



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias sociales.
Carrera de Derecho

Tesina en Derecho

**“NIÑOS MENORES DE CATORCE AÑOS
QUE COMETEN HECHOS ILÍCITOS”**

Autor: Ignacio Riffo Marín
Profesora guía: Marcela Aedo Rivera.
Valparaíso, Diciembre de 2011.

Tabla de contenido

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
I CAPÍTULO :ASPECTOS GENERALES	6
1. EVOLUCIÓN DE LA RESPUESTA ESTATAL	6
2. LA IMPUTABILIDAD	8
3. LA RESPONSABILIDAD	12
II CAPÍTULO: MARCO JURÍDICO	14
1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	14
2. LEGISLACIÓN COMPARADA	17
3. LEGISLACIÓN NACIONAL	21
III CAPÍTULO: ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTAS	34
1. ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTAS	34
1.1 TÉCNICA LEGISLATIVA	34
1.2 EDAD PENAL MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE	35
1.3 PROCEDIMIENTO Y MEDIDAS APLICABLES	39
2. PROPUESTAS.....	47
CONCLUSIÓN	52
BIBLIOGRAFÍA	54
ANEXO.....	58
I ENTREVISTA A JUEZA DE FAMILIA SANDRA IBAÑEZ	58
II PROPUESTA DE PROYECTO ARTICULADO	66

RESUMEN

La estructura de esta tesina pretende dar a conocer los múltiples problemas que genera la legislación aplicable en el supuesto de que un niño menor de 14 años cometa un hecho ilícito. Esta normativa se puede caracterizar como poco consistente, susceptible de interpretaciones arbitrarias, y carente de inspiración en la doctrina de la protección integral, que es el conjunto de ideas en que la Convención Internacional de los Derechos del Niño encuentra sus fundamentos. Pretendo comprobar las características que he atribuido a esta solución legislativa principalmente a través de la comparación de la legislación nacional con la internacional, una entrevista a una jueza de familia y la revisión de bibliografía destacada en el tema. Una vez hecho esto reflexionaré sobre su implementación, y finalmente propondré algunas medidas de protección y precisaré cuál debiese ser el procedimiento que se aplique en estos casos, siempre teniendo como principio orientador la protección del interés superior del niño.

Palabras claves: *derechos de los niños, edad mínima de responsabilidad penal, niños infractores, sistemas de protección de la infancia, inimputabilidad*

INTRODUCCIÓN

A partir de la ratificación de la Convención Internacional de Derechos del Niño por parte del Estado de Chile, se inició un largo proceso de reforma de la legislación interna y de rediseño de las instituciones relativas a los niños y adolescentes, con el objeto de adecuarlas a la normativa de dicho tratado internacional y por ende a la doctrina de la protección integral. Dicho proceso aún no ha terminado, y constantemente este sistema ha tenido que ir perfeccionándose, y regulando aspectos que aún se encontraban inspirados en la doctrina de la situación irregular, que era la doctrina vigente en la mayor parte de las naciones antes de la creación de la Convención de Derechos del Niño.

En el ámbito penal nuestra legislación ha efectuado un cambio radical en relación a los adolescentes que cometen hechos ilícitos. Se estableció un sistema especial de responsabilidad penal juvenil que difiere en gran medida del antiguo sistema del discernimiento. Tal sistema considera que la edad de responsabilidad penal mínima es catorce años. Sin embargo, respecto de los niños que se encuentran bajo la edad de responsabilidad penal mínima la situación no ha quedado del todo clara. La reacción del Estado establecida por el legislador para estos casos a partir del 2007, prevé que el juez de familia determine en una sola audiencia sobre la vida futura del niño. Desde el punto de vista formal, para llegar a la construcción de este marco jurídico, se deben revisar diversos cuerpos legales, como son la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, el Código Civil y el Código Penal, de manera que el llegar a conocer esta normativa es bastante complicado, y es en sí una de las finalidades de este trabajo. Por otro lado, desde la perspectiva material esta respuesta genera diversas interrogantes, debido a la imprecisión de la redacción de la norma, esto genera una completa incertidumbre tanto en los jueces, como en cualquier persona que tome conocimiento de ella, en cuanto a definir con precisión cuál es la solución entregada por el legislador, y la política pública específica subyacente al fragmentado articulado. Idealmente esta normativa debiese establecer medidas de protección específicas, a través de un procedimiento que resguarde las garantías que el derecho internacional e interno otorgan al niño, y que tome en cuenta la calidad de inimputable e irresponsable de este, de forma que lo mantenga fuera del ámbito penal (incluso del etiquetado fraudulentamente con el nombre de protección). Sobre el particular, la ley considerada de forma aislada no entrega mayor información, en virtud de lo

cual me ha parecido relevante preguntar sobre si la normativa interna se adecua a la normativa de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Las metodologías de investigación utilizadas son el examen y la comparación de la normativa internacional y la nacional atingente a estos casos, la revisión de bibliografía destacada en la materia para así revisar las distintas opiniones que puedan existir entre los autores sobre esta vaga normativa, y finalmente realizaré una entrevista a una jueza de familia con el objeto de conocer que procedimientos y medidas se están aplicando en la práctica. Una vez que complete el proceso de aprehensión de los distintos datos que entreguen las metodologías, reflexionaré sobre la implementación de esta respuesta estatal, para finalmente precisar cual debiese ser el procedimiento y la naturaleza de las medidas aplicables, siempre teniendo como principio orientador la protección del interés superior del niño.

Con el objeto de responder la pregunta anteriormente planteada, la estructura de esta tesina estará compuesta por el primer capítulo que presenta los aspectos generales necesarios para entender desde un punto de vista doctrinal y dogmático los datos que serán expuestos durante el desarrollo de este trabajo. El segundo capítulo expone la normativa internacional y la nacional relativa a los niños infractores de la ley penal, efectuando una reconstrucción del disgregado marco jurídico. El tercer capítulo, efectúa en primer lugar un análisis crítico de los aspectos formales y materiales de esta legislación (en base a los antecedentes entregados por la jueza de familia en la entrevista mencionada en la metodología de investigación), y posteriormente ofrece propuestas en lo relativo a las políticas públicas generales relacionadas a la infancia, como en lo atingente al procedimiento y medidas que se deberían aplicar en estos casos, para velar por el interés superior del niño.

Para concluir este trabajo, agrego un anexo en el cual se incluye la transcripción de la entrevista realizada a la jueza del Tribunal de Familia de Viña del Mar Sandra Ibáñez Chesta, que ayuda a clarificar que es lo que ocurre en la práctica con esta imprecisa legislación, y una propuesta de articulado que se podría incluir en una posible Ley de Protección de los Derechos del niño, niña y adolescente.

CAPÍTULO: Aspectos generales

1. Evolución de la respuesta estatal

Una de las características de los sistemas jurídicos modernos, es el establecer un sistema diferenciado de atribución de consecuencias jurídicas a las infracciones a la ley penal, según si son cometidas por adultos, o por niños (Cillero, 2000:p. 101). Sin embargo, dicha situación no siempre ha sido así, y las respuestas del Estado frente a los niños y jóvenes que delinquen han sido distintas a través del tiempo, de tal manera que se puede observar una evolución del tratamiento de la problemática, que parte desde una reacción estatal, amparada en el positivismo naturalista, consistente en la consideración de los niños y de los jóvenes como objetos de derechos, hasta el actual reconocimiento de éstos como sujetos de derecho. Clásicamente, el trato que se le daba a los *menores*¹, era el mismo que se les daba a los adultos, y a la respuesta estatal más benigna que podían aspirar, era a la atenuación de las penas (Díaz et al, 2005:p.103)

Como señala Busto Ramírez, se consideró a los niños y jóvenes como objetos de derecho, desde el siglo XIX, hasta mediados del siglo XX, y por tanto se entendía que eran incapaces e irresponsables, por lo que debían estar bajo la tutela de entes responsables y capaces, teniendo la preferencia de dicha tutela el Estado. En este contexto, se diferenciaba a los *incluidos*², que eran aquellos niños y adolescentes que tenían cobertura de las políticas sociales básicas, de los excluidos, que eran todos los demás, que eran la mayoría. Los excluidos pasaron a ser los llamados *menores*, expresión que conllevaba la calidad de seres inferiores y peligrosos, por lo que requerían de salvación y de protección. Durante este periodo se consideró a todos los *menores* como inimputables, y por ello quedaban fuera del ámbito penal, quedando apartados al mismo tiempo de todas las garantías entregadas por las constituciones y las leyes en relación a las personas. Este planteamiento de peligrosidad tiene su origen en la escuela positivista naturalista italiana. Las distintas legislaciones nacionales de este primer periodo se enfocaban solamente en la defensa y protección de los menores, pudiéndose tomar al respecto todas las medidas necesarias para intentar cambiar esta situación inhumana. Ejemplo de lo anterior, son las llamadas *leyes de menores*, que se caracterizaban por asimilar a los que estaban en situación

¹ De aquí en adelante cada vez que utilice esta expresión será en un sentido tutelar, para mantener el sentido original que las distintas legislaciones y autores le quisieron dar.

² Expresión utilizada por Bustos Ramírez.

de desamparo, con los que debían ser objeto de protección, estableciéndose incluso medidas privativas o restrictivas de la libertad, con duración indeterminada. Ésta fue la forma en que se institucionalizó la *doctrina de la situación irregular* (2007: p. 7-11)

A partir de ésta idea se han generado diversos modelos (dentro de los cuales se pueden identificar diversas variantes), que han ido evolucionando desde la doctrina de la situación irregular, a la doctrina de la protección integral, caracterizándose en lo general dicho cambio, por pasar de la concepción del niño objeto de derechos, al niño sujeto de derechos. Tales modelos según la clasificación que realiza Higuera Guimerá, son; A) los modelos tutelares, en los que se sustituye el derecho penal por la pedagogía correctiva que incluía medidas educativas y reformadoras, en los que el tribunal no era de carácter represivo; las medidas se establecían en base a un estudio del menor, de su personalidad y de su ambiente. B) Los modelos educativos o de bienestar, son aquellos que tienen por finalidad alejar a los *menores* de la administración de justicia, proponiéndose una serie de medios extrajudiciales para solucionar los conflictos de los menores, tratando a la delincuencia desde una perspectiva educativa y sociológica. Tanto en este modelo, como en el anterior se da el mismo trato a los niños que cometían hechos ilícitos, como los que demostraban alguna conducta que supusiese inadaptación. C) Los modelos de responsabilidad, que se caracterizan por considerar a los *menores* como sujetos de derechos, estableciéndose derechos y garantías a favor de éstos, así como obligaciones; distinguir por primera vez entre los infractores de la ley y el resto de los casos, aplicándose el modelo sólo en el primero de los casos; establecer medidas que a pesar de estar dentro del sistema penal, tenían fines educativos, y constituir por primera vez un límite mínimo de edad, que se encontraba entre los 10 y los 14 años, y un límite máximo, en los 18 años, para que intervenga la justicia de menores. D) Los modelos mixtos, que toman criterios tanto de los modelos educativos como de los de responsabilidad, se pueden reconocer por recoger cuatro principios: desinstitucionalización, descriminalización, desjudicialización (diversión) y debido proceso (2003: p. 43-67). Esta clasificación no es la única existente, y algunos autores no hacen una diferenciación entre los modelos de responsabilidad, y los mixtos, de manera que al referirse a los modelos vigentes, se refieren a los de la responsabilidad.

Como se puede apreciar sólo desde los modelos de responsabilidad, que aproximadamente se producen en la década 70-80, se comienza a establecer límites mínimos y máximos de edad

penal, previamente todos los *menores*, eran considerados inimputables, y se atribuía como consecuencia de ello, que debían ser tratados como meros objetos de derechos. Con la promulgación y la posterior ratificación por la mayor parte de los Estados del planeta³, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la asamblea general de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se comenzó a considerar a nivel global que las personas menores de 18 años eran niños, y que sobre los menores de dicha edad, operaba una presunción, que consistía en que no tienen capacidad de infringir las leyes penales. Recayendo en los Estados partes adoptar medidas apropiadas para que se logre el sistema propuesto por la Convención.

Los modelos de la responsabilidad, que tienen su base en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, parten de especial consideración que se tiene respecto de los niños y los jóvenes, esto es, que además de la protección efectiva de los derechos humanos que les corresponden en su calidad de persona humana, deben además protegerse los derechos subjetivos que les corresponden por el hecho de ser niños. Lo más innovador y difícil de este modelo es lograr que la intervención pública, desarrolle la responsabilidad y el fortalecimiento del sujeto para que pueda ejercer adecuadamente sus derechos y cumplir con las obligaciones emanadas de los derechos de las demás personas. Este modelo supone que el ejercicio integral de los derechos de los niños y adolescentes, sea resguardado por mecanismos establecidos por el sistema jurídico diverso de los sistemas de adjudicación de responsabilidad por infracción de la ley. Este cambio en el paradigma del sistema de atribución de consecuencias jurídicas a los hechos ilícitos cometidos por los *niños* (en la nomenclatura de la Convención), obedece al fracaso de los modelos anteriores, los cuales estaban inspirados en la *doctrina de la situación irregular*, que reconocen en el *menor*, a un sujeto incapaz, lo que penalmente es conocido según la teoría de la incapacidad, como un sujeto inimputable (Cillero, 2000: p 102- 117)

2 .La imputabilidad

Como señalé anteriormente, clásicamente, se entendía que los *menores*, eran objetos de derechos, y desde el punto de vista penal se entendía que eran inimputables.

Con la vigencia de los modelos de responsabilidad, se comenzó a entender que los niños sólo eran inimputables, no así los adolescentes, los que quedaban sujetos a un sistema de

³ Los únicos Estados que constituyen excepción a esta regla son Estados Unidos y Somalia.

responsabilidad penal especial, existiendo diversas opiniones doctrinales sobre si tal responsabilidad, implicaría a su vez una imputabilidad especial o disminuida, o simplemente era algo diverso de la imputabilidad. Las edades en las que se entendía que un sujeto es un niño o es adolescente, varían de acuerdo a los distintos ordenamientos nacionales.

En nuestro país, antes del año 2007, siendo más preciso, previo a la entrada en vigencia de la Ley 20.084, el sistema de atribución de consecuencias jurídicas a los menores de edad que infringían la ley penal, era el del *discernimiento*. Se presumía de pleno derecho, que los menores de dieciséis años eran inimputables. Respecto de los mayores de dieciséis y menores de dieciochos, también eran inimputables a no ser que el juez, en el llamado juicio de discernimiento demostrase lo contrario. Una vez que entró en vigencia la ya nombrada Ley 20.084, se comenzó a diferenciar entre las consecuencias jurídicas que se les aplicaban a los mayores de 14 años y menores de 18, y a los menores de 14 años, que infringían la ley penal. A los primeros se les aplica el sistema de responsabilidad penal consagrado, en la misma ley que ya he citado, a los segundos, se les mantuvo irresponsables. Hay que precisar de todas formas, que ante el derecho penal, es tan inimputable una persona de tres años, como una que se encuentra en el límite superior al rango de la inimputabilidad (Cillero, 2000: p. 117) Es por esto, que es imprescindible para esta investigación el análisis previo del concepto de imputabilidad.

Desde el año 2007, en nuestro país, con la entrada en vigencia de la Ley 20.084, de responsabilidad penal adolescente, se comenzó a diferenciar entre las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos cometidos por menores de catorce años, y los mayores de esta edad, pero menores de dieciocho.

El sistema penal parte del supuesto de que lo habitual es que toda persona es capaz de culpabilidad y responsable. En el caso específico de que no se dé tal supuesto, no se podrán aplicar penas. Si una persona es incapaz de ser culpable, es inimputable, ello no significa que estas personas carezcan de capacidad para actuar y para realizar hechos ilícitos, si no que no son merecedoras de reprobación en el sentido. Ésta es la postura que generalmente se admite en la doctrina penal comparada; y es la que mayoritariamente ha admitido la doctrina de nuestro país. (Politoff, Matus, Ramírez, 2003:p. 294). Siguiendo esta idea, Cerezo Mir, entiende que la imputabilidad es lo mismo que la capacidad de culpabilidad, y por ello sería un presupuesto de la culpabilidad (2008:p. 767)

La imputabilidad es la capacidad de conocer lo injusto de actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento, sería la capacidad personal de ser objeto de reproche por la conducta ejecutada y, consiguientemente capacidad de culpabilidad como señala Enrique Cury. De manera que sólo puede presuponerse la libertad que da sentido a la reprochabilidad, de aquellas personas que sus características personales lo habiliten para adecuar su comportamiento a lo que señala el derecho. La ley parte del supuesto de que la mayoría de los seres humanos tienen un estado de normalidad y suficiencia de las facultades intelectuales y volitivas, que es lo que se requiere para ser imputable, de forma que la ley expresamente indica quienes son inimputables (2005:p 409)

No existe un único concepto de imputabilidad. La mayoría de los países europeos, en sus códigos penales, no definen que es la imputabilidad, como es el caso del código español (Cerezo Mir, 2008: p. 767). El código penal italiano, por su parte, define a la imputabilidad como la capacidad de entender o de querer, este concepto ha tenido un gran influjo en la doctrina tradicional, sin embargo, ha sido ampliamente criticado, ya que si una persona se encuentra excluida de tales capacidades, faltaría la acción o la omisión como primer elemento del delito. Por su parte del código penal alemán, se desprende que es la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a ese conocimiento, sobre este concepto, de este concepto se ha valorado el hecho de que en él converjan el elemento intelectual y el volitivo (Higuera, 2003: p.273). Este concepto que entrega el Código Penal Alemán, es el que maneja la doctrina dominante, y según Mir Puig es susceptible de la siguiente crítica; el segundo requisito o elemento de la fórmula, que vendría a ser el llamado elemento volitivo, el cual es que el sujeto sea capaz de actuar de acuerdo a la comprensión de lo ilícito del hecho, supone la concepción del poder actuar de otro modo, y ésta sólo tiene sentido, en la medida de que se acepte como presupuesto la libertad de voluntad o libre albedrío; y científicamente es imposible demostrar que el delincuente haya podido dejar de delinquir, por lo que no se podría admitir la definición dominante de imputabilidad (Mir Puig, 2005: p. 558).

