar a la libertad asistida, a pesar de haber aceptado la pena de servicios en beneficio de la comunidad, a pesar de eso, prefieren quebrantar para que no sean vistos en este ámbito. Hay una suerte de entender cómo funciona la mente de los adolescentes, cómo funciona lo importante del hecho de ser aceptado por el entorno, ser respetado, que muchas veces el respeto viene de la imposición de ciertos atributos, y no necesariamente de un saber vivir en sociedad, es una edad en que están formando su personalidad y esas complejidades deberíamos todos los operadores del sistema, aprender a manejarlas bien, empiecen a sumarse muchos elementos, el número de causas, el tiempo que tienes y que puedes dedicarle a cada una de las investigaciones, no es falta de capacitación, son un sin numero de elemento, pero también cuando hay un fiscal que investiga causas de adulto y de adolescentes, cuando un juez de garantía está en un turno por x meses o semanas, van y vuelven, porque además es una materia desgastante, porque a pesar de querer desligar ese tinte de sujeto de protección, es imposible obviarlo porque estamos

hablando de adolescentes y no de adultos. En ese contexto debe haber esa doble mirada: te protejo no porque creo que seas incapaz, sino que te protejo porque necesitas esa ayuda para salir de aquí, de ese mundo penal adolescente. Es lógico que esa dualidad requiere mucho más dedicación, participación, causas que deberían tener un análisis mucho mayor, y lógicamente un contacto mayor entre la Defensa, el Ministerio Público y también quien juzga, en término de estos antecedentes para determinar la idoneidad de la pena.

La regla general es que se aplica, se busca siempre que así sea, pero no se puede decir que sean todos los casos, porque hay casos que revisten mayor complejidad, porque además es un elemento que obliga a cierta investigación adicional, porque no es un tema que uno supone, no podríamos suponer que todos los jóvenes de 14 años, que viven en tal lugar, y que hacen tales cosas, tienen más o menos estas necesidades, la ley no nos llama a suponer, el artículo 24 no se trata de suposiciones, presunciones ni las ideas que yo tenga. Lógicamente el criterio de idoneidad requiere de una investigación real y adicional, y eso requiere de antecedentes, y esos antecedentes no los va a obtener el Ministerio Público entrevistando a los padres del menor, esos son elementos que debiera aportar la defensa, y lógicamente ponderarlas el Ministerio Público en doble etapa, si se hiciera ese trabajo en la etapa investigativa se podrían proponer penas fundadas y en ese sentido facilitar la labor del tribunal a efectos de ...

Entrevistadora: acercar las posturas...

María José: exacto, y que ellos impongan penas fundadas debidamente. Entonces yo creo que es una tarea pendiente, ahondarla un poco más, pero no en el sentido de que no se aplique, y en el ruedo pasa este ejercicio matemático, y uno puede decir la pena idónea es la pena según la gradualidad, si esta persona ya ha tenido cuatro condenas anteriores, yo tengo que suponer que la idónea es que la sigue en la escala. Muchas veces pasa también que los programas de intervención son inadecuados, porque yo podría mantener a una persona con una libertad asistida especial, sin necesidad de escalar en el delito siguiente si el plan de intervención es adecuado, pero si los planes de intervención son como estandarizados: son tres entrevistas y vamos a hablar de esto y esto, si siempre se mantienen en un ámbito estandarizado y nunca referente a la individualidad de la persona en concreto, probablemente esos planes nunca van a resultar.