Por su parte Juan Bustos Ramírez, señala que el concepto dominante, que se centra en las ciencias naturales, a pesar de tener una dirección valorativa también, debería ser revisado; tanto en el contenido de la fórmula, como respecto de la fórmula misma. Respecto de la revisión al contenido indica que a nivel individual, la realidad psicológica no se acaba en los aspectos cognoscitivos y volitivos, y a nivel social menciona que es restringida e insuficiente, ya que pasa

por alto la problemática de las subculturas, y las necesidades de éstas, lo cual trae como resultado una relación de dominación sobre ellas y consecuentemente una política discriminatoria. Respecto de la formula propiamente tal, su revisión apunta a que la problemática de la imputabilidad por sobre todo es una cuestión que debe ser resuelta desde el punto de vista político jurídico, y que debe significar dentro de un Estado social y de democrático de derecho, el enjuiciamiento de la responsabilidad en un orden distinto al penal criminal , y no la creación de una categoría distinta de personas como tendencialmente ha surgido desde las posiciones positivistas de peligrosidad (1988)

El código penal chileno, no define que es la imputabilidad. En su artículo 10, se limita a señalar quienes están exentos de responsabilidad criminal. Dentro de estos casos se señalan en sus numerales 1° y 2° las causales de inimputabilidad, las cuales según Cury, se dividen en dos grupos; aquellos que encuentran su origen en un trastorno mental de carácter patológico o accidental; y aquellos que se fundan en un desarrollo insuficiente de la personalidad (2005: p 767)

Nuestra Doctrina ha entendido a partir del artículo 10 del código penal, que señala quienes están exentos de responsabilidad criminal , específicamente desde su numeral 2°, que una de las causales de inimputabilidad se funda en un desarrollo insuficiente de la personalidad; el numeral en cuestión alude específicamente a las personas menores de 18 años, prescribiendo a continuación que la responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18, se regulará de acuerdo a lo dispuesto en la ley de responsabilidad adolescente. La redacción actual es la vigente desde mediados del año 2007, que se debe a las modificaciones efectuadas al Código Penal por la ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente⁴. Dicha situación no siempre ha sido así, ya que antes de la postergada entrada en vigencia de esta ley, se consideraba que operaba una presunción de derecho respecto de los menores de dieciséis años, consistente en que eran absolutamente inimputables, de manera a éstos lo único que se les podía aplicar eran las medidas de protección. Sin embargo, respecto de los mayores de esta edad, y menores de dieciocho años, la situación era distinta, se partía de la idea que eran inimputables, pero se podía procesárseles en la medida que a través del llamado *juicio de discernimiento*, se demostrase que había actuado con discernimiento.

⁴ La ley 20.084 fue publicada el 7 de diciembre de 2005, sin embargo, su artículo 1° transitorio, disponía que la mayoría de su articulado entraría en vigencia 18 meses luego de su publicación, esta vigencia posterior incluye las modificaciones al código penal.

3. La Responsabilidad

Para poder entender cuáles son los fundamentos para que los niños sigan siendo considerados absolutamente inimputables, a diferencia de los adolescentes, que quedan sujetos a un régimen penal especial, es menester entender los fundamentos que se han dado para realizar tal diferenciación.

Muñoz Conde señala que a partir del análisis del Código Penal Español de 1995⁵, el cual prescribe que cuando un menor de 18 años, comete un hecho que revista el carácter de delito, podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto a la ley que regule la responsabilidad del menor, de esta forma, se puede decir que existe una irresponsabilidad relativa del adolescente, basada en la sujeción a las consecuencias jurídicas que señala la ley especial en caso de que infrinja la ley penal. Por lo tanto, el menor de dieciocho años puede ser responsable por el hecho cometido, pero la exigencia de dicha responsabilidad será distinta a la que se les exige a los mayores de edad en el Código Penal (1996, p. 382). Las consideraciones que se tendrían para crear este régimen de responsabilidad especial, son las consideraciones particulares de los sujetos a los que se le aplica, ya que entiende a la imputabilidad como el resultado de un proceso de socialización en que el individuo desarrolla ciertas facultades que le permiten conocer las normas que rigen al grupo que pertenece. De esta manera este proceso de socialización no sería estático, ni se daría igual en todas las personas, pero a partir de los datos empíricos entregados por diversas áreas del conocimiento, como la pedagogía, la psicología, y la sociología, sería posible determinar un criterio cronológico, consistente en poder determinar desde que edad se puede hacer responsable al sujeto (2000, p. 415). Por lo que se puede decir que Muñoz Conde tiene una visión de la responsabilidad que se basa en la sociabilización del individuo, y en los criterios que aportan las distintas ciencias para determinar una edad desde la que se pueda exigir la responsabilidad de los sujetos.

Cillero señala que si el niño es sujeto de derechos, y los ejerce autónomamente de forma progresiva según la evolución de sus facultades, también su responsabilidad sería progresiva, y aquí se juzgaría los actos de los niños, en relación con su realidad jurídica, y no en relación con la de los adultos, de esta manera no sería posible decir que existe una inimputabilidad

⁵ Que es una de las legislaciones que se observó e inspiró nuestra legislación de responsabilidad, y por ello contiene una norma bastante similar a la que hoy en día encontramos en nuestro código penal-

equivalente entre los 0 años, hasta la mayoría de edad. Según la interpretación que realiza de los instrumentos internacionales, bajo cierta edad se debe declarar que existe incapacidad de realizar actos tipos, y sobre esa edad, y hasta los 18 años, se está sujeto a un sistema especial de responsabilidad penal. De esta manera el paso teórico más complejo, es diferenciar la inimputabilidad de la ausencia de responsabilidad, la cual estaría asumida por la propia Convención Internacional de los Derechos del Niño. El niño es inimputable penalmente e irresponsable, por otro lado, el *adolescente no es imputable desde el punto de vista del derecho penal de los adultos, pero si es responsable en sus actos* (Beloff et al, 2000:p. 117-119)

Bustos Ramírez señala que “la inimputabilidad del joven no impide su responsabilidad ni que se le aplique un derecho penal. Por eso mismo han de aplicarse todas las garantías del derecho penal en general, además de una profundización de ellas en virtud de la situación especial en que se encuentra el joven frente al Estado” (1988). La lógica que utiliza para llegar a esta conclusión, es la siguiente: existiría una diferenciación entre lo que él llama la responsabilidad penal en general, y la responsabilidad penal criminal. Basa esta diferenciación en que en los sistemas del discernimiento, existían ciertos *menores* de edad, que a pesar de ser inimputables, se les aplicaba una medida coactiva determinada, que tendría por fundamento el hacerlos responsables, ya que de otro modo, sólo sería un castigo, por otro lado en diversos códigos penales se habla de quienes están exentos de responsabilidad criminal, incluyéndose a los jóvenes, por lo que esto sería un planteamiento de política criminal para evitar los efectos de estigmatizadores de la pena criminal. Considera que los límites máximos y mínimos de edad en que un sujeto es responsable, deben estar basados en criterios de política criminal, y no en criterios exclusivamente psicológicos, biológicos, psiquiátricos o sociológicos. De esta forma estima que los límites mínimos deben estar conectados con la obligación educativa del Estado, y los máximos deben decir relación con la edad en que exista participación social, política y jurídica, idéntica a la de los *mayores*. De esta forma, podemos darnos cuenta que Bustos fundamenta la responsabilidad, en las relaciones sociales, y en criterios de política criminal. (1988)

II CAPÍTULO: MARCO JURÍDICO

1. Instrumentos Internacionales

Los principales instrumentos internacionales que reconocen los derechos de los niños son: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) del año 1985, Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD) de 1991, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores Privados de Libertad y la Convención Internacional de Derechos del Niño⁶ de 1988, siendo esta última la más importante por su carácter integral en el reconocimiento de derechos del niño (Bustos: 2007, p. 12-14)

Los tres primeros instrumentos mencionados a pesar de no tener la fuerza vinculante que tienen los tratados para los Estados, representan la voluntad de la comunidad internacional en este tema, por ello se aplican en la interpretación de los tratados, y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas. En la medida que las disposiciones de estos instrumentos se vuelvan costumbre internacional, pueden adquirir el carácter de obligatorias, según lo establecido en la Convención de Viena sobre Derechos de los tratados (Beloff et al: 2006, p.12)

Como cuestión previa es bueno advertir que la CIDN, entiende que son niños todas las personas menores de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya adquirido antes la mayoría de edad, como señala el artículo 1 de este instrumento internacional. A diferencia de algunas realidades locales, como es la regla general en América latina, la Convención no realiza una diferenciación entre niños y adolescentes.

Sobre el tema de las infracciones a la ley penal cometidas por menores de dieciocho años, la CIDN, establece un sistema de reacción social, que es resultado de la aplicación de la doctrina general que inspira a la convención, la doctrina de la protección integral, que consiste en la consideración del niño como un *pleno sujeto de derechos*, de manera que la convención se preocupa principalmente de la protección jurídica de la dignidad y de los derechos del niño. La finalidad del sistema de reacción social ante la infracción a la ley penal que prescribe la CIDN, es el asegurar el bienestar y el desarrollo integral del niño, obteniendo su adecuada integración

⁶ En adelante CIDN

social, en un marco de estricto respeto a sus derechos, considerándolo un sujeto, y no un objeto de derecho (Cillero, Couso, Juste, et al, 1995: p 80)

Siguiendo el análisis que realiza Cillero sobre las disposiciones prescritas por la CIDN, en lo referente a la regulación de las infracciones a la ley penal, existirían dos tipos: las que establecen principios generales de actuación frente a las infracciones, y las que establecen garantías, límites específicos o derechos para los infractores.

Respecto de las primeras, el artículo 40.1⁷ señala tres principios, en relación a la forma en que deben ser tratados los niños que sean acusados, o declarados culpables, o de los que se alegue que han infringido la ley penal, estos son: a) se debe fomentar la dignidad y el valor del niño, b) se debe fortalecer el respeto del niño por los derechos humanos, y libertades fundamentales de terceros y c) la reintegración del niño, que asuma una función constructiva en la sociedad. Esta disposición es el eje que orienta el objetivo de la reacción social ante la infracción a la ley penal. Además cabe señalar dentro de este grupo las disposiciones del artículo 37, referentes al derecho a la protección del infractor de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la tortura y de la excarcelación, y las del artículo 39 concernientes al derecho a la reintegración social y a la recuperación física y psicológica de todo niño que haya sido víctima de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Cillero, Couso, Juste, et al, 1995: p 89).

En relación al segundo grupo indicado se trata de “un catálogo de derechos que deben ser tenidos en cuenta al regular la relación estatal frente a las infracciones de la ley penal cometidas por niños. Estos derechos actúan a la vez como límites a la acción estatal (en cuanto debe respetarlos) y como garantías que el niño podrá exigir de las agencias estatales que corresponda:

- a) Derecho a que se favorezca y garantice en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño (art.6.2)
- b) Derecho a preservar la identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares sin injerencias ilícitas (art.8)
- c) Derecho a la vida privada y a no sufrir injerencias arbitrarias en ella ni en su familia, domicilio o correspondencia (art. 16)

⁷ Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

- d) Derecho a la Honra y a la reputación (art. 16)
- e) Derecho a la integridad personal y a un trato humanitario (art. 37)
- f) Derecho a un proceso y a las garantías que ello significa (artículos 37 y 40 letra b) N°III. Entre otros)
- g) Derecho a la defensa jurídica (artículos 37 letra d) y 40 letra b) N°III)
- h) Derecho a no ser privado de libertad en forma ilegal o arbitraria y a que ella proceda sólo como último recurso (artículo 37 letra b).
- i) Derecho a que se le apliquen diversas medidas alternativas a la internación, que aseguren su bienestar (artículo 40,n°4)” (Cillero, Couso, Juste, et al, 1995: p 90).

Dentro del derecho a un proceso y a las garantías que ello significa, la CIDN prescribe en su artículo 40 N°3 que los Estados deberán tomar medidas conducentes a la creación de instituciones, leyes, autoridades e instituciones específicas para los niños; acto seguido señala, que en particular debe establecer una edad mínima, antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. Esta disposición no se referiría a la imputabilidad penal de los adultos, sino de la atribución de un hecho material a un niño, ya que del artículo 40.1 se puede desprender que existe una diferenciación entre infringir la ley penal y ser responsable. De la interpretación de estos preceptos, se puede demostrar que la idea de una franja especial de responsabilidad sí existe en este instrumento internacional, de manera que bajo cierta edad, se declare que se es incapaz de realizar actos típicos, y que sobre esa edad, y antes de los dieciocho años se establezca un sistema de responsabilidad penal especial (Cillero, 2005: p. 118)

Las Reglas de Beijing por su parte, específicamente en su regla número 4⁸, dejan en libertad a los Estados para que fijen según sus criterios las edades mínimas y máximas de responsabilidad penal. En el derecho comparado las edades en que se considera a una persona adolescente responsable oscilan entre los 12 y los 14 años, ya que se entiende que es a partir de esa edad cuando comienza a cristalizarse la adquisición de responsabilidad y la capacidad de raciocinio, y se extiende hasta los 17 años. Por debajo de esas edades los niños que cometen infracciones quedan sujetos al control de su familia o de las instituciones civiles de protección, mientras que

⁸4.1.- En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.

las personas mayores de 18 años pasan a ser juzgadas y sentenciadas de conformidad con los Códigos Penales (Unicef, 2006 p. 1). Cuando la regla señala que el concepto de mayoría de edad debe fijarse en relación con las circunstancias que acompañan la madurez mental, emocional e intelectual, el propio comentario de dicha regla indica que no debe ser a una edad temprana, o si tal mayoría de edad no existiese el concepto de responsabilidad perdería sentido alguno, por ello se insta a la comunidad internacional para que convenga una edad mínima razonable que se pudiese aplicar internacionalmente. Esta regla relaciona la responsabilidad del comportamiento delictivo, con las responsabilidades sociales y otros derechos, que serían la expresión de cierta autonomía en desarrollo que la sociedad comienza a reconocerle al adolescente, por lo que se distancia de las teorías sobre la responsabilidad, como la que ha propuesto Muñoz Conde⁹, que encuentran sustento en condiciones exclusivamente personales del sujeto.

2. Legislación comparada.

La legislación española, que es una de las que inspira a la chilena en materia de responsabilidad penal adolescente, establece como edad desde la que se es responsable penalmente los catorce años. A las personas menores de esa edad, se les denominó *niños*¹⁰, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores. Los niños son irresponsables penalmente, y tienen un régimen civil propio, que se funda en la asistencia o protección, de manera que el Estado renuncia a la imposición de una medida sancionadora educativa, inspirada en criterios de humanidad. El Estado se limita únicamente a intervenir en el niño, en la medida de que exista algún supuesto de posible carencia educativa y familiar; en consecuencia las medidas aplicables son de naturaleza civil (Higuera, 2000: p. 308-312). La Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, señala que la entidad pública de cada Comunidad Autónoma, en caso de que el *menor*, se encontrase en situación de riesgo deberá ejercer todas las actividades pertinentes para reducir dicha circunstancia (art. 17), si se encontrase en situación de desamparo, deberá adoptar las oportunas medidas de protección (art. 18). Esta ley además considera que las entidades públicas correspondientes podrán en caso de desamparo ejercer la tutela legal del

⁹ Cfr. Muñoz Conde, 1996, p.382.

¹⁰ Misma denominación que ocupa la ley chilena.

menor (art. 18), asumir la guarda del menor (art. 19), o establecer el acogimiento familiar (art. 20).

Debido a la descentralización que existe en España en el ámbito de la política social, cada Comunidad Autónoma puede asumir las competencias que estime necesarias para trabajar con las situaciones de riesgo social, por lo que existe un verdadero mosaico de respuestas difíciles de unificar en una sola línea común. Sólo para ejemplificar esta variedad de respuestas institucionales, expondré la situación de tres Comunidades Autónomas.

En el caso de Aragón, se creó un equipo específico de intervención para los menores de catorce años que han cometido un delito en dicha Comunidad, llamado EMCA (Equipo de Menores de Catorce Años). El EMCA prevé un programa educativo y preventivo para intervenir en estos *menores*, inspirado en principios similares a los propios de la justicia de menores. Este programa considera medidas administrativas de protección, que son voluntarias, y que sólo pueden ser propuestas, de forma que si el niño no reconoce los hechos ilícitos que ha cometido de manera espontánea, o si el niño o su familia no aceptan la medida, el EMCA no puede imponerla. Dentro de las intervenciones propuestas por EMCA, están los programas de pensamiento pro social, que tratan sobre diversas formas de solucionar conflictos sin recurrir a la violencia, la reparación a la víctima o a la sociedad, la intervención de educación continua, y el reenvío de los expedientes a programas de protección de la infancia, o a servicios sociales básicos. Respecto de la duración de las medidas, en la práctica han predominado las de corta duración, de hasta tres meses. Al ser estos programas preventivos, incluso luego del archivo de la causa, los expertos pueden seguir trabajando con el niño, a petición de éste, o de su familia (Bernuz, Fernández, Pérez, 2007: p. 2)

Por su parte en Andalucía se tomó la decisión de no seguir ningún protocolo especial en el supuesto de que un niño cometa una infracción penal, sino atender su problemática en general. De esta forma los expedientes de los niños infractores de la ley penal conocidos por los fiscales de menores, pasan a los servicios de protección de las distintas provincias, y allí en base a su problemática personal y social, son atendidos según los protocolos existentes, por lo que no se atiende particularmente lo referente a la comisión del delito cuando pasan al servicio correspondiente (no existe un equipo de profesionales específico para el caso de los niños infractores). Las diligencias más usuales son el envío de cartas a los padres para que den algún tipo de respuesta a la conducta del hijo, y que se les informe de lo acontecido por parte del

servicio de protección, y la citación de los padres para que acudan a una entrevista con un profesional del servicio (Bernuz, Fernández, Pérez, 2007: p. 2-3).

En la comunidad de Castilla- La Mancha, se ha previsto una medida administrativa de carácter voluntario, para el niño que ha cometido un delito, y para su familia, que se ha denominado *seguimiento educativo*. Esta medida se puede implementar de diversas maneras, y puede integrar varias actuaciones. Por dar algunos ejemplos, el seguimiento educativo puede ser intenso, similar a una libertad vigilada, en la que un profesional supervise al niño, o puede ser de carácter preventivo, interviniéndose incluso con el grupo de amigos del menor, o simplemente puede que sea una actividad mediadora de conciliación con la víctima o de reparación del daño. Si el niño cometió el hecho ilícito con alguien mayor de catorce, pero menor de dieciocho, se toma en cuenta la resolución judicial, en que se impone una medida judicial a este último, para aplicar una respuesta similar al menor de catorce años. El principal problema de esta medida en cuanto a su aplicación, es que al ser una medida administrativa, la voluntad del niño y de su familia son determinantes para llevarla a cabo (Bernuz, Fernández, Pérez, 2007: p. 3-4).

En Brasil, el Estatuto del Niño y del Adolescente¹¹ (ECA), deja fuera del sistema de responsabilidad penal del adolescente, a las personas menores de doce años (art. 105). En el caso de que estos cometan una infracción a la ley penal, *les corresponderán*¹² alguna de las medidas de protección previstas para aquellos niños o adolescentes cuyos derechos se encuentran amenazados o violados¹³. El conflicto que genera el hecho de que corresponde aplicar una

¹¹ Ley N°8069 aprobada el 13 de Julio de 1990 y reformada por la Ley N° 10.764 del 12 de noviembre de 2003

¹² En palabras del Artículo 105 del Estatuto, por lo que se habla de que en Brasil existe una casi automática remisión de los niños infractores a los sistemas de protección. Art. 105. Al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101

¹³ Artículo 101. Verificada cualquiera de las hipótesis previstas en el art 98, la autoridad competente podrá determinar, entre otras, las siguientes medidas:

- I - encaminamiento a los padres o responsable, mediante declaración de responsabilidad;
- II - orientación, apoyo y seguimiento temporarios;
- III - matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental;
- IV - inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente;
- V - solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o tratamiento en ambulatorio;
- VI - inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos;
- VII - abrigo en entidad;
- VIII - colocación en familia sustituta

medida de protección, en el caso de que un niño infrinja la ley penal, es que se produce una casi automática derivación de estos niños a los sistemas de protección, de manera que se confunden aspectos penales, con aspectos relativos a la protección (Beloff, et al, 2006: p.16) .

El Código de los niños y los adolescentes de Perú¹⁴, señala que el niño menor de doce años será *pasible de medidas de protección* (art. 184), y se le aplicarán tales medidas en el caso de que cometa una infracción a la Ley penal (art. 242¹⁵). Por lo que el ordenamiento jurídico peruano, adolece del mismo defecto de la legislación brasileña en cuanto a la derivación automática de los niños al sistema de protección (Beloff, et al, 2006: p.19).

El ordenamiento jurídico de Nicaragua por su parte, contempla en el Código de la Niñez y la Adolescencia¹⁶, que los menores de trece años, no estarán sujetos a la justicia penal de los adolescentes, y que están exentos de responsabilidad (con excepción de la civil). Se prevé que el juez remita los antecedentes al órgano administrativo que corresponda según los fines de protección integral (art. 95¹⁷). A pesar de que se deriva automáticamente al niño infractor a los sistemas de protección, explícitamente se señala que se deben respetar las garantías y derechos del niño, y que bajo ningún motivo se les puede aplicar alguna medida que implique la privación de libertad. Este último esquema es el que sigue también el Código del Niño, Niña y

¹⁴ Aprobado por la Ley 27337 del 27 de julio de 2000 que modificó el Decreto Ley 26102 de diciembre de 1992.

¹⁵ Artículo 242.- Protección.- Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y
- d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial

¹⁶ Ley 287, aprobada el 24 de marzo de 1998

¹⁷ Las niñas y niños que no hubieren cumplido los trece años de edad, no serán sujetos a la Justicia Penal Especial del Adolescente, están exentos de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será ejercida ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, el Juez referirá el caso al órgano administrativo correspondiente con el fin de que se le brinde protección integral, velará y protegerá en todo caso para que se respeten los derechos, libertades y garantías de los mismos. Se prohíbe aplicarles, por ningún motivo cualquier medida que implique privación de libertad.

Adolescente¹⁸ de Bolivia, que prescribe que a las personas menores de doce años, previa investigación, se les aplicará alguna medida de protección, que en ningún caso puede ser privativa de libertad¹⁹ (Beloff, et al, 2006: p.24).

La Ley de Justicia Penal Juvenil²⁰ de Costa Rica, establece que las personas infractoras de la ley penal, menores de doce años, serán remitidas por los juzgados penales juveniles al órgano administrativo de protección, con el objeto de brindar el seguimiento y la atención necesaria. En el caso de que la medida de protección que se pretenda aplicar implique una restricción de la libertad ambulatoria del niño, se deberá consultar al juez de ejecución penal juvenil²¹ (Beloff, et al, 2006: p.41).

3. Legislación Nacional

El año 1990, Chile ratifica la CIDN²², de esta forma nuestro país al igual que el resto de los países que la ratifican (191), debía comenzar un proceso de reforma legislativa, con el objeto de que la legislación nacional adoptara los principios que inspiran a la convención. A diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de Latinoamérica, en que la recepción de la ideología de la protección integral, viene acompañada de la creación de verdaderos Códigos integrales que tratan de forma global las temáticas concernientes a niños y adolescentes, como es el caso de Brasil²³, Perú²⁴, Guatemala²⁵ o Nicaragua²⁶, sólo por nombrar algunos, nuestro país desarrolla

¹⁸ Ley 2026, aprobada el 27 de octubre de 1999

¹⁹ Artículo 223° (exención de responsabilidad).- Las niñas y niños que no hubieren cumplido los doce años de edad, están exentos de responsabilidad social quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será demandada ante los tribunales competentes.

Sin embargo, al niño o niña que infrinja la Ley Penal, previa investigación, debe aplicarse las medidas de protección previstas en el presente Código. Por ningún motivo se dispondrá medida privativa de libertad.

²⁰ Ley N° 7576 aprobada el 6 de febrero de 1996

²¹ Artículo 6.- Menor de doce años

Los actos cometidos por un menor de doce años de edad, que constituyan delito o contravención, no serán objeto de esta ley; la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, los juzgados penales juveniles referirán el caso al Patronato Nacional de la Infancia, con el fin de que se le brinde la atención y el seguimiento necesarios.

Si las medidas administrativas conllevan la restricción de la libertad ambulatoria del menor de edad, deberán ser consultadas al Juez de Ejecución Penal Juvenil, quien también las controlará

²² Promulgada por el Decreto 830 de 1990

²³ Estatuto del Niño y del Adolescente. Ley N° 8069 aprobada el 13 de julio de 1990 y reformada por la Ley N° 10.764 del 12 de noviembre de 2003.

²⁴ Código de los Niños y los Adolescentes. Aprobado por la Ley 27337 del 27 de julio de 2000 que modificó el Decreto Ley 26102 de diciembre de 1992.

²⁵ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto N° 27-03, del 4 de junio de 2003 (modificado por el Decreto N° 2-2004)

²⁶ Código de la Niñez y Adolescencia. Ley 287, aprobada el 24 de marzo de 1998.

estas temáticas e intenta incorporar la doctrina de vanguardia, a través de la modificación de los cuerpos legales ya existentes, o creando leyes especiales nuevas, que adolecen del defecto de estar llenas de remisiones a leyes ya existentes, creadas para supuestos de naturaleza fáctica totalmente distinta. Con más de una década de retraso en comparación a los cambios efectuados en los países vanguardistas en acoger lo prescrito por la CIDN en sus legislaciones nacionales, nuestro país comienza a efectuar cambios en el ordenamiento jurídico, el cual a pesar de haber incorporado la convención, mantenía lógicas tutelares. Ejemplos de la incorporación de la protección integral a nuestra normativa, son la creación de la Ley 19.958 de Tribunales de Familia, diversas modificaciones efectuadas al Código Civil, la derogación de parte de la Ley de Menores 16.618 (que es la ley tutelar por excelencia en nuestro medio), y la creación de la ley de responsabilidad penal adolescente .

La Ley 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente²⁷, es la ley que viene a recoger los postulados de la CIDN, en lo referente a las consecuencias jurídicas de que un adolescente infrinja la ley penal. Este cuerpo legal, fue promulgado el año 2005, sin embargo la mayor parte de sus disposiciones entra en vigencia en 2007, por lo ordenado en una de sus disposiciones transitorias²⁸

Previo a esta reforma legal, el Código Penal chileno, consideraba inimputable a todas las personas menores de 16 años, respecto de éstos se presumía *jure et de jure* su incapacidad de comprender lo injusto de su actuar y de auto determinarse conforme a ese conocimiento (Cury, 2005: p 429) o una ficción o presunción de derecho *in bonam partem* de que los menores de dieciséis años carecen del discernimiento necesario para ser considerados responsables penalmente (Politoff et al., 2003:p. 294). Respecto de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, por regla general eran inimputables, pero si quería procesárseles, el juez de menores correspondiente, debía declarar que el joven había actuado con discernimiento, situación que no se encontró ajena de críticas, ya que en la práctica existía un distanciamiento de lo que era realmente el discernimiento, y se le asimilaba a la *peligrosidad* (Cury 2005: p 431). Este sistema que se le aplicaba a los *menores*, que estuvo vigente hasta el año 2006, implicó un elevado grado

²⁷ En adelante LRPA

²⁸ Artículo 1º.- Vigencia. La presente ley entrará en vigencia dieciocho meses después de su publicación, con excepción de lo dispuesto en las letras a) y c) del artículo 68

de vulneración a los derechos humanos de los niños, porque desconocía su carácter de sujeto de derechos. Lo que resulta extraño es que en Chile se haya mantenido a través de la Ley de Menores este paradigma etiológico, propio del positivismo naturalista de la segunda mitad del siglo XIX, ya que en nuestro país dicha posición no alcanzó a tener de forma alguna predominio ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. La idea que sí logra tener predominio en el imaginario colectivo, es la consistente en que hay que eliminar las causas del delito de raíz, y que ellas se encuentra en la *situación irregular* del niño o adolescente, precisamente en su situación de abandono (Bustos 2007: p. 9-10).

El nuevo modelo que la ley de responsabilidad adolescente establece, tiene un ámbito subjetivo de aplicación que considera sólo a los denominados *adolescentes*, la propia ley²⁹ señala que éstos son los mayores de catorce y menores de dieciocho años, de esta manera se mantiene en la irresponsabilidad a los menores de catorce años, en concordancia a la prescripción de que los Estados establezcan una edad mínima, antes de la cual se presume que las personas son incapaces de infringir la ley penal, dispuesta por la CIDN. Este sistema de reacción estatal frente a la infracción a la ley penal, contiene todo el catálogo de garantías que se le conceden a los adultos, y además tiene en especial consideración el *interés superior del niño* (art. 3 CIDN³⁰).

²⁹ Artículo 3º.- Límites de edad a la responsabilidad. La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes.

En el caso que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad.

La edad del imputado deberá ser determinada por el juez competente en cualquiera de las formas establecidas en el Título XVII del Libro I del Código Civil.

³⁰ Artículo 3

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 cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de el ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se aseguran de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente.

Para que este modelo fuese coherente con el ordenamiento jurídico, especialmente con las normas penales, la propia ley 20.084 tuvo que realizar una modificación en el código penal, que antes de la vigencia de ésta, acogía el modelo tutelar del discernimiento ya comentado. De manera que la nueva redacción del artículo 10 del Código Penal³¹, que se refiere a quienes están exentos de responsabilidad criminal, señala a los menores de dieciocho años, pero efectúa la necesaria precisión de indicar que los mayores de catorce y menores dieciocho, estarán sujetos a lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal adolescente.

Respecto de los menores de catorce años, la LRPA, además de excluirlos de este sistema especial de reacción estatal, dispone en su artículo 58³², que si se sorprende a alguna persona menor de esta edad, ejecutando flagrantemente una conducta que cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales en primer lugar deberán hacer uso de sus facultades para restablecer el orden, y proteger a la víctima, para que luego la autoridad correspondiente lo ponga a disposición del tribunal de familia para que vele por la protección del niño. En caso de que se trate de una infracción de menor entidad, se puede entregar al niño inmediatamente a sus padres o a las personas que lo tengan a su cuidado. Sobre el tema de la protección, el procedimiento para aplicar alguna medida de esta naturaleza, está regulado en párrafo primero, del título IV, de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y las medidas que se podrían aplicar son las establecidas en la Ley de menores.

Al regular la LRPA la reacción estatal frente a los niños que cometen hechos ilícitos, sólo en caso de que sean sorprendidos ejecutándolos flagrantemente, deja un vacío en cuanto al procedimiento que se debe seguir, para poner a disposición del tribunal correspondiente al niño que cometa un hecho ilícito, pero no sea sorprendido ejecutándolo flagrantemente.

³¹ Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

2° El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil.

³² Artículo 58.- Restricción de libertad de menores de catorce años. Si se sorprendiere a un menor de catorce años en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales ejercerán todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad públicas y dar la debida protección a la víctima en amparo de sus derechos.

Una vez cumplidos dichos propósitos, la autoridad respectiva deberá poner al niño a disposición del tribunal de familia a fin de que éste procure su adecuada protección. En todo caso, tratándose de infracciones de menor entidad podrá entregar al niño inmediata y directamente a sus padres y personas que lo tengan a su cuidado y, de no ser ello posible, lo entregará a un adulto que se haga responsable de él, prefiriendo a aquellos con quienes tuviere una relación de parentesco, informando en todo caso al tribunal de familia competente.

Para los efectos de que el fiscal pueda interrogar al menor en calidad de testigo, se estará a las normas generales que regulan la materia.

Actualmente, los Tribunales de Familia tienen competencia para determinar qué medida es la que se aplica en el caso de que un niño cometa un hecho ilícito, tanto en caso de que sea sorprendido ejecutando la conducta flagrantemente (LRPA), como de una formal general, que no excluye la flagrancia (Ley de Tribunales de Familia). La diferencia entre las disposiciones de ambos cuerpos legales, es que para los casos de flagrancia, la LRPA expresamente señala que se pondrá al niño a disposición del tribunal de familia para que procure su adecuada protección, lo cual fácilmente puede ser interpretado por un juez, como la aplicación de una medida de protección, utilizando el procedimiento existente para el efecto, mientras que la Ley de Tribunales de familia, que otorga competencia cuando se trate de hechos punibles cometidos por un niño o por una niña, en conjunto con el Código Civil, prescriben que en una sola audiencia el juez deberá determinar sobre la vida futura del *menor*, sin ahondar en cuanto a las medidas aplicables, o en detalles de dicho procedimiento, por lo que estos asuntos quedarían a discreción del juez. De todas formas, sea cual sea la interpretación que se realice, la medida que se decida aplicar no debe tener carácter coercitivo, y debe velar por el interés superior del niño y el resguardo de sus derechos, en concordancia con la presunción de derecho prescrita en la CIDN consistente en la obligación de los Estados de establecer una edad mínima antes de la que una persona no tiene capacidad de infringir las leyes penales (artículo 40 N°3).

Por lo expresado anteriormente, resulta imperioso realizar un análisis de la Ley 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, ya que de esta forma es posible conocer en detalle cómo se regula en nuestro ordenamiento jurídico la respuesta estatal frente a los hechos punibles cometidos por niños o niña, porque como exprese previamente los tribunales de familia tienen competencia para conocer y resolver este tipo de asuntos. Este cuerpo legal fue promulgado el año 2004, y entró en vigencia en octubre de 2005³³. Esta ley desde su entrada en vigencia ha sufrido variadas reformas en lo atinente al procedimiento que se debe seguir en el supuesto de que un menor de catorce años cometa un hecho ilícito, debiendo en teoría estar orientadas todas ellas a velar por los derechos de los niños de forma más adecuada que sus versiones anteriores.

Antes de efectuar un análisis de las soluciones entregadas actualmente por la Ley de Tribunales de Familia, es necesario hacer una breve revisión histórica de las respuestas dadas por el ordenamiento jurídico chileno a los casos de menores de catorce años que cometen hechos

³³ Artículo 134.- Entrada en vigencia. Esta ley empezará a regir el día 1 de octubre de 2005.

ilícito, ya que de esta forma, será posible comprobar si efectivamente la nueva reacción estatal es un avance efectivo hacia la normativa exigida por la CIDN y por ende a una legislación basada en la doctrina de la protección integral.