Entonces, en el sentido propio en que la ley incluyó este concepto de idoneidad de la pena, por supuesto que requieren de un desarrollo de un trabajo mucho mayor del que pueda estar desarrollándose, si derechamente es un tema que debería tener esa misma acreditación al tenor del artículo 24, debería uno poder justificar esa pena, y esa es una exigencia que el juez debería hacerle a los intervinientes derechamente, que es lo mismo que pasa para los efectos de las penas sustitutivas en los adultos; si hay una parte, la defensa, por ejemplo, que alega o que solicita una pena sustitutiva de la Ley 18.216, la mayoría de ellas tiene un elemento subjetivo que tiene que acreditar, si no lo acreditas no puedes recurrir a estas formas de cumplimiento sustitutivo, yo creo que la dinámica podría ser lo mismo, porque además el tramo de pena lo sabrás desde antes, porque la ley en eso es muy gráfica, hace el ejercicio del artículo 21, la rebaja, sabes la pena genérica, sabes las penas probables o posibles de aplicar, a lo mejor, el número de horas, meses o años podría varias pero eso no le suma ni le resta a la naturaleza misma de la pena, si sabes el tramo en el que te vas a mover, ¿es obligación para el Ministerio Público siempre pedir la pena más alta? ¿es obligación de la Defensa siempre pedir la pena más baja? ¿el tribunal debe hacer una suerte matemática y buscar un término medio? Entonces ahí es donde este elemento puede ser relevante de trabajar, cómo acreditar la idoneidad de la pena, ¿se va acreditar de la misma forma que se acredita una pena sustitutiva, pero no le puedo pedir a un joven de 15 años que tenga un trabajo como si se pide a los adultos, ¿le puedo exigir que vaya al colegio? Ahí hay que buscar ciertos elementos en los que puedas decir: ¿la idoneidad de esa pena va a ser en razón a lo que ya se cometió o, esa idoneidad dice relación a lo que el joven puede comprometerse a hacer? puedes interpretar esa idoneidad de distintas maneras, y en ese sentido puedes buscar formas de acreditarla para facilitar la labor de los tribunales a efectos de su imposición y de su determinación, y eso resulta de los intervinientes de todas maneras.

Entrevistadora: Sobre las sanciones que se aplican ¿existe alguna relación entre la magnitud del daño y la sanción? ¿considera que en ámbito de la RPA las medidas privativas de libertad son las más eficaces? ¿dicha eficacia se ve desde un punto de vista de prevención o retribución? Si fuera prevención ¿especial o general? ¿positiva o negativa?

María José: Yo creo que hoy en día la regla general es que los delitos más graves están sancionados con las penas más graves de la Ley 20.084

Entrevistadora: La ley hace una...

María José: Sí, la ley ahí hace una suerte de separación igual en los tramos más altos permite una cierta flexibilidad, y todavía pueden jugar circunstancias atenuantes o agravantes que te permiten esa rebaja de grado, que te permiten volver a un tramo inferior. Yo creo que se cumple esa regla que en los delitos más graves que tienen asociadas las penas más graves, no necesariamente es la más eficaz, hay ciertos casos en que aun siendo graves pueden tener una mejor solución atendiendo la persona en concreto, es muy difícil en los delitos de sangre dolosos, homicidios, delitos contra la vida dolosos, difícilmente va a poder acceder a una suspensión condicional, hay ciertos análisis que se pueden hacer en ciertos delitos respecto al contexto en que se producen y en ese sentido buscar responder a esa idoneidad, por regla general, los delitos más graves se sujetan a las medidas cautelares más graves, e incluso en muchos casos a pesar de tener 11 N°6, hay muchos casos en que hay internación provisoria. Si llama la atención que hay una disminución de las personas cumpliendo en régimen cerrado, si vemos los primeros años en que se hacían visitas CISC, era un gran número, hoy en día pueden ver los históricos en ese sentido hay una disminución, se mueve en un tramo entre 50 y 52, y eso se condice, entiendo, con que hay otros mecanismos que han podido...

E: ¿Eso se relación con la implementación del plan piolo?

María José: Lo que pasa es que el plan piloto está vedado para delitos más graves, los delitos dolosos contra la vida, los delitos violentos con uso de armas de fuego están excluidos, en otros no, yo creo que, hasta la aparición de este programa de justicia restaurativa, todos los criterios de aplicación de la norma decían relación con la retribución, y bien mezclados en el sentido que había una suerte de llamado de atención...