Previamente a la eficacia normativa de la ley de Tribunales de Familia el año 2005, el único cuerpo legal encargado de regular la respuesta estatal frente a los niños que infringían la ley penal, era la Ley 16.618, que es la Ley de menores de 1967, cuyo texto actualmente refundido, coordinado y sistematizado, fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia. El contenido de esta Ley debe entenderse en el contexto de los modelos tutelares, y el sistema de discernimiento explicado previamente. En su texto original, se señalaba que en el caso de que un menor de dieciséis, o mayor de esta edad y menor de dieciocho que cometiese una infracción a la ley penal, y que hubiese actuado sin discernimiento, el juez podría aplicar alguna de las medidas que la misma ley establece (art. 28). Tales medidas eran cuatro³⁴: a) devolver el menor a sus padres o a quien lo tuviese a su cargo, previa amonestación, b) sometimiento a régimen de libertad vigilada, c) confiarlo a establecimientos especiales de educación y d) confiarlo al cuidado de una persona que se preste para ello, para que viva con su familia, y que esté capacitado para su educación (art. 29). El tiempo de las medidas quedaba a discreción del juez.

³⁴ Artículo 28.- Tanto el menor de dieciséis años, como el mayor de esa edad y menor de dieciocho años, que haya obrado sin discernimiento, que aparezcan como inculpados de un crimen, simple delito o falta, serán juzgados por el Juez de Letras de Menores respectivo, quien no podrá adoptar respecto de ellos otras medidas que las establecidas en esta ley.

La declaración previa acerca de si ha obrado o no con discernimiento, deberá hacerla el Juez de Letras de Menores, oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores o a alguno de sus miembros en la forma que determine el reglamento. En caso de no existir Casa de Menores, deberá oír al funcionario indicado en la letra l) del artículo 3°.

La resolución que declare la falta de discernimiento será consultada a la respectiva Corte de Apelaciones, cuando el delito merezca pena aflictiva. La Corte se pronunciará en cuenta sin otro trámite que la vista del Fiscal, salvo que se pidan alegatos.

Artículo 29.- En los casos de la presente ley, el Juez de Letras de Menores podrá aplicar alguna o algunas de las medidas siguientes:

- 1°- Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación;
- 2°- Someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuará en la forma que determine el reglamento;
- 3°- Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala o a algún establecimiento adecuado que el juez determine, y
- 4°- Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.

En el caso del N° 4°, el menor quedará sometido al régimen de libertad vigilada establecido en el N° 2°.

Estas medidas durarán el tiempo que determine el Juez de Letras de Menores, quien podrá revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores o a alguno de sus miembros en la forma que determine el reglamento. En caso de no existir Casa de Menores, deberá oír al funcionario indicado en la letra l) del artículo 3°.

Esta normativa se mantuvo sustancialmente inamovible en cuanto a su ideología hasta la entrada en vigencia de la Ley 20.084. A modo de ejemplo señalaré algunas de las modificaciones que se le han realizado a la Ley de menores en esta materia. El año 1994, la Ley 19.324³⁵, que modifica la Ley de Menores, en materias relativas a maltrato, que realiza pequeñas precisiones respecto a los establecimientos educacionales del artículo 29 n°3, y agrega que en caso de que el *menor* haya sido maltratado, los antecedentes pasarán a sede penal para buscar responsabilidades. La Ley 19.806, de 2002 que tiene por objeto adecuar el sistema legal chileno a la reforma procesal penal, agrega explícitamente a las facultades de los tribunales de menores, el conocer sobre los casos de menores vulnerados en sus derechos, y los casos de menores infractores de la ley penal menores de dieciséis años, o mayores de esta edad y menores de dieciocho que obren sin discernimiento³⁶, de esta manera se altera la redacción del artículo 29³⁷ de aquel tiempo. Además reemplaza la medida de confiar al menor a establecimientos educacionales, por confiarlo a establecimientos especiales de tránsito o rehabilitación³⁸. Un cambio más substancial, realizado por esta Ley, es la incorporación de medidas conducentes a la protección de los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (art. 30), las cuales son: el disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los *menores*, a sus padres, o a quien los tuviese bajo su cuidado; y el disponer que el *menor* ingrese a un centro de tránsito

³⁵ 1.- Modifícase el artículo 29, en los siguientes términos:

a) Suprímese en el N° 3° la frase "o a algún establecimiento adecuado que el juez determine".

b) Agrégase el siguiente inciso:

"Tratándose de un menor que ha sido víctima de maltrato, el Juez podrá, además de decretar las medidas indicadas en el inciso primero, remitir los antecedentes a los Tribunales competentes para aplicar sanciones penales a quienes resulten responsables, o para decretar otras medidas cautelares en beneficio del menor y de su grupo familiar."

³⁶ Artículo 26 :

7) Resolver sobre la vida futura del menor en el caso del inciso tercero del artículo 234 del Código Civil, y conocer de todos los asuntos en que aparezcan menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30;"

10) Conocer de todos los asuntos en que se impute un hecho punible a menores de dieciséis años, o mayores de esa edad y menores de dieciocho que hayan obrado sin discernimiento, y aplicar, cuando corresponda, las medidas contempladas en el artículo 29;"

³⁷ Artículo 29 Sustitúyese en el encabezamiento la expresión "En los casos de la presente ley", por "En los casos previstos en el artículo 26, N° 10, de esta ley".

³⁸ 3°) Confiarlo a los establecimientos especiales de tránsito o rehabilitación que esta ley señala, según corresponda

distribución, hogar sustituto, o en un establecimiento residencial³⁹. Por su parte, la Ley 20.032, suprime como medida del artículo 29, a la libertad vigilada.

Con la entrada en vigencia de la Ley que Crea los Tribunales de Familia, en octubre de 2005, se les concede a dichos órganos judiciales, la competencia para conocer y resolver todos los asuntos en que aparezcan niños gravemente vulnerados en sus derechos, y todos los asuntos en los que se impute un hecho punible a niños, o jóvenes exentos de responsabilidad penal, es decir respecto de los cuales no se estableciera que hubiesen actuado con discernimiento (Art. 10⁴⁰), facultad que antes residía en los tribunales de menores. Respecto de estos supuestos el juez podía adoptar alguna de las medidas del artículo 29⁴¹ respecto de la vulneración de derecho y del 30⁴²

³⁹ Artículo 30.- En los casos previstos en el artículo 26, N° 7, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

En particular, el juez podrá:

1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y

2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2), el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior. Esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo. Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. En todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto.

⁴⁰ Artículo 8°.- Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

8) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;

10) Todos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal, y aplicar, cuando corresponda, las medidas contempladas en el artículo 29 de la Ley de Menores

⁴¹ Cuya redacción en aquel momento era la siguiente:

Art. 29. En los casos previstos en el artículo 26, N° 10, de esta ley, el juez de letras de menores podrá aplicar alguna o algunas de las medidas siguientes:

1.º Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación;

2.º SUPRIMIDO

3º Disponer su ingreso a un centro de diagnóstico, tránsito y distribución o de rehabilitación o a un programa especializado de carácter ambulatorio, según corresponda.

4.º Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación. Estas medidas durarán el tiempo que determine el juez de

respecto de la imputación de hechos ilícitos, ambas normas de la Ley de menores⁴³. De manera que a pesar de haber cambiado la orgánica para estos supuestos fácticos, las medidas aplicables seguían siendo las mismas.

Como ya he adelantado varias veces, con la publicación y la posterior entrada en vigencia de la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, cambia sustancialmente el sistema de reacción estatal frente a la comisión de hechos ilícitos al menos para los *adolescentes*. Respecto de los *niños y niñas*, la situación no queda del todo clara, además del ya mencionado artículo 58 de esta Ley, que trata sobre la detención de los menores de catorce años en casos de flagrancia. La LRPA efectúa modificaciones a la Ley de Tribunales de Familia, y a la Ley de Menores. Respecto de la Ley de Tribunales de Familia, las modificaciones que tendrán incidencia en las consecuencias jurídicas para el supuesto de niños infractores de la ley penal son: que para el supuesto de vulneración de derechos (artículo 10 número 8), se sustituye la remisión al artículo 29, por una referencia a las medidas de protección adoptables en caso de vulneración de derechos (art. 30), sujetando tal adopción al procedimiento contravencional (el cual es creado a través de esta misma modificación) de la Ley 19.968, y agrega consecuencias jurídicas en el caso de comisión por hechos, que constituirían faltas, si fuesen cometidas por adultos y no estuviesen previstas en la Ley de Responsabilidad Adolescente (art. 10 bis⁴⁴). En cuanto a la Ley de Menores, la única modificación atingente al tema, es la derogación del ya varias veces mencionado artículo 29.

letras de menores, quien podrá revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias que hubieren llevado a decretarlas, oyendo al director o encargado del centro o programa respectivo. Tratándose del N° 3º), la medida de internación sólo procederá en los casos y por el plazo que sea estrictamente necesario.

En caso alguno el juez de letras de menores podrá ordenar el ingreso de una persona menor de dieciocho años en un establecimiento penitenciario de adultos.

⁴² Ver pie de página número 39.

⁴⁴ b) Incorpórase al artículo 8º el siguiente numeral 10 bis, nuevo:

"10 bis) Las infracciones que en caso de ser ejecutadas por mayores de edad constituirían faltas y que no dan lugar a responsabilidad penal, conforme al artículo 102 A. El juzgamiento de las mismas se someterá a las reglas establecidas en el Párrafo 4º del Título IV de la presente ley."

El problema que generó la derogación del art. 29 de la Ley de Menores, era que por un lapso de tiempo, se produjo la confusión en cuanto a cuál sería la medida y el procedimiento aplicable ante un hecho punible cometido por un niño exento de responsabilidad penal. La incógnita radica en que la derogación de las medidas dispuestas en el artículo 29, al igual que la aplicación del procedimiento contravencional, tenían eficacia normativa inmediata al momento de la publicación de la ley, siendo esto una excepción a lo que sucede con el resto de las normas de la Ley, que debían entrar en vigencia dieciocho meses luego de su publicación. De esta manera, los jueces de familia, entre Diciembre de 2005 (publicación LRPA), y Junio de 2007 (Vigencia de la totalidad de la LRPA), se encontraron con el siguiente cuadro ante supuestos de *menores* exentos de responsabilidad penal: la Ley de Tribunales de Familia, prescribía aún⁴⁵, que en los casos en que se imputara un hecho punible a niños, niñas y adolescentes exentos de responsabilidad penal se debía aplicar las medidas del artículo 29 de la Ley de Menores (Art. 8 N° 10), sin embargo, al estar ya derogado dicho artículo 29, generó discrepancias (y por ende prácticas forenses contradictorias) en cuanto a si continuar aplicándolo, o utilizar la versión que aún no entraba en vigencia del art. 8 N° 10 de la ley de tribunales de familia, que hacía remisión al artículo 30 de la Ley de Menores. La consecuencia que conllevaba el aplicar un articulado o el otro, es el uso de un procedimientos distintos, el especial de medidas de protección (art 68 y siguientes ley de tribunales de familia), para aplicar medidas en caso de vulneración de derechos (art. 30 de Ley de Menores), o el contravencional (art. 102 A y siguientes, de la Ley de Tribunales de Familia, sin aún plena vigencia), para aplicar alguna de las medidas que se disponían en los caso de menores exentos de responsabilidad penal, infractores de dicha ley (art. 29 de Ley de Menores). Omitiendo el tema de la vacancia legal, no se puede excluir el hecho de que las medidas del artículo 30 de la Ley de Menores, respondían a casos de vulneración de derechos, por lo que el establecer su aplicación para supuestos de hechos punibles, revive la confusión del *menor delincuente abandonado*. Además de todo esto, tanto el procedimiento contravencional, como el especial de medidas de protección, no prevén criterios de proporcionalidad entre la medida de protección, y los hechos que le dieron origen, ni fijan límites máximos para la medida (Bernaes et al, 2007: p. 185-187)

⁴⁵ ya que las modificaciones en materia de Tribunales de Familia no entran de inmediato en vigencia, al igual que la gran mayoría de las disposiciones de la LRPA

Una vez que entró en vigencia completamente la LRPA, tanto para los supuestos de vulneración de derechos, como para los casos de menores de catorce años (que por tanto están exentos de responsabilidad penal⁴⁶) a los que se les impute la comisión de un hecho ilícito, se les aplicaba las medidas de protección del artículo 30 de la Ley de Menores, con todos los inconvenientes doctrinales anteriormente mencionados.

Hasta la promulgación de la Ley 20.286, que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley 19.968, que crea los tribunales de familia, en agosto de 2008, se mantuvo el marco legal anterior, siendo esta la última modificación importante hasta el día de hoy en materia de niños infractores de la ley penal. Con esta nueva modificación a la Ley de Tribunales de Familia, se reestructura el artículo 8⁴⁷ (que otorga competencia a estos órganos judiciales, para conocer y resolver determinadas materias), quedando en el numeral 7 los casos de vulneración de derechos, y en el 9 (con el objeto de adaptar esta Ley a la LRPA) en su primer inciso, las faltas cometidas por *adolescentes*, que quedan excluidas del sistema de responsabilidad penal juvenil, y en su segundo, los hechos punibles cometidos por un niño o niña, caso en el cual el juez de familia procederá de acuerdo a lo previsto en el artículo 102 N⁴⁸, que es la segunda innovación de importancia que introduce la Ley 20.286, respecto a los supuestos de niños o niñas que cometen hechos ilícitos, en cuanto a la Ley de Tribunales de Familia.

La idea de realizar esta última modificación en particular, surge de una indicación efectuada por la aquel entonces Senadora Alvear, como consta en la historia fidedigna de la Ley 20.286⁴⁹. En

⁴⁶ Ya que se deroga el modelo del discernimiento, y en su lugar predomina el de protección

⁴⁷ Artículo 8°.- Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores

9) Todos los asuntos en que se impute la comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de catorce y menores de dieciséis años de edad, y las que se imputen a adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, que no se encuentren contempladas en el inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 20.084.

Tratándose de hechos punibles cometidos por un niño o niña, el juez de familia procederá de acuerdo a lo prescrito en el artículo 102 N

⁴⁸ Artículo 102 N.- En los casos en que un niño, niña o adolescente inimputable incurra en una conducta ilícita, el juez de familia deberá citar a su padre, madre o a quien lo tenga a su cuidado a una audiencia, para los fines del artículo 234 del Código Civil.

⁴⁹ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20286/HL20286.pdf>

un comienzo lo que se propuso fue que ante los hechos ilícitos cometidos por *niños*, se mantuviese como reacción estatal, la posible adopción de alguna de las medidas de protección de la Ley de Menores (artículo 30), pero aplicándose el procedimiento especial de medidas de protección en lugar del contravencional, ya que el empleo de este último procedimiento, que en general se utiliza en el supuesto de faltas cometidas por adolescentes, generaría un contrasentido si se le aplican a niños, ya que son inimputables. Posteriormente, sin dar mayor argumentación, se señala que tampoco el procedimiento especial de medidas de protección es el apropiado en esta situación. Por lo que se concluye que *existe un vacío legal, pues no hay norma aplicable a los menores penalmente inimputables que incurrir en conductas ilícitas*. De esta forma se decide complementar el artículo 8 n° 10, con un párrafo que se remite al artículo 102 N.

Con esta última reforma, el legislador aparentemente pone fin a una serie de desafortunados intentos por concretizar una respuesta estatal consistente al menos en el aspecto formal, en lo relativo a la excesiva dispersión normativa previamente existente, ante la problemática de los niños menores de catorce años que cometen hechos ilícitos, entendiéndose por adecuado, una forma de solucionar años de remisiones confusas, que conllevaban el análisis obligatorio de artículos derogados o que simplemente aún no entraban en vigencia. Sin embargo la redacción de este nuevo articulado, pese a entregar una normativa que a simple vista parece coherente, que incluye remisiones que al menos coinciden temporalmente en su vigencia, acarrea consigo nuevas complicaciones.

La deficiencia que presenta esta innovación legislativa, surge de lo dispuesto en el artículo 102 N, el cual señala que en los casos en que un niño o niña cometa en un hecho ilícito, el juez de familia deberá citar a su padre, madre o a quien lo tenga a su cuidado, a una audiencia para los fines del artículo 234⁵⁰ del Código Civil, consolidándose la ya usual práctica de efectuar

⁵⁰ Art. 234. Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales del artículo 71 de la ley N° 19.968, con sujeción al procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de la misma ley, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.

Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad.

Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres.

remisiones normativas a distintos cuerpos legales, que por lo demás entregan soluciones a distintos supuestos, para dar solución al tema que estoy analizando. Esta norma del Código Civil regula la facultad de los padres para corregir a los hijos, además de otorga a los jueces de familia la facultad para aplicar medidas de protección en caso de producirse un menoscabo en el niño o niña, también indica que el juez puede tomar determinaciones sobre la vida futura del *menor*, surgiendo en principio la problemática de determinar a cuál de estos fines se refiere. Este conflicto se supera volviendo a revisar lo expuesto en la historia fidedigna de la Ley 20.284, la que aclara que al hacer alusión a los fines del artículo 234 del Código Civil, estos se refieren a *tratar sobre la vida futura del menor*. Finalmente debo señalar que en lo que respecta a la historia fidedigna de esta ley, esta agrega que se debe relacionar la norma del artículo 234 del Código Civil, con la responsabilidad extracontractual de los padres, curadores, o tutores, por los hechos dañosos cometidos por sus representados, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 2319 y 2320, ambos del Código Civil.

En síntesis, para poder conocer el marco jurídico correcto respecto de las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico chileno, para el supuesto de que un *niño* cometa un hecho ilícito, habrá que revisar al menos los siguientes cuerpos normativos: Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, 20.084; Código Penal; Ley de Tribunales de Familia, 19.968; Ley de Menores 16.618, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia y; Código Civil.

III CAPÍTULO: ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTAS

1. Análisis crítico

1.1 Técnica Legislativa

La principal característica formal del marco jurídico que he expuesto, es el excesivo uso de remisiones normativas. Este tipo de remisiones generan bastante inconvenientes. En primer lugar resulta complicado tanto para los operadores del derecho, como para los juristas e incluso para las personas en general, poder tomar conocimiento de la normativa, y posteriormente actuar en conformidad a esta. A esta dificultad se suma el hecho de que las leyes vigentes donde se debería encontrar lo medular de la regulación, tienen numerosas remisiones a otros cuerpos normativos, lo que lleva a coordinar normas cuyos supuestos originales de aplicación son distintos. Además existe el riesgo de omitir aspectos propios de la realidad que se está regulando, ya que no existe una única ley que regule el supuesto de los *niños* infractores de la ley penal, en un sentido material, de manera que la construcción del marco jurídico aplicable se efectúa con partes de distintas leyes, que a veces se enfocan en otros supuestos de hecho jurídicamente relevantes. Esta fragmentación de las respuestas estatales puede conllevar prácticas forenses diversas y contradictorias, lo cual puede llegar entorpecer los objetivos planteados por la CIDN. De esta manera esta técnica legislativa produce un problema crítico que dice relación con la seguridad jurídica de la eficiencia de la política pública para la infancia (Bernal et al, 2007: p. 183-184).

Esta problemática de dispersión normativa fácilmente podría ser subsanada por la creación de una Ley de protección de Derechos de la Infancia y la Adolescencia, que regule de forma clara cuales son los derechos que se les reconocen a los niños, así como los mecanismos con los que cuenta el Estado para prevenir una eventual vulneración de derechos, o para reparar al niño o a su familia en caso de que sea efectiva la vulneración. Esta ley debiese tratar de manera acorde a la doctrina de la protección integral los casos de niños menores de catorce años que cometen hechos ilícitos, de manera que la respuesta Estatal deberá tener particularmente en cuenta el hecho de que se trata de niños, y que por ende inimputables e irresponsables.

1.2 Edad penal mínima de responsabilidad penal adolescente

Los límites fijos de edad a partir de los cuales los niños se convierten en adolescentes y a la vez responsables frente a la ley penal, es en buena medida el criterio o modelo vigente en la mayoría de los Estados partes de la CIDN. Esto se debe a que esta Convención Internacional prevé en primer lugar que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo de acuerdo a la evolución de sus facultades (art. 5), lo cual significa que a mayor autonomía en el ejercicio de sus derechos tendrá una creciente responsabilidad por sus actos. Para hacer esto efectivo, este mismo instrumento agrega que debe ser garantizado por los Estados *el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales* (art 40.3.a), lo cual se refiere a la atribución de un hecho material y no al tema de la imputabilidad penal de los adultos como podría pensarse, esto se colige así porque de acuerdo al artículo 40.1⁵¹ habría una distinción entre infringir la ley penal y ser responsable de su violación. De la interpretación conjunta de esta normativa se puede llegar a la conclusión de que la CIDN reconoce el criterio de establecer límites de edad fijos, bajo los cuales se declara que hay incapacidad de realizar actos típicos, o en otras palabras no se pueda violar la ley en un sentido objetivo, y sobre la cual y hasta los dieciocho años, se establezca un sistema de responsabilidad penal especial (Beloff et al, 2000:p. 117- 118).

Como ya adelanté, las Reglas de Beijing no establecen una edad mínima exacta y concreta que funcione como límite mínimo de la responsabilidad penal juvenil, sólo se exige que no se trate de una edad *demasiado temprana*, teniendo en consideración las circunstancias que acompañan a la madurez emocional e intelectual. De esta manera no existe una edad mínima concreta, existiendo diferencias notorias entre los distintos países (Higuera, 2000: p. 67)

⁵¹ Artículo 40

1.Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

El criterio para efectuar la diferenciación entre un niño y un adolescente es de carácter biológico o cronológico puro, que se basa en un dato objetivo: el haber cumplido o no determinada edad. No es de relevancia el evaluar el discernimiento, ni la madurez del niño, lo que por lo demás sería incompatible con la normativa que expuse de la CIDN, que exige la introducción de ciertos límites de edad por vía legal⁵² (UNICEF, 2005: P.73)

El establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal, es una decisión del legislador de cada Estado, quien crea una presunción *iuris et de iure* de la inimputabilidad. Esta decisión legislativa, es por sobre todo una opción de política criminal, y no se trata de una decisión técnica que permita concluir cuando alguien es maduro. En el caso español, que tiene al igual que el caso de Chile una edad mínima de catorce años, se señaló en la indicación de motivos de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor que las infracciones cometidas por los menores de esta edad son en general irrelevantes y que en los escasos supuestos de que pudiesen producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiares y de asistencia civil, sin necesidad de que intervenga el aparato judicial sancionador del Estado (Higuera, 2000: p. 310)

En la historia fidedigna de la Ley 20.084⁵³, de Responsabilidad Penal Adolescente al señalarse que la edad mínima de responsabilidad penal está ubicada en los catorce años, se argumenta que dicha edad es la que sigue el derecho comparado y la doctrina, y a continuación agrega que esta edad está en conformidad con los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que presume que bajo una edad mínima, los menores no tienen responsabilidad penal y sólo son susceptibles de medidas de protección, y, en consecuencia, el Estado renuncia a toda acción en contra de ellos. Me parece interesante la intervención del diputado Ceroni, que en la discusión de dicho proyecto señala que *sin duda, se echa de menos un proyecto de ley de protección de menores de 14 años, pero el Ejecutivo se ha comprometido a enviarlo. Así, completaremos un escenario que proteja y rehabilite a los menores de 14 años que han cometido un hecho delictivo*, ya que dicho proyecto aún en el presente año (2011) aún no se concretiza en cuerpo legal o proyecto de ley alguno.

Frente al cuestionamiento de hasta qué edad mínima se puede enfrentar la capacidad de respuesta del niño con las exigencias del ordenamiento jurídico, Bustos Ramírez señala que hasta

⁵² Unicef estima que la abolición de los límites de edad impuestos por la ley conduciría a un aumento de las violaciones de los derechos del niño

⁵³ Para un mayor análisis revisar <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>

antes de los siete años de ninguna manera alguien podría sostener que se le pueden plantear exigencias jurídicas a un niño con sanciones penales. Desde esa edad en adelante se puede dar todo tipo de argumentos en cuanto a cuál debe ser la edad mínima, frente a esto, se deben descartar todas las argumentaciones que se basen exclusivamente en planteamientos biológicos, psicológicos o psiquiátricos, para no caer en la tesis peligrosistas o positivas nuevamente. La determinación de la edad mínima, es de carácter político criminal, y se debe poner en conexión con la obligación educativa del Estado, lo que significa que se puede exigir una respuesta determinada de parte del niño, siempre que se le haya dado las bases de formación para tal capacidad de respuesta, lo que para el caso español se correspondería como mínimo con la enseñanza básica, lo que se significaría en este caso que la edad mínima debiese estar en los trece años, porque a esa edad finaliza tal enseñanza. Bustos agrega que aplicar una sanción penal a un menor de trece años implicaría una grave alteración de su desarrollo y formación, por lo cual desde una perspectiva de las consecuencias parece desaconsejable establecer una edad mínima de responsabilidad penal anterior a los trece (1998: p.10-11).

Por todo lo anteriormente expuesto, me parece que la edad de catorce años, como edad mínima de responsabilidad adolescente es una edad prudente. Sin embargo, siguiendo la argumentación de Bustos en lo referente a la relación de edad mínima y la obligación estatal de entregar educación a los niños, me parece que para el caso chileno debiese aumentarse la edad mínima, por todas las deficiencias que fácilmente pueden vislumbrarse en el sistema educacional público chileno. En mi opinión no debería rebajarse esta edad penal, ya que los ámbitos familiares y en caso de vulneración de derechos, los protectores son suficientes, por lo que el Estado no debería inmiscuirse aplicando sanciones en estos casos. Por lo demás considero que los esfuerzos legislativos debiesen estar puestos en establecer políticas sociales preventivas, con fines educativos. A pesar de que estos últimos son más caros que la aplicación de penas o medidas socioeducativas con ciertos sesgos penales, son mucho más eficaces.

La Universidad Diego Portales, que habitualmente desarrolla trabajos de investigación y de producción de propuestas legislativas, el año 2007 elaboró un informe titulado *análisis del proyecto de ley de protección de derechos del niño*⁵⁴. En dicho proyecto han trabajado Miguel Cillero, Martín Bernal, Felipe Viveros, entre otros, ellos proponen allí un *informe preliminar*

⁵⁴ Disponible en <http://es.scribd.com/doc/44866556/CILLERO-Et-Al-Informe-UDP-Proyecto-Ley-Proteccion-Derechos-2007>

sobre atribución de consecuencias a niños menores de 14 años a los que se les atribuyen delitos, en el cual sugieren realizar una diferenciación dentro de la categoría de *niños*: Entre los menores de 14 años imputados de cometer un delito, la propuesta diferenciará dos grupos: aquellos inculcados de un número determinado de delitos graves y mayores de 12 años, de los demás. Los primeros serán autores de *infracciones* y los segundos de *contravenciones*. Las *medidas de protección* serán distintas según se trate de una categoría u otra, previéndose medidas de protección que puedan ser decretadas de acuerdo a criterios de proporcionalidad entre el hecho y la medida. Si el objeto del juicio es la imputación de un delito, sólo respecto de las *infracciones* será posible aplicar una medida de protección que implique privación de libertad, para su aplicación se requiere de un proceso donde se acrediten los supuestos que la justifican, y la necesidad de la medida que se pretende. Si el supuesto que se trata es sobre vulneración de derechos, habrá que subdistinguir: si se trata de un niño mayor de 12 años la posibilidad de que se aplique como medida el internamiento sólo será factible en la medida de que se cuente con el consentimiento del niño, salvo el peligro serio para su vida o integridad física, si se trata de un niño menor de 12 años, se puede aplicar el internamiento, si por los malos tratos de sus padres o guardadores o su falta de cuidado, el niño se encontrare en una situación que ponga en peligro su vida o integridad física o psíquica.

Me parece que esta propuesta es una mera reacción al alarmismo social; una medida para satisfacer a la opinión pública. La creación del grupo compuesto por los niños mayores de doce años y menores de catorce que cometen algún delito grave, a los cuales se les aplicará una medida de protección relacionada con el hecho ilícito cometido, es a mi parecer una disminución tácita de la edad mínima de responsabilidad penal. Llego a esta conclusión debido a que frente a la infracción de la ley penal, el Estado reaccionará aplicando una medida determinada, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho, poniéndose el enfoque del procedimiento en el hecho ilícito, y no en una situación de vulneración o amenazas de derechos, de manera que de forma no expresa se estaría transgrediendo el principio de nuestra legislación, creado en virtud de las normas de la CIDN consistente en que los niños menores de catorce años son inimputables e irresponsables. Esto se debe a que se les estaría aplicando una consecuencia jurídica para hacerlos responsables frente a un hecho, tal consecuencia a pesar de llevar el nombre eufemístico de medida de protección, no sería tal ya que en caso de no haber una vulneración de derechos, se aplicaría la medida de todas formas, de esta manera se estaría volviendo a la vieja concepción del niño como objeto de medidas. Esta forma de legislar produciría un caso de derivación automática del niño

mayor de doce y menor de catorce años que cometa un hecho ilícito que se considere grave, consistente en la necesaria aplicación de una medida por parte del tribunal correspondiente.

Esta propuesta de legislación al pretender incluir dentro de nuestro ordenamiento jurídico una norma de esta naturaleza, no estaría contribuyendo a velar por el interés superior del niño, ya que el establecer consecuencias jurídicas frente al hecho ilícito mismo constituiría verdaderas sanciones penales, o en el caso más favorable medidas de seguridad, lo cual generaría más efectos perniciosos que positivos, ya que un niño que delinque a esa edad, en la gran mayoría de los casos lo debe hacer por influjo de un medio familiar y social que vulnera sus derechos, y la respuesta social debiese poner el acento en velar por los derechos del niño, y no en reprochar la conducta antisocial. En este sentido este proyecto de Ley vela más por una supuesta seguridad ciudadana vulnerada por un fenómeno de violencia infanto juvenil, el cual es en realidad un temor irracional, sin fundamentos empíricos, producido por casos puntuales que se han dado en nuestro país que son excepcionalísimos, como el ya famoso caso del *Cisarro*, que por la rehabilitación y reparación del niño.

Por lo demás el establecer el internamiento como *medida de protección* necesaria, aplicable frente a supuestos de niños mayores de doce años que cometan determinados delitos graves, deja entre ver de forma más certera las características que le he asignado a este proyecto, ya que se está haciendo pasar una verdadera sanción, que constituye una reacción estatal del poder punitivo frente a un hecho ilícito, por una medida que tiene por objeto proteger a un niño. Este hecho constituiría un fraude de etiquetas, y desvirtuaría el sentido que nuestro ordenamiento ha concedido a las medidas de protección, que pretenden por sobre todo velar por los derechos y el interés superior del niño de acuerdo a lo prescrito por la CIDN, y sus postulados de protección integral de la infancia. El internamiento en particular debiese considerarse sólo para casos muy graves de vulneración de derechos, en que ya existiendo otra medida de protección previa, las personas que tienen a su cargo al niño no quieren o no pueden hacerse cargo de él.

1.3 Procedimiento y medidas aplicables

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 102 N de la Ley de Tribunales de Familia, si un niño menor de catorce años, comete un hecho que si fuese ejecutado por un sujeto mayor de esa edad constituiría un delito, el juez de familia deberá citar a su padre, madre o a quien lo tenga a su cuidado a una audiencia para los fines del artículo 234 del código civil, esto es, para tratar sobre

la vida futuro del niño. A partir de este marco jurídico se han producido variados inconvenientes en cuanto a las interpretaciones posibles y a la aplicación práctica de la norma.

El hecho de que en una sola audiencia el juez tenga que decidir sobre la vida futura del menor, no dice mucho. El legislador no señala como se concretizan en el ordenamiento interno los derechos y garantías de los niño contemplados en la normativa internacional ratificada por Chile, de manera que al realizar un análisis a priori puedo concluir que esta *solución* pone en riesgo el efectivo respeto tanto de los derechos fundamentales⁵⁵ como de los derechos específico de los niños, ya que en parte alguna se hace alusión al interés superior del niño, al derecho del niño a ser oído o al derecho a que se favorezca y garantice en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño, por nombrar algunas de las garantías específicas que el Estado Chileno se ha comprometido a proteger. De esta forma, este marco jurídico corre el riesgo de vulnerar la CIDN y los postulados de la doctrina de la protección integral del niño, toda vez que a la luz de la norma, perfectamente se podría interpretar y aplicarla inspirándose en los principios de la teoría de la situación irregular. La reconstrucción de esta disposición genera problemas relacionados con la seguridad jurídica y con una potencial transformación de esta respuesta estatal que debiese ser de corte proteccional, en una forma encubierta de subir el límite de edad de responsabilidad penal de forma tácita, sin tener que generar un debate legislativo, lo que en otras palabras puede ser llamado una manera de hacer política criminal encubierta en contra del interés superior del niño, lo cual constituiría claramente un fraude de etiquetas, propio del siglo pasado. Esto último además de ser consecuencia del mal diseño del procedimiento o si se quiere a la ausencia de procedimiento o en su caso de la remisión a otro procedimiento, se debe a las desconocidas medidas que el juez de familia está facultado a aplicar para determinar la vida futura del niño, en este punto al igual que en lo que respecta al procedimiento hay un problema grave de seguridad jurídica.

A pesar de que la Ley de Tribunales de Familia faculta a los jueces a dictar sentencia en una sola audiencia en diversas materias de su competencia, como pueden ser divorcio, alimentos o medidas de protección, ninguna de dichas temáticas tiene la trascendencia que puede llegar a tener el determinar la vida futura del menor, ya que ello implicaría que la decisión que tome el juez va a tener efectos hasta que el niño cumpla dieciocho años, y no podría ser removida o modificada más que por un juez de familia, por lo que al no haber una norma que señale cuales

⁵⁵ Que tiene toda persona por el hecho de ser persona

son las medidas que se pueden aplicar, ni el carácter de éstas, que no deberían implicar una consecuencia jurídica que busque la responsabilidad del niño por el hecho cometido, se corre el riesgo que un juez que se ha formado en los principios de la doctrina de la situación irregular tome una decisión que busque la responsabilización del niño o que no satisfaga de manera efectiva el interés superior del niño, de manera que por esta vía podría llegar a revivirse la figura del menor delincuente que se encuentra en estado de abandono.

En esta reconstrucción normativa hay un punto en el que sí existe total claridad: en Chile no existe la figura de la *derivación automática* del niño a los tribunales de justicia. Esto tiene su sustento, como ya expuse anteriormente, en la redacción del artículo 58 de la LRPA que da la facultad a la autoridad respectiva para poner entregar inmediata y directamente al niño a sus padres, a la persona que lo tenga a su cargo, o en caso de que ello no sea posible a un adulto responsable, prefiriendo a los que tengan una relación de parentesco, siempre que la infracción sea de menor entidad. El problema que existe en torno a los países que contemplan la derivación automática en sus ordenamientos jurídicos, es que corren el riesgo de revivir la indeseable figura del menor delincuente abandonado, ya que de manera necesaria el juez deberá tomar conocimiento y aplicar una medida determinada en los casos de menores infractores de la ley, lo que implica una confusión de aspectos de protección con aspectos penales (Beloff et al: 2006, p.12), lo que en el medio jurídico Chileno implicaría destruir la presunción de derecho consagrada tanto en la Ley, como en la CIDN relativa a la edad mínima de responsabilidad penal.