Entrevistadora: Como paternalistas

María José: Y general, es esa visión de adulto es decir que “todos los jóvenes tienen que saber, van a asumir esta pena porque...” ese llamado o esa percepción no es tan solo una percepción es una realidad, y por eso, ha funcionado bastante bien el piloto en la quinta región, este criterio retributivo, las víctimas que han participado del proceso han sido más de las que creían que iban a querer participar, a pesar de que uno tenía la visión que las víctimas quieren las penas del infierno, no es así, por lo menos en la mayoría de los casos en que se han presentado a mediación, las víctimas han estado llanas en participar, y ha habido buenos casos, todavía hay pocos casos, vamos recién en 38 o 40 dentro de un total en que ha habido distintos términos, administrativos,

imputados que no han querido, víctimas que no han querido y otros que están en desarrollo, también ha costado incorporar en ambas instituciones, tanto en la Defensoría como en el Ministerio Público, el concepto de justicia restaurativa, para algunos casos hay una cierta percepción que esto es un elemento más de impunidad, pasa con la Defensa también en que hay ciertos casos en que prefieren la matemática, en el sentido en que por ejemplo, por el historial de causas que tiene un joven, puedo homologar esta mediación, como la mediación no está incorporada propiamente tal en la ley, la única forma de incorporarla es cuando homologo ese acuerdo de mediación a una de las formas de término que ya existe en la ley, incluso va desde un principio de oportunidad o un archivo si la casa no está judicializada, hasta una pena, que pueden ser dos: prestación de servicios a la comunidad y la indemnización a la víctima, entonces puedes homologar esa mediación a cualquier de esas dos penas, pero muchas veces la defensa dice que no, no estoy dispuesto a que exista esta sanción, que ya estará “cumplida” con la mediación, yo estoy dispuesta a que exista esta sanción entonces eso hace que se inhiba de participar en el proceso de mediación, si no hay acuerdo de homologación esa mediación no va a prosperar, no va a haber inicio de la mediación, entonces el tema de fondo es ¿la defensa qué busca? ¿un tema estadístico? ¿siempre buscar la sanción menor, siempre buscar la absolución? ¿siempre buscar la posibilidad del mal mejor para el adolescente? o ¿queremos criterios como éste? el bien superior no es quedarse con nada, no es arrancarse por la puerta de atrás, el interés superior en algunos casos implica intervenir, a veces esta intervención más profunda que la mera amonestación en el tribunal ¿Dónde está la lógica? ¿es la lógica real de la Ley 20.084 o es la lógica con perspectiva de adulto? porque la perspectiva de adulto siempre será la pena menor, la posibilidad de la absolución, nunca reconocer nada, entonces con esa lógica no vamos a llegar a la idoneidad, por ahí no la vamos a encontrar, lo que tampoco significa que la idoneidad esté siempre dada en la pena más alta del tramo, en el mayor número de intervenciones, no, está en ese juego, pero ese juego implica para algunos resetearse el cerebro y olvidarse de estos criterios de persecución e ir a estos criterios de conciliación, de trabajo, y en definitiva, que sea la víctima la que decida cuál es su mecanismo para resolver el conflicto, y por otro lado, decirle la defensa, que en algunos casos tenemos que partir desde aquí, de medio para arriba, no podemos partir en el piso, porque ese piso hay un joven que ha cometido no uno, sino que varios delitos, ese piso no nos va a servir para el efecto que estamos esperando, su interés superior, su responsabilización, su resocialización. Entonces, en la medida en que logremos sacarnos esos “prejuicios institucionales”, por llamarlos de alguna manera, también podemos enfrentar el problema de una

manera distinta, y es acorde a la realidad que no ha tocado vivir, el fiscal nacional está súper comprometido con la justicia restaurativa como forma de solución de conflictos con los adolescentes, bajo esa perspectiva de trata de sacar al mayor número de jóvenes posible de la esfera del Estado. Lo mismo de los Tribunales con el tratamiento de drogas, que no son muy populares, pero tienen un buen fin, se mezcla ese concepto de protección, ese paternalismo, pero esa protección y ese paternalismo tiene un interés claro de buscar el tratamiento adecuado para un joven que está perdido en la droga. De repente conciliar esas dos miradas del ser único sujeto de derecho que responde por sí mismo y por sus actuaciones, sí, pero podemos agregarle esos matices, porque es un adolescente, para efectos de buscar esa idoneidad en las sanciones.