En al reconstruir este marco jurídico aparecen variadas incertidumbres, por lo que esta respuesta estatal que pretendía superar el vacío legal existente, logró su cometido sólo en el ámbito formal, ya que sustancialmente existe la posibilidad de que cada juez determine cuales serán las garantías con las que cuente el niño en la única audiencia, y determine la vida futura del menor discrecionalmente de acuerdo a lo que le parezca mejor para el niño o en su caso para la seguridad de la sociedad, esto depender de los principios en los que se haya formado.

Para sustentar la idea de que incluso en el ámbito judicial esta normativa ha generado dificultades, se puede tener en cuenta lo señalado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en oficio N°115 de 14 de Enero de 2010⁵⁶: *La modificación que la Ley 20.286 introdujo al*

⁵⁶ Disponible en:

http://www.poderjudicial.cl/PDF/Prensa_Com/CuentaPublica/discurso2010/5_17_Punta_Arenas.pdf

artículo 102 N) de la Ley 19.968, ordena aplicar el procedimiento infraccional a menores inimputables que incurran en ilícitos, ordenando citar a la madre, el padre o a quien lo tenga a su cuidado, para los efectos del artículo 234 del Código Civil-resolver sobre la vida futura del menor-lo que es dificultoso, porque es imposible contar con los antecedentes probatorios que permitan determinar cuál es la mejor medida proteccional, ya que el procedimiento debe efectuarse en una sola audiencia, además es dudosa su aplicación, porque la misma ley modificatoria derogó el N° 7 del artículo 8 de la Ley 19.968, que otorgaba competencia al Juez de Familia para resolver sobre la vida futura del niño en el caso del inciso 3° del Art. 234 en comento, por lo cual es ininteligible aplicar este procedimiento a una materia en que el tribunal no tiene competencia

Frente a este panorama ambiguo, lleno de especulaciones y de potenciales amenazas a los avances alcanzados en materia infantil, es menester tomar conocimiento de la forma en que se está interpretando y aplicando esta normativa en los tribunales de familia. Para aprehender esta realidad entrevisté a la juez de familia de Viña del Mar Sandra Ibáñez Chesta.

La interpretación y aplicación de la normativa en cuestión, al menos en la los Tribunales de Familia de Viña del Mar, toma en cuenta criterios emanados de la doctrina de la protección integral. Parten de la base de que al ser el niño inimputable, la medida que corresponde aplicar no debe tener relación con el hecho ilícito cometido, lo que implicaría que la medida decretada no sería una consecuencia jurídica del hecho, si no que la medida que se establecerá debe corresponderse con vulneraciones o amenazas que el niño pueda haber sufrido, ya que el hecho de que un niño cometa una conducta antisocial generalmente va acompañada de un contexto familiar que no tiene las intenciones de hacerse cargo de él como corresponde, o en su caso de que el niño padezca de una patología, caso en el cual deberá protegerse su derecho a la salud. Por esta razón el procedimiento aplicable es de aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, contemplado en la Ley de Tribunales de Familia, y por ende las medidas aplicables son las de protección que contempla el ordenamiento jurídico para casos de vulneración de derechos en los que el niño no ha incurrido en un hecho ilícito. En consecuencia, se ha entendido que el determinar la vida futuro del niño, significaría velar por el efectivo ejercicio de los derechos del niño o niña, esto es, tanto de lo que le corresponde por el sólo hecho de ser persona, como los derechos específicos que nuestra legislación prevé.

La identificación o si se quiere la absorción del procedimiento de protección con las causas de niños infractores es tal que se aplica el mismo RIT para identificarlas. Para los niños infractores se aplican todas las garantías que prevé el procedimiento de protección. La audiencia única que prescribe el artículo 102 N, en la práctica es una audiencia de protección propiamente tal, de todas formas la mayoría de las causas logran ser tramitadas en una sola audiencia, esto se debe en gran medida a los antecedentes con los que cuenta el consejo técnico del tribunal de familia, sin embargo, existen algunos casos en que si es necesario realiza una segunda audiencia, esto es, cuando existen hechos controvertidos de tal magnitud que no le permiten al juez dictar sentencia, por lo que deberán recabarse más antecedentes que posteriormente tendrán que ser presentados como prueba, o cuando la medida de protección de internación sea probable de aplicar debido a que los antecedentes señalan que el niño está siendo vulnerado gravemente en sus derechos.

Como ya he señalado este procedimiento no tiene un énfasis infraccional, si no de protección de derechos, no obstante ello, en los casos que se presentan niños que algo de madurez puedan tener, como son los de doce años o mayores, el juez realiza una representación del hecho, para efectos de demostrar el valor negativo de su conducta, con el objeto de que en el niño se produzca algo de responsabilización y comprenda el significado del bien jurídico protegido que ha lesionado, esa es la connotación más infraccional que se le puede dar a este tipo de causas, ya que no hay que perder de vista que el niño es inimputable.

Respecto de los criterios que utiliza la autoridad correspondiente, que en este caso es carabineros, para derivar el caso al tribunal, o entregárselo a su familia, o a quien lo tenga a su cargo, la juez me señaló que se le consulta a los jueces que hacer, se toma en cuenta si el hecho puede dar señales de una posible vulneración de derechos, o simplemente parece ser una travesura infantil.

Esta aproximación empírica a la interpretación y aplicación de la oscura normativa que estoy analizando me parece que es bastante concordante con los principios de la doctrina de la protección integral que se encuentran plasmados en la CIDN, ya que evita un posible fraude de etiquetas en que dándole a un procedimiento el nombre de protección, se aplique una sanción de carácter penal, que finalmente tenga consecuencias negativas en el niño y en su formación.

Respecto a las medidas aplicables, como ya anuncié, son las de protección prevista en la oferta programática de la red SENAME, las que han sido establecidas de acuerdo a las políticas públicas relativas a la infancia del Estado de Chile.

Dentro de la oferta programática⁵⁷ para el año 2011 se contemplan los siguientes proyectos relativos al área de protección: A) Línea residencial: la Ley N° 20.032 considera la línea de centros residenciales como una de sus cuatro líneas subvencionables. Establece dentro de esta línea 2 grandes clasificaciones: i) Centros de diagnóstico, donde a su vez se distinguen dos modalidades, lactantes o preescolares y mayores ii) Residencias, donde se distinguen cuatro modalidades, a saber: protección de mayores, protección de lactantes o preescolares, protección para niños y niñas con discapacidad y protección especializada. En el caso de los niños, niñas y adolescentes ingresados a centros residenciales, es un requerimiento que cuenten con medida proteccional previa. B) Línea DAM: tiene por objeto realizar en forma ambulatoria, evaluaciones periciales, proteccionales y/o forenses oportunas y especializadas, a niñas, niños y adolescentes que se encuentran en situación de grave vulneración de derechos o suposición fundada de grave vulneración, asociado a algún nivel de daño y/o victimización. Así como evaluaciones técnicas a adolescentes imputados de haber infringido la ley penal. C) Línea programas: donde se contempla los programas de fortalecimiento familiar que son proyectos destinados a trabajar con los niños y sus familias, con la finalidad de fortalecer, los recursos de cuidado y crianza de las figuras parentales, generando redes o sistemas protectores existentes en la comunidad donde habita el niño y su familia, de modo de prevenir situaciones de vulneración de derechos y evitar la internación y; los programas de familias de acogida, se encuentran dentro de esta modalidad las familias de acogida simple y especializada, en el caso de los niños, niñas y adolescentes ingresados a familias de acogida, es un requerimiento que cuenten con medida proteccional previa. D) Programas: donde se consideran los programas de intervención breve (PIB) y los programas de intervención especializada (PIE). Los PIB son programas que apuntan a identificar factores de vulnerabilidad y fortalezas en la esfera personal, familiar y sociocomunitaria, presentes en los/as niños/as y adolescentes afectados por vulneraciones de derecho asociadas a situaciones de mediana complejidad, desarrollando factores protectores en los niños/as y adolescentes, en sus familias y/o adultos/as protectores y en su entorno sociocomunitario, y promoviendo la incorporación de actores territoriales relevantes para la solución de las vulneraciones detectadas y su sustentabilidad, se entenderá por mediana complejidad problemáticas asociadas a testigo de violencia intrafamiliar, víctima de maltrato infantil leve,

⁵⁷ Para tomar mayor conocimiento sobre los objetivos de estos de estos programas revisar <http://www.sename.cl/wsename/otros/op/CATASTRO-201102.pdf>

víctima o ejerce bullying, deserción escolar reciente, entre otros. Los PIE por su parte, dicen relación con la focalización en la presencia de situaciones de vulneraciones de derechos, así como de transgresión y violencia de la que participan niños/as y adolescentes. Así, la modalidad PIE se constituye en un agente relevante para el desarrollo de acciones de prevención de violencias en población infanto-adolescente, desde el marco de un enfoque de derechos. Existe además una modalidad especializada en casos de agresores sexuales (Gobierno de Chile: 2011, p 9-21).

Comparando la oferta programática del año 2011 con la de años anteriores, la del año 2006 contaba con un programa de representación jurídica para niños/as y adolescentes víctimas de delito, que tenían por objeto otorgar defensa jurídica especializada en el ámbito proteccional y penal, a los niños/as y adolescentes, menores de 18 años, que han sufrido situaciones de vulneración de derechos, conocidos por los Tribunales de Familia, Ministerio Público o Tribunales con competencia en lo penal, en tanto afecten el derecho de protección. Estos proyectos deben contribuir al proceso de restitución del derecho vulnerado de niños/as y adolescentes a través de su representación jurídica ante los tribunales de justicia (Gobierno de Chile: 2006, p .17), el cual en las versiones posteriores se ve suprimido. De esta manera, en caso de que ninguna otra institución se haga cargo de prestar asistencia jurídica a los niños, se vulneraría el art. 40.2.b).ii) que garantiza el acceso a la defensa jurídica. Se podría señalar que esta norma sólo se aplica a supuestos en los que se pretenda responsabilizar a un adolescente, pero de la redacción del artículo 40.1⁵⁸, se entiende que al referirse a todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, alude a una diferenciación entre infringir la ley penal en un sentido material y ser responsable de su violación, lo que implicaría que la norma fuese extensiva a los inimputables (Beloff et al, 2000:p. 118).

⁵⁸ Artículo 40 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad

La oferta programática del año 2010 además consideraba un proyecto de inimputables, que era *un proyecto de atención ambulatoria orientado a niños y niñas sin responsabilidad penal, menores de 14 años de edad, que han cometido hechos vinculados a infracciones de ley, dichos proyectos cuentan con un equipo de psicólogo, asistente social y educadores especializados. El trabajo de intervención está orientado a interrumpir la trayectoria de vinculación a infracciones de ley y lograr de reinserción familiar, escolar y de modificación de conductas del niño/a* (Gobierno de Chile: 2009, p.8), el que en su versión actual ha desaparecido.

La juez de familia Sandra Ibáñez, estima que en Viña del Mar, todos los PIB al fin y al cabo cumplen su cometido. En relación al único PIE existente en dicha ciudad, habría que analizar a cada niño en particular para verificar si cumple su objetivo, esto se debe a la complejidad de los casos, en los que hay familias muy refractarias a la intervención, que se encuentran dentro de círculos de delincuencia, de narcotráfico, entonces cuesta trabajar con ellos, por esta razón tienen menos éxito que los PIB. La situación de los centros residenciales no es tan favorable como la anteriormente descrita, en la ciudad en cuestión existen nueve, los cuales están en condiciones relativamente buenas, que no constituyen una vulneración o amenaza a los derechos de los niños y niñas.

Durante el presente año los magistrados Mónica Jeldres y Germán Núñez elaboraron un informe en el que dan cuenta de los graves problemas que afectan a los centros de residencia del SENAME. En dicho informe se denunció entre otros, *la existencia de casos de abusos de menores, deficiente infraestructura, escasas medidas de seguridad, mala alimentación, personal insuficiente y mezcla de adolescentes infractores con vulnerados, en centros del Sename de la Región Metropolitana y Valparaíso. Uno de ellos es del Hogar de Niñas María Goretti de Valparaíso, el cual se recomendó su cierre tras deficiencias en la calefacción de éste y en la falta de intimidad del espacio, completamente interconectado. El centro Cread de Playa Ancha, fue otro de los cuestionados porque alberga a menores de distintos perfiles. Mientras en la residencia Don Bosco, en Macul, se verificó un escape de gas y se señaló un mal servicio de alimentación. Finalmente, en Aldeas Infantiles SOS Madreselva, en Macul, se sugirió el cierre del lugar debido a que no hay un plan preventivo de drogas y enfermedades venéreas de sus residentes* (Senado: 2011).

De esta forma empíricamente se puede constatar la grave crisis por la cruzan estos centros. Sin embargo, según la juez Sandra Ibáñez los centros de residencia están en su ocaso, ya que son las

familias de acogida las que están reemplazando la figura del internado, debido a que la línea programática va por integrar al niño en un grupo familiar.

Considero que las medidas de protección contempladas en el ordenamiento jurídico chileno, establecidas en virtud de las políticas públicas del gobierno van bien encaminadas al menos en el aspecto discursivo. Además pienso que hacer esta derivación de lo infraccional en lo proteccional es lo adecuado, ya que de esta forma se respeta el hecho de que los niños son inimputables e irresponsables, y se puede llegar a un efectivo resguardo de los derechos del niño. A lo sumo considero que en relación a la infracción cometida por el niño, nuestras políticas públicas podrían prever un programa de inimputables como el que existía en la oferta programática del año 2010, siempre que se comprobare que el niño o niña ha sufrido alguna vulneración a cualquiera de sus derechos fundamentales, teniendo en especial consideración el derecho a que se favorezca y garantice en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño (art.6 CIDN)

Frente a las carencias de recursos de los centros de residencia, el Estado debiese invertir más para evitar que estos centros se conviertan en el lugar de confinamiento de los niños cuyos padres no quieren o no pueden hacerse cargo, ya que sólo de ese modo se podrá velar por los derechos de los niños. En caso de no querer o poder más recursos en otros centros, el Estado deberá fomentar medidas paralelas como las familias de acogida, o en su caso, fomentar las medidas de prevención de vulneración de derechos.

2. Propuestas

Partiendo de lo más general, considero que el sistema de protección de la infancia debiese establecer líneas programáticas que tuviesen por eje central no tanto una reacción frente a las vulneraciones de derechos ya cometidas, o a hechos ilícitos cometidos por menores de edad, si no que programas de carácter preventivo, que comenzaran desde la primera infancia. En este sentido coincido con la opinión de Daniela Godoy, quien señala que *esta clase de programas deben consistir en la intervención de los niños de familias vulnerables desde el nacimiento y durante su infancia. Se trata de implementar un sistema de focalización de los recursos de prevención, rehabilitación y reinserción social, y un sistema de coordinación de diversos servicios del Estado que atiendan a familias vulnerables, a fin de evitar que las conductas de los padres se transformen en condicionantes de riesgo delictual para sus hijos* (Godoy: 2010, p. 9).

Es por esto que considero que los esfuerzos legislativos y por ende los recursos públicos debiesen estar destinados a prevenir la vulneración de derechos y la comisión de hechos ilícitos, más que a reaccionar represivamente o de forma tardía.

En cuanto a la institucionalidad existente en la actualidad, el organismo gubernamental encargado de las temáticas de infanto-adolescencia es el Servicio Nacional de Menores (SENAME), la mayor crítica que se le hace es la falta de alcance universal, debido a que no es un organismo que se preocupe por todos los niños, niñas y adolescentes, esto es consecuencia de que sus programas están enfocados a niños con algún problema y no se coordinan con las políticas sociales de la infancia (Godoy: 2010, p.14). Sin embargo han surgido distintas propuestas, acuerdos políticos y un proyecto de ley del año 2005⁵⁹ que pretenden rediseñar la institucionalidad del SENAME. El ministerio de justicia por su parte, el año 2009 presentó un documento de trabajo en el que se propone la creación de dos nuevas instituciones⁶⁰, ambas dependientes del Ministerio de Justicia; *El Servicio Nacional de Derechos de Niños, Niña y Adolescentes tiene como fin propio proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes, especialmente respecto de quienes han sido vulnerados en sus derechos, contribuyendo a la prevención de dichas conductas, y a su restitución, reparando el daño causado, buscando la integración familiar, comunitaria y social, con enfoque de género. En el ámbito de estas funciones, el servicio será considerado para todos los efectos, sucesor y continuador legal del Servicio Nacional de Menores, con todos sus derechos y obligaciones. El Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente, tiene como fin propio asegurar la ejecución de las medidas cautelares personales, salidas alternativas y sanciones decretadas respecto de adolescentes en conformidad a la ley de responsabilidad penal de adolescentes (RPA), con pleno respeto de sus derechos y garantizando una intervención socioeducativa de calidad, orientada a la responsabilización y la reinserción social, cuando corresponda, con enfoque de género* (Ministerio de justicia: 2009, P. 8). Este diseño de institucionalidad lograría superar el conflicto de objetivos y de programas que se produce al confundirse aspectos de vulneración de derechos con temas de adolescentes que cometen hechos ilícitos. Por lo demás estimo que para una correcta aplicación de los nuevos lineamientos estatales de responsabilidad penal adolescente, es fundamental que se efectúe este rediseño.

⁵⁹ Mensaje del ejecutivo N° 309-352

⁶⁰ Para analizar este tema más a fondo revisar http://web.minjusticia.cl/dosvias/base_seminario.pdf

En los hechos, aún no se ha presentado un proyecto de Ley que tenga por objeto efectuar esta reestructuración del SENAME. Sin embargo en junio de 2010, el aquel entonces ministro de justicia, Felipe Bulnes, reafirmó que *durante su administración el gobierno impulsará un nuevo Servicio Nacional de la Infancia y Adolescencia, que reemplazará a la actual institucionalidad en materia de protección para niños en riesgo social, y que es distinto al que atiende a los infractores de ley* (Ministerio de Justicia: 2010), A pesar de ello, aún no ha comenzado la tramitación de un proyecto de Ley que contenga este cambio institucional.

Para una correcta forma de abordar los temas relacionados a la infanto-adolescencia, además de rediseñar la institucionalidad, es necesario que paralelamente se dicte una nueva Ley de Protección de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, que busque derogar los vestigios existentes de la Ley de Menores, que regule de manera clara los derechos de los niños prescritos por los instrumentos internacionales y los mecanismos estatales contemplados para prevenir una posible vulneración de sus derechos o para repararlo en caso de que exista una materialización de tal vulneración (Godoy: 2010, p.14), y que se inspire en criterios como el reconocimiento del niño como un sujeto de derecho, que cuenta con una capacidad progresiva para ejercerlos. Además de lo anterior es necesario que el modelo pase de su casi completa judicialización actual a un sistema de protección administrativa diversificado y descentralizado, en el que se conjuguen políticas de protección de carácter específico (Bernaes et al, 2007: p. 9)

En un marco que considere las indicaciones efectuadas, la problemática específica de los niños menores de catorce años que cometen hechos ilícitos o si se quiere hechos que si fuesen cometidos por un mayor de esa edad constituirían delitos, el articulado para la respuesta estatal frente a estos supuestos no debe dejar en caso alguno espacios por los que pudiese entrar la doctrina de la situación irregular, o se constituyan fraudes de etiquetas en relación a que las medidas de protección aplicables que podrían llegar a convertirse en verdaderas penas, todo esto con el objeto de que se proteja la seguridad jurídica y se respete el carácter de irresponsables e inimputables de los niños. En lo que respecta a la mínima edad penal de responsabilidad penal, quiero reiterar lo que expuse previamente, esto es, que se debe mantener o en su caso aumentar, pero en ningún caso disminuirse, ya que esta sirve como una cortina de humo para que los gobiernos no se sientan obligados a fortalecer las medidas para prevenir la incidencia de conflictos de adolescentes con la ley. En otras palabras las propuestas para reducir la edad penal parecen una medida barata ante el hecho innegable de que la reducción real de la criminalidad

sólo es posible en la medida de que se garanticen plenamente el acceso a servicios de salud y de educación de calidad; de que se amplíe la oportunidad de acceder a espacios de recreación, esparcimiento o formación para el trabajo; de que el Estado cumpla con la obligación que le marca la Convención de los Derechos del Niño, de desarrollar programas para apoyar a la familia y la comunidad en el cumplimiento de sus funciones referidas a criar y educar a sus hijos en un ambiente de confianza y comprensión (Delgado: 2003)

En cuanto al procedimiento propiamente tal, la formula que se está utilizando en los Tribunales de Familia de Viña del Mar me parece muy acertada y acorde a los principios inspiradores de la CIDN. La respuesta Estatal debiese ser enfática en el carácter de irresponsables e inimputables de los niños, de manera que frente a este supuesto no se debiese establecer un procedimiento que tenga el énfasis puesto en el hecho ilícito, en probar su efectiva existencia o determinar una medida que diga relación con el hecho, es por esto que considero que el procedimiento para establecer medidas de protección contemplado en la Ley de Tribunales de Familia es el indicado para abordar esta problemática. De esta manera en caso de que un niño sea sorprendido cometiendo un hecho ilícito la autoridad correspondiente debería ponerse en contacto con el juez de familia para que de acuerdo a la gravedad del hecho pueda determinar si es necesario verificar si se están protegiendo de manera efectiva los derechos del niño. El juez también deberá realizar el mismo examen en caso de que sea un particular el que acuda al tribunal a denunciar el hecho ilícito. Por esta vía se evita que el sistema se transforme en uno de derivación automática que penalice o establezca medidas frente a la comisión de cualquier hecho ilícito. Considero que el procedimiento de medidas de protección respeta los derechos establecidos en la CIDN, como son por ejemplo el debido proceso y el derecho del niño hacer oír su voz, además de hacer valer la especialización del sistema. En este sentido lo único que modificaría en cuanto a este procedimiento es la figura del curador ad litem, por un la de un abogado del niño, ya que la figura que actualmente existe presenta la limitación que no necesariamente se va a respetar los intereses del niño, ni va a vincularse con los mismos deberes de confidencialidad y lealtad que los de un abogado de una persona mayor de edad (Bernaes et al, 2007: p. 61)

Sobre las medidas de protección aplicables en lo general estimo que deben ser las que contempla la oferta programática del SENAME o quizás en un futuro las del Servicio Nacional de la Infancia y Adolescencia. En cuanto a cuales deben ser dichas medidas creo que los programas de reparación y rehabilitación PIB y PIE cumplen bien su objetivo y deben

mantenerse. Sobre los centros residenciales considero que con urgencia deben destinarse más recursos, ya que de forma casi absoluta vulneran los derechos de los niños, y no cumplen en ningún caso el fin de protección del interés superior del niño, muy por el contrario se han llegado a convertir en el centro de confinamiento de los niños de los cuales nadie puede y/o quiere hacerse cargo. Me parece que sería bueno que se discutiera la posibilidad de volver a plantear un programa de niños inimputables, en el que profesionales del área de la psicología les ayudasen a re significar el valor de los bienes jurídicos protegidos, más que eso en cuanto a lo infraccional no hay más que hacer, porque podría ser más perjudicial que favorable para el niño.

Finalmente quiero volver a señalar que es indispensable que se creen más programas de carácter preventivo especialmente en la denominada primera infancia que especialmente digan relación con la prevención del delito. En este sentido comparto la opinión de la ex directora de Paz ciudadana Francisca Werth quien señala que *hay una falla en el tema de prevención pues cuando se produjo la discusión sobre rebajar el límite de 14 años para la imputabilidad se produce cuando no hay la oferta programática que intervenga en reinserción y rehabilitación, sólo agravaría la situación al iniciar más temprano el contacto de estos niños con el sistema penal (...)* los programas que existen para niños que no han cumplido aún los 14 años intervienen muy a nivel de prevención general y no van a atacar el problema específico, el factor de riesgo que son muy complejos" como el "maltrato el abuso, los problemas que más marcan las trayectorias de los niños que son vulnerados cuando son pequeños (Cooperativa: 2009).

CONCLUSIÓN

El ordenamiento jurídico chileno sin duda ha mostrado un gran avance en relación a la adecuación de la legislación interna a las directrices entregadas por la Convención Internacional de los Derechos del niño. Sin embargo, a pesar de haber transcurrido veintiún años desde la ratificación por parte del Estado de Chile de este instrumento internacional, aún existen materias en las que las modificaciones a la legislación interna resultan insuficientes. Una de dichas Materias es la que respecta a los casos de niños menores de catorce años que cometen hechos ilícitos. El legislador Chileno, ha logrado adecuarse a la prescripción de la CIDN consistente en establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales, al fijar la edad de catorce años como dicho límite. Este extremo mínimo de responsabilidad penal, a su vez se condice con la norma fijada en las Reglas de Beijing que señala que no debe ser una edad demasiado temprana. Al analizar esta normativa en conjunto con la del Código Penal relativa a las imputabilidad, se puede llegar a la conclusión de que los niños menores de catorce años son inimputables e irresponsables, de manera que las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos cometido por estos en caso alguno debiese encontrarse dentro del ámbito del derecho penal, ni aunque este sea de carácter especializado o se disfrace bajo alguna etiqueta de protección.

La respuesta jurídica del ordenamiento jurídico chileno frente a las hipótesis de niños infractores de la ley no resulta suficiente debido a que adolece de diversos defectos tanto formales como sustanciales. La excesiva dispersión de la norma, que se encuentra fragmentada en el Código Civil, la Ley de Tribunales de Familia, la Ley de Responsabilidad Adolescente y en La Ley de Menores, producen una respuesta estatal asistemática, que complementada con la redacción vaga e imprecisa de los distintos articulados, generan múltiples riesgos para la seguridad jurídica y la protección efectiva de los derechos del niño en base a la doctrina de la protección integral. Por lo tanto, la reconstrucción del marco jurídico, sin tener en cuenta la práctica de los tribunales de familia, no se adecua a los postulados de la CIDN. Para poder conocer la forma en que están resolviendo los tribunales, es menester analizar la jurisprudencia relativa a esta temática, sin embargo, debido a factores cuantitativos y al hecho de que estas causas se tramitan bajo el mismo RIT que las de protección propiamente tal, dicha tarea se vuelve de alta complejidad, por lo que en lugar de ello consulté a la jueza de familia Sandra Ibáñez Chesta, del Tribunal de Viña

del Mar. Al realizar dicha entrevista, obtuve una respuesta bastante acorde a la normativa internacional, ya que la jueza me señaló que en la hipótesis de que un niño menor de catorce años cometiese un hecho ilícito, y fuese posteriormente a disposición de dicho tribunal, lo que se hace es efectuar una audiencia que tenga por objeto determinar si el niño está siendo vulnerado o amenazado en sus derechos, de manera que si efectivamente se están dando alguno de estas dos supuestos se aplicará alguna de las medidas de protección que contempla la oferta programática del SENAME, por lo que en estos casos en la práctica se aplica el procedimiento de establecimiento de medidas de protección que prevé la Ley de Tribunales de Familia, con todas las garantías que ello conlleva. De esta manera, el procedimiento y las medidas no guardan relación con el hecho ilícito propiamente tal. Es por esto que considero que la interpretación que realiza el Tribunal de Familia de Viña del Mar, debiese concretizarse en un proyecto de Ley de Protección de Derechos del niño, niña y del adolescente, reemplazando la normativa actual y los inmensos problemas de seguridad jurídica que esta genera.

En conclusión frente a la pregunta sobre si la legislación interna se adecua a la normativa de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, considero que hay que hacer una distinción entre la mera redacción de esta y la interpretación y aplicación que se efectúa en el Tribunal de Familia Viña del Mar. La redacción de la norma que se encuentra fragmentada en los cuerpos legales ya señalados, al no regular con precisión a que procedimiento se sujetan estos casos, ni cuáles son las medidas para determinar sobre la vida futura del menor, dejando abierta la posibilidad de que un juez que se haya formado en la doctrina de la situación irregular, aplique una medida que represente una verdadera sanción penal, que reviva la vieja figura del menor delincuente-abandonado. Por otro lado la interpretación de esta normativa del Tribunal de Familia de Viña del Mar, me parece completamente adecuada a los estándares de la Convención, ya que no se toma en cuenta el hecho de que el niño haya infringido la ley penal propiamente tal para establecer una sanción, sino que se toma este hecho como un indicio de una vulneración de derechos, alejándolo de la esfera del derecho penal, oyendo su opinión en el procedimiento y respetando el principio consistente en que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo de acuerdo a la evolución de sus facultades, por lo que considero que de forma urgente se debiese redactar una nueva norma, en un solo cuerpo legal, que contuviese esta forma de tratar los hechos ilícitos cometidos por los niños.

BIBLIOGRAFÍA

BELOFF, Mary. COSTA, Joao. CILLERO, Miguel. Et al (2000): *Justicia y Derechos del niño*, N° 2, Unicef, Santiago, Chile.

BELOFF Mary, COUSO Jaime, DEUS Alicia, et al (2006): *Justicia y Derechos del niño*, N° 8, Unicef, Santiago, Chile.

BELOFF Mary, DO AMARAL E SILVA Antonio, GARCÍA MENDEZ Emilio, ET AL (2001): *Adolescentes y responsabilidad penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.

BERNALES, Martín. CILLERO, Miguel. ESPÉJO, Nicolás (2007): *Análisis del proyecto de Ley de protección de Derechos del niño*. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/44866556/CILLERO-Et-Al-Informe-UDP-Proyecto-Ley-Proteccion-Derechos-2007>. Fecha última consulta. 27 de octubre de 2011.

BERNUZ María. FERNÁNDEZ Ester. PÉREZ Fátima (2007): *Menores de 14 años que cometen delitos*. Disponible en <http://www.boletinCriminologico.uma.es/boletines/97.pdf>. Fecha última consulta 4 de Noviembre de 2011

BINDER Alberto (1997): *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.

BUSTOS, Juan (2007): *El derecho penal del niño-adolescente: estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente*, Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago, Chile.

BUSTOS, Juan (1988): *Imputabilidad y edad penal*, Disponible en http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf .Fecha de última consulta: 24 Octubre 2011.

CILLERO, Miguel. COUSO, Jaime. JUSTE, María. ET AL (1995): *Niños y Adolescentes Sus Derechos En Nuestro Derecho*. Ediciones SENAME, Santiago de Chile.

COOPERATIVA (2009): *Paz ciudadana: El SENAME está fallando en su política para menores inimputables*, disponible en http://www.cooperativa.cl/paz-ciudadana-el-sename-esta-fallando-en-su-politica-para-menores-inimputables/prontus_notas/2009-07-02/193918.html. Fecha de última consulta: 28 de noviembre de 2011

CURY, Enrique (2005): *Derecho penal: Parte General*, 6ª Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ (2003): *Informe anual del defensor del menor de Andalucía*. Disponible en (http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_defensor_del_menor/informe_0003/TEXTO_PAGINADO/index_paginado.html?page=50). Fecha última consulta 27 de Octubre de 2011

DEL CANTO, Ricardo (2009) *Documento de trabajo nueva institucionalidad para la infancia y adolescencia en Chile*. Disponible en (http://www.sename.cl/wsename/OBS6/El-Observador-6_28-35.pdf). Fecha de última consulta 24 de noviembre de 2011.

DELGADO, Edgard (2003): *¿Un niño o un adolescente que comete un acto de brutalidad debe quedar impune?* Disponible en http://www.derechosinfancia.org.mx/Temas/temas_justicia4.htm. Fecha de última consulta 28 de noviembre de 2011.

DÍAZ, Manuel. LACRUZ, Juan. LUACES, Ana. Et al (2005): *Derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid.

GODOY, Daniela (2010): *Propuestas de una nueva institucionalidad para nuestros niños, niñas y adolescentes en Chile*. Disponible en http://www.sename.cl/wsename/OBS6/El-Observador-6_6-22.pdf. Fecha de última consulta 24 de noviembre de 2011

GOBIERNO DE CHILE (2006): *Catastro de la Oferta Programática de la red SENAME*. Disponible en <http://www.sename.cl/wsename/otros/op/Oferta%20programatica%20Septiembre.pdf>. Fecha de última consulta 26 de noviembre de 2011

GOBIERNO DE CHILE (2009): *Catastro de la Oferta Programática de la red SENAME*. Disponible en http://www.sename.cl/tactiva/2009/CATASTRO_20200907.pdf. Fecha de última consulta 26 de noviembre de 2011

GOBIERNO DE CHILE (2011): *Catastro de la Oferta Programática de la red SENAME*. Disponible en <http://www.sename.cl/wsename/otros/op/CATASTRO-201102.pdf>. Fecha de última consulta 26 de noviembre de 2011

GUZMÁN, José Luis (2009): *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Editorial B de F, Argentina

HIGUERA, Juan-Felipe (2003): *Derecho penal juvenil*, 1ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona.

MINISTERIO DE JUSTICIA (2009): *Documento de trabajo nueva institucionalidad para la infancia y adolescencia en Chile*. Disponible en http://web.minjusticia.cl/dosvias/base_seminario.pdf. Fecha de última consulta 28 de noviembre de 2011

MINISTERIO DE JUSTICIA (2010): *Ministro de Justicia confirma impulso a nuevo Servicio Nacional de Protección a la Infancia y la Adolescencia*. Disponible en <http://www.minjusticia.gob.cl/es/noticias-ministro/303.html>. Fecha de última consulta 28 de noviembre de 2011

MIR PUIG, Santiago (2005): *Derecho penal Parte General*, 7^a Edición, Editorial B de F, Montevideo.

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARAN, Mercedes, (1996): *Derecho penal Parte general*, 2^a Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia.

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARAN, Mercedes, (2000): *Derecho penal Parte general*, 7^a Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia.

POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre. RAMIRÉZ, María Cecilia (2008): *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, 2^a Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

SENADO (2011): *Preocupación por precaria situación de centros del Sename en Santiago y Valparaíso*. Disponible en

http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20110822/pags/20110822152517.html.

Fecha de última consulta 26 de noviembre de 2011

VÁSQUEZ, Carlos. SERRANO, María Dolores (2005): *Derecho Penal Juvenil*, Dykinson, Madrid.

UNICEF (2005): *La evolución de las facultades del niño*. Disponible en <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd90/1801LANevo.pdf>. Fecha de última consulta 23 de

Noviembre de 2011

UNICEF (2006): *¿Qué es un Sistema Penal Juvenil?* Disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/5.Sistema_penal_juvenil.pdf. Fecha de última consulta:

24 de Octubre de 2011.

ANEXO

I.