Entrevistadora: entonces, bajo su perspectiva habría que mezclar un poco la retribución y la prevención.

María José: Sí, hay ciertos elemento de prevención que son relevantes, no podemos obviarlos, en prevención general y especial, hay ciertos elementos que son importantes, pero esta ley no genera otras obligaciones, nos genera llamados distintos y creo que por eso que instituciones como ésta, que en alguna medida van a venir a modificar la ley para efectos de incorporarla, van a ir permitiendo a toda la comunidad, en general, y a lo mejor, esto puede ir ampliando a los adultos en ciertos delitos, como decía una magistrada, ir buscando responsabilizarnos como sociedad respecto de las actuaciones de ciertos jóvenes en que como sociedad les hemos negado y cerrado las puertas, porque es más fácil buscar el castigo, buscar la sanción respecto de una conducta de un sujeto en que no sentimos que no tenemos responsabilidad alguna en lo que ha desarrollado, pero ha vivido con un sin numero de carencias, pero al menos podemos decir que explican el por qué, si no es la regla general, si hay algunos casos en que si ha sido, existiendo esa explicación en esas carencias que como sociedad no hemos sabido saciar deberíamos buscar formas de solucionar estos conflictos que en alguna medida permitan que esto sea un circulo...

Entrevistadora: ...hasta pasar al tramo adulto...

María José: Exacto, hay algunos que pasa eso, hay algunos en que parten muy jóvenes, a los 12 o 10 y no paran, y su historia fue siempre: Centros de protección del Sename, Centro de cumplimiento penal del Sename y cárceles de adultos, entonces, la ley 20.084 fue súper revolucionara en su momento por eso, porque el sistema antiguo, en alguna medida, equiparaba finalmente a los jóvenes con discernimiento al adulto y no había vuelta atrás, fue muy

revolucionario en buscar formas de sanción que fuera adecuadas a la realidad biológica, psíquica y vital de quien era el infractor en ese momento, por otro lado, tienen sus carencias porque los operadores seguimos marcados con la dinámica de adulto, es un tema de recursos, en la medida en que se pueda generar, como pasa en otros países, que el sistema adolescente es un sistema exclusivo y excluyente, y en ese contexto, los jueces fallan, los fiscales persiguen y los defensores defienden y todos nos movemos en un contexto determinado...

Entrevistadora: ...se mantiene una lógica

María José: Se mantiene en una lógica, y eso ayuda en políticas, en la forma en que fiscalizas a los organismos auxiliares del Sename o de las instituciones que están contratados por el Sename y que hace la intervención. Porque tienes un enfoque diferente, nos ha pasado muchas veces revisar algunos programas que son inadecuado porque son estandarizados, o te das cuenta que hay jóvenes que piden la sustitución de la pena y no se les da la sustitución, por ninguna otra razón, porque su programa dice que hay objetivos del plan que no se han cumplido, pero nadie les dice eso, y me tocó en una visita CISC, decirle a un joven: “tu informe dice que no tienes las herramientas para salir a un medio libre y si sales al medio libre probablemente incurras en las mismas conductas por las cuales estás acá”, yo no puedo defender a una sustitución con esas circunstancias, me tengo que oponer. Ese joven no sabía las verdaderas razones por las que no había sido sustituido, entonces el verdadero trabajo, por un lado la defensa, y por otro, quienes hacen la intervención, y aquí estamos al debe en varios temas de intervención, especialmente en la sección juvenil, que es donde están los jóvenes mayores de 18, mientras hayan esas carencias en la intervención malamente podríamos acceder a las sustituciones, o entender que son provechosas estas penas, porque al final terminan siendo la “penas de encierro”, están cerrados igual que está cerrado un adulto, incluso en peores condiciones, porque los adultos están llenos de programas y de talleres, de deportes, etc., los jóvenes no, porque como tienen que cumplir estos programas de intervenciones y que tampoco se cumplen.

▪ **Tabla de Abreviaturas**

CISC: Comisión Interinstitucional de Supervisión de los Centros Privativos de Libertad de Adolescentes

RPA: Responsabilidad penal adolescente