Entrevista a Sandra Ibáñez Chesta

Jueza del Tribunal de Familia de Viña del Mar

Martes 15 de noviembre de 2011 15:00

Lugar: Tribunal de Familia de Viña del Mar

Duración: 35 minutos

El procedimiento infraccional de menor inimputable, menor de catorce años de edad, de infraccional tiene prácticamente sólo el nombre, de hecho nosotros llamamos a este tipo de causas infracto-proteccionales y se tramitan como una causa proteccional. El foco no está puesto sobre el hecho infraccional, si no que sobre el sujeto que vulnerado en sus derechos ha cometido una conducta disruptiva que a la luz de la norma pasó a ser un hecho ilícito. En estricto rigor cuando los menores de catorce años cometen hechos ilícitos, las causas no adoptan un cariz infraccional en la tramitación, no hay énfasis en el hecho, como si sucede con los hechos cometidos por mayores de dieciocho años, sujetos a responsabilidad adolescente. En este sentido no vas a encontrar ni jurisprudencia, ni desarrollo doctrinal desde lo netamente infraccional, un ejemplo práctico de los más habituales es que llega un parte de carabineros dando cuenta de la detención de un niño de doce años que se robo un chocolate, ese parte llega y a esa causa se le da un RIT P, de protección, y la providencia que recae sobre ese parte policial, que cita a audiencia preparatoria, en la que se cita al niño y a los padres para ver los aspectos proteccionales que hay detrás de esta conducta disruptiva, que vulneración de derechos hay en este niño que puedan aparejar esta conducta. Una interpretación que se hace, es que cuando son niños más grandes, que bordean los once, doce años, hasta los catorce, dependiendo de la madurez, a lo más el juez lo que hace dentro de esta audiencia proteccional, en el caso de que lo estime beneficioso, es una representación del hecho, para los efectos de la responsabilización, y también para los efectos de ser trabajado posteriormente en el caso de que se derive a una terapia con fines reparativos y de reinserción social. Un ejemplo de re significación del hecho, que es

lo que normalmente hago, es señalarle al niño que hurtó por ejemplo un chocolate: *estamos de acuerdo en que como sociedad, estimamos que la propiedad es un bien protegido ¿te gustaría que te sacaran tus cosas, que se las llevaran y no te las pagaran después de todo el esfuerzo y trabajo que invertiste? No, ese valor que tu también proteges para ti, nosotros como comunidad y como sociedad lo hemos decidido proteger para todos, y tu lo infringiste, esto no lo puedes volver a hacer*, y allí viene toda la re significación de la norma, del bien jurídico protegido, etc., esto es el cariz más infraccional que uno podría encontrar en una audiencia de protección.

¿Esta última interpretación es propia de usted, o es de aplicación general por los jueces de familia?

No sé si todos lo hacen, pero lo que sí quedo claro en el último taller que tuvimos con Miguel Cillero, es que en el caso de niños más grandes es conveniente efectuarlo. Esto se puede trabajar más profundamente en las terapias psicológicas posteriores a nivel de peritos y profesionales que tengan las herramientas para conseguir fines reparatorios, nosotros como jueces sólo contamos con el discurso. Un buen ejemplo de esto es que en caso de abusos sexuales entre hermanos, ahí dentro de un contexto de vulneración de derechos, en que un hermano es vulnerador del otro, pero al mismo tiempo ambos se encuentran un contexto familiar de vulneración, en este caso la medida de protección consiste en la derivación de todo el grupo familiar a una terapia reparatoria y es ahí donde los psicólogos entran a tratar el tema de la re significación del hecho, pero no es lo que nosotros podemos hacer como jueces, ya que la audiencia es muy general.

- 1. De acuerdo a lo señalado en el Art. 102 de la Ley de Tribunales de Familia, en los casos en que un niño, niña o adolescente inimputable incurra en una conducta ilícita, el juez de familia deberá citar a su padre, madre o a quien lo tenga a su cuidado a una audiencia, para los fines del artículo 234 del Código Civil, esto es, para tratar sobre la vida futura del menor, lo cual deberá ser realizado en una sola audiencia. En relación a la vaguedad de estas normas ¿Cuál es el procedimiento que aplica en el caso de niños infractores de la ley penal, y cuáles son las medidas que aplica?**

Es una audiencia en la que uno trae al papá y a la mamá, y les pregunta que está pasando con el niño, como se está portando, y que están haciendo ustedes como adultos responsables en la formación de la conducta de este niño y en el control de la conducta, en caso de que se vean sobrepasados se les deriva a terapias de desarrollo de habilidades parentales, ya que acá estamos trabajando también con los padres que tienen responsabilidades como adultos

Hoy en día los procedimientos, prácticamente todos los estamos resolviendo en una sola audiencia, en general casi todo, salvo, que exista alguna controversia o contradicción, o que la internación del menor como medida de protección sea probable de adoptar en sentencia.

Se celebra esta audiencia especial (de juicio), cuando uno advierte que no es posible resolver de inmediato, ya que existe contradicción, o existe un hecho sobre el que es necesario profundizar y para eso se deben recabar más pruebas. Habitualmente tenemos mucha información del consejo técnico, ya hay un cúmulo de antecedentes sobre los cuales se puede resolver, si esto no es suficiente se cita a audiencia de juicio. Aún cuando se presenta toda esta prueba aportada por el consejo técnico, en caso que se diga que la medida de internación es probable, debido a que los padres son absolutamente inhábiles y se encuentran sobrepasados, hay que fijar audiencia de juicio, ya que es la única forma de aplicar una medida de protección de internación en sistema residencial.

Yo me atrevería a decir que no hay ninguna medida de internación que haya surgido de un procedimiento infraccional. La internación es una medida de protección que surge a raíz de otros antecedentes: vulneraciones graves de derechos, y que nadie se pueda hacer cargo del niño.

O sea consecuencias jurídicas no hay más allá frente a una posible representación del hecho, en el caso de que un niño cometa un hecho ilícito y no existe vulneración o amenaza a sus derecho.

Claro, ya que son inimputables

¿Usted considera que es suficiente?

Si. Hay que tener mucho cuidado, ya que los niños que comienzan a cometer faltas, infracciones de menor entidad. Por ejemplo el niño que está rayando un poste con espray, que andaba con sus primos. Otro ejemplo puede ser el de los niños que tiraban bolsitas de arena con sus amigos a los autos que pasaban. Son travesuras por así decirlo, que cualquier niño comete. El problema es que el grueso que llega, son niños con conductas corruptivas que van *in crescendo* por decirlo de alguna manera, pero que tienen de base un contexto familiar de vulneración. Estos niños ya están privados de muchas cosas, de cuidado, de colegio muchas veces, y llevarlos a una audiencia para aplicarles sanciones cuando son tan chicos es el punto de remate, por lo que hay que tener cuidado. A los catorce años aún están en la mejor tiempos para poder rescatarlos, entonces, yo creo que no es una buena idea volver atrás en términos de ser más inquisitivo o darle aspectos más infraccionales a esta audiencia. Yo creo que estamos haciendo lo correcto, yo creo la legislación nacional el Derecho internacional, UNICEF, y todos los que hemos tomado esta postura, vamos por el buen camino. A los niños hay que tratarlos como niños porque no tienen capacidad ni voluntad para los efectos legales, menos para lo penal, de manera que este cometido, este traspié en su formación por ningún motivo debiese volverse en alguna forma de estigma, en el que el niño piense *yo estuve en un juicio y soy malo*, ya que ello da el pie para delinquir más, esta es la lógica dentro de las autoestimas.

Y en caso de que le toque un caso en que no haya una vulneración, ni amenaza de derechos, y un niño cometa algún delito más grave, como puede ser una violación o un homicidio ¿Qué se hace?

Si no hay vulneración de derechos no hay medida de protección que adoptar, es difícil. Por lo general los niños que tienen sus valores claros, que son bien formados, que tienen nociones del bien y del mal, no incurren en estos hechos, y me inclino por la idea de que si llegase a encontrarme en una situación así y no hubiese vulneración de derechos, estaría frente a una patología psiquiátrica. Por ejemplo el caso del *Cisarro*, que ahora está en el CTD (centro de tránsito y distribución), él sufría vulneraciones de derechos, pero además padecía una patología psiquiátrica. No he visto casos de niños no vulnerados en sus derechos que cometan delitos graves, contra las personas, como homicidios o lesiones graves.

Y en estos casos ¿puede aplicar alguna medida de protección de carácter médico?

Por el lado médico sí, porque se estarían vulnerando el derecho a la salud y el derecho a obtener un tratamiento adecuado. Existiría en este caso al fin y al cabo una vulneración en relación a los derechos a la salud. La internación en un recinto psiquiátrico como medida está.

¿En particular que medidas aplica usted en casos de vulneración?

El sistema judicial se activa incluso con vulneraciones de derecho moderadas o no tan graves, y esto recién se da a conocer una vez que se recaban los antecedentes, y a pesar de que no existe una grave vulneración, a veces se derivan a intervenciones de corto plazo, las más habituales son las que practican los PIB (programa de intervención breve). Cuando se trata de vulneraciones graves de derecho se hace una derivación al PIE (programa de intervención especializada), que tiene otro énfasis, para casos graves. La internación que es la que requiere juicio previo, es de última ratio, también se aplica en el supuesto de vulneración grave de derechos, cuando no exista una familia dispuesta a hacerse cargo del niño o cuando no exista una familia con capacidad de hacerse cargo del niño. *Yo ya no lo quiero más, este niño no entra más a mi casa, y se va a la calle*, en este caso claramente no queda más alternativa, porque el niño no puede quedarse en la calle. Y lo otro es que aunque exista la voluntad de tenerlo, los papás son tan inhábiles que no hay otra alternativa de protección.

2. ¿Qué opina respecto de la edad mínima prescrita por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente antes de la cual se presume que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, o sea antes de los catorce años?

A mí me parece que fue acertado el límite que estableció el legislador. Yo creo que a los catorce años hoy en día los niños adquieren un nivel de madurez suficiente que les permite estar dentro de los límites de responsabilidad penal adolescente.

Disminuir la edad penal obedece al influjo de las legislaciones anglosajonas, como Inglaterra o Escocia. Ni siquiera nuestra legislación de responsabilidad adolescente ha logrado tomar fuerza por así decirlo, los lugares de reclusión de menores son inapropiado,

en la medida de que enmienden estas deficiencias, recién podría hablarse de disminuir la edad de responsabilidad penal.

3. ¿Cuál es la significancia real de estos hechos delictivos, en cuanto a la cantidad y a los tipos de delitos que se cometen?

Son pocos, no te podría decir las cantidades, como te digo los menores de catorce años entran todos en lo proteccional. Entre lo proteccional puro y lo infracto-proteccional no existe una distinción que desde la nomenclatura que me permita darte un número, incluso por el tema del RIT. Pero en general tengo la sensación de que son pocos, y no son tan graves, como es el caso del niño que se robó el chocolate. Hoy en día eso sí llegan casos que son un poco más graves, como son los de bullying.

Los casos de delitos más graves, como son los de niños menores de catorce años que cometen robos por sorpresa, robos con intimidación, u otros delitos son pocos, y casi siempre son los mismos niños, que generalmente son de familias determinadas o los que viven debajo del puente. Esta es la realidad de Viña del Mar, que es un poco burbuja, no es la realidad de Santiago o de Valparaíso.

4 ¿Cómo calificaría la infraestructura de los centros en los que se aplican las medidas de protección?

Los programas de intervención breve y los especializados, todos dependen del SENAME. En Viña del Mar hay varios, todos cumplen sus cometidos al fin y al cabo, unos antes y mejor que otros, eso tiene que ver con los objetivos del PIB en concreto. Tenemos un solo PIE, en este caso habría que analizar caso a caso, ya que cumple fines muchos más complejos que el PIB, y por lo tanto muchas veces no logran el éxito que pretenden tener con las terapias, porque son casos muy difíciles de tomar, de alta complejidad en los que hay familias muy refractarias a la intervención, que se encuentran dentro de círculos de delincuencia, de narcotráfico, entonces cuesta trabajar con ellos, por esta razón tienen menos éxito que los PIB.

En relación con los recintos residenciales, nosotros aquí en Viña del Mar tenemos nueve hogares, y todos en general en buenas condiciones, pensando en el estándar de exigencias residenciales o de habitación para la mayoría de los chilenos, no son de lujo, pero no son deficientes en absoluto. Unos son mejores que otros dependiendo de la administración, pero por lo general los administradores son muy responsables y tienen buena comunicación con el tribunal, están atentos a la situación de cada niño en particular, por lo que en Viña las cosas funcionan relativamente bien. La situación no es así de buena en Valparaíso, a pesar de que es mejor que otrora, han tenido varias dificultades.

En todo caso, la figura del hogar residencial está en su ocaso, porque son las familias de acogida las que están reemplazando la figura del internado, ya que la línea va por integrar al niño en un grupo familiar.

5. En relación al artículo 58 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente el cual señala que si se sorprende a alguna persona menor de esta edad, ejecutando flagrantemente una conducta que cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales en primer lugar deberán hacer uso de sus facultades para restablecer el orden, y proteger a la víctima, para que luego la autoridad correspondiente lo ponga a disposición del tribunal de familia para que vele por la protección del niño, y que en caso de que se trate de una infracción de menor entidad, se puede entregar al niño inmediatamente a sus padres o a las personas que lo tengan a su cuidado. ¿Cómo se aplica este artículo, y cuál es el criterio que utiliza carabineros para determinar que una infracción es de menor entidad?

Ellos (carabineros) efectúan un llamado telefónico al juzgado de familia correspondiente. A veces sucede esto incluso en situaciones como el robo del chocolate que no tienen mayor significancia. Ellos tienen que hacer el parte, mandarlo al tribunal, y dejarlo a la espera de citación. Muchas veces llaman a uno a las tres de la mañana, y uno tiene que volver a reiterarles la misma instrucción. Preguntan más de lo que deberían siempre, pero ellos cumplen bien su cometido, y consultan ante cualquier duda que tengan.

6. En los casos que no sean de flagrancia, al no regular la legislación chilena la forma en que el tribunal de familia toma conocimiento sobre los hechos punibles cometidos por niños ¿Cómo los tribunales de familia toman conocimiento de estos hechos?, y ¿Requieren algún tipo de información para acreditar la efectiva existencia del hecho, como por ejemplo un parte policial?

Lo que pasa es que habitualmente los hechos punibles cometidos por niños son de menor entidad, salvo que a uno se le salga una bala mientras manipulaba una pistola, en este caso que actúe con voluntad clara es muy difícil. Cuando se trata de niños mayores de once o doce años generalmente verificar la edad real del menor es complicado, carabineros no tiene capacidad de determinar a priori la edad, por lo que se les lleva a la comisaría, y ahí ven la edad que tiene, a esa altura, entró a conocer el fiscal, quien se comunica con el juez de familia

O sea, en estos casos basta con que exista un parte policía para que el tribunal de familia entre a conocer la situación

Todos los partes de carabineros en los que esté involucrado un menor de edad con una eventual vulneración de derechos pasan al tribunal de familia, es un protocolo de rigor.

¿Y los casos por ejemplo de bullying escolar donde no existe un parte policial propiamente tal?

El bullying llega vía parte por ejemplo cuando el director, el orientador, el inspector o alguno de los padres de carabineros a dar cuenta de los hechos sucedidos. Pero también la propia escuela es la que directamente se puede comunicar con el tribunal.

7. ¿Cómo se respeta la opinión del niño en el procedimiento? ¿Considera que es suficiente?

Se escucha, y considero que es suficiente la forma en que la legislación chilena resguarda el derecho del niño a ser oído. Se respeta de la misma forma que en los procedimientos de protección, ya que en el fondo son lo mismo.

II

PROPUESTA DE PROYECTO ARTICULADO

La presente propuesta debería ser parte de un proyecto de Ley de Protección de los Derechos del niño, niña y adolescente. El articulado debiese variar si se inserta en un articulado completo de un posible proyecto de ley ya que ciertos temas también pueden ser abordados de manera positiva en otros ámbitos más amplios.

TÍTULO I

Hechos Punibles cometidos por niños o niñas

Artículo 1.- Ámbito de aplicación. Se entenderá que son niños o niñas, todas las personas menores de catorce años.

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

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

Artículo 3. Procedimiento. Serán competentes los juzgados de familia para conocer y resolver todos los asuntos en los que aparezca un hecho punible cometido por un niño o una niña. En estos casos el juez procederá de acuerdo al procedimiento de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes⁶¹. Una vez que el juez de familia tome conocimiento de la comisión del hecho, analizará la situación de acuerdo a la gravedad del hecho, a la reiteración de conductas antisociales, o a los antecedentes con los que cuenta el consejo técnico, en caso de que estos constituyan indicio de vulneración de los derechos del niño, inmediatamente iniciará los trámites tendientes a la iniciación del procedimiento.

⁶¹ Este procedimiento también debiese estar contemplado en la ley de protección de derechos del niño, niña y adolescente.

En la medida que el juez estime conveniente en relación a la madurez del niño o la niña, podrá efectuar una representación del hecho que tenga por objeto la revaloración del bien jurídico lesionado por el niño o niña.

Artículo 4.- Medidas de protección. La medida de protección aplicable estará enfocada exclusivamente a superar la vulneración o amenaza de derechos del niño, en ningún caso la aplicación de estas medidas deben guardar relación o proporción con el hecho punible cometido. Para cumplir estos fines el juez podrá:

1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los niños, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y

2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro Residencial o en hogar sustituto o en un establecimiento residencial. En caso de adoptarse alguna de estas medidas el juez deberá preferir para asumir provisionalmente el cuidado del niño, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior. Esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo. Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. En todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto.

Artículo 5.- Restricción de libertad de los niños. Si se sorprendiere a un menor de catorce años en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales ejercerán todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad pública y dar la debida protección a la víctima en amparo de sus derechos.

La autoridad policial o la respectiva autoridad pública de manera previa deberá comunicarse con el tribunal de familia para que este determine si se trate de una infracción de menor entidad, en caso de ser así, se podrá entregar al niño inmediata y directamente a sus padres y personas que lo tengan a su cuidado y, de no ser ello posible, lo entregará a un adulto que se haga responsable de

él, prefiriendo a aquellos con quienes tuviere una relación de parentesco, informando en todo caso al tribunal de familia competente.

Una vez cumplidos dichos propósitos, la autoridad respectiva deberá poner al niño a disposición del tribunal de familia a fin de que éste procure su adecuada protección.