



Juventud, pobreza y marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales

Myrna Villegas Díaz

Profesora del Departamento de Ciencias Penales en la Facultad de
Derecho de la Universidad Central de Chile y de la Universidad Arcis.

www.cienciaspenales.net

[www.cienciaspenales.net]

**JUVENTUD, POBREZA Y MARGINALIDAD:
La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los
Tratados Internacionales.**

Por Myrna Villegas Díaz*

I. INTRODUCCIÓN.

La entrada en vigor de la ley 20.084, reguladora de la responsabilidad penal adolescente¹, en junio de 2006 (en adelante LRPA) marcó un hito en nuestra historia legislativa. Precedida de uno de los más enconados debates parlamentarios y sociales, finalmente y a pesar de la oposición manifestada por múltiples sectores, entre ellos, los propios operadores del sistema de justicia de menores, comenzó a aplicarse con algunas modificaciones en su texto original.

En el origen de esta ley confluyen varios aspectos. De un lado la campaña masiva de los mass media que ad portas a su promulgación nos hablaban de un aumento de la delincuencia juvenil, de otro lado, las falencias del sistema de discernimiento, del que se decía tenía importantes contradicciones con la Constitución y los tratados internacionales. Por último, proporcionando el “techo jurídico” que amparaba una modificación en el sentido de la ley 20.084, estaba la propia Convención de Derechos del Niño.

Ya en el campo semántico se produjeron los cambios, comenzó a hablarse de responsabilidad penal “adolescente”, ya no responsabilidad penal del “menor”, como si el legislador quisiera reconocer una diferencia entre ambos, diferencia que desde el punto de vista biológico y psicológico, parece no favorecer un cambio punitivista en relación a los jóvenes en el sentido de rebajar la edad de responsabilidad penal, puesto que el adolescente, por ser una persona en etapa de formación, tiene unos parámetros de personalidad todavía menos claros que los de un niño, que al menos actúa con criterios de niño.

Por otra parte, cabe considerar que en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos de la infancia, se reconoce que la delincuencia juvenil es un producto de los desajustes en el plano económico y social, pero no atribuyen directamente- salvo la CIDN- responsabilidad penal a estos jóvenes infractores.

La tarea de cotejar los tratados internacionales con el sistema de responsabilidad penal juvenil vigente precisa, en primer lugar una referencia a los distintos *modelos de responsabilidad penal juvenil*, para continuar con los *aspectos político criminales* inmersos en la ley. Una vez zanjada esta dimensión material e históricas, nos adentraremos en la dimensión jurídica dilucidando en primer lugar, los *criterios de justicia de menores establecidos en los tratados internacionales* para ir cotejándolos con la ley vigente, para luego cotejar *los principios de derecho penal reconocidos en tratados internacionales con*

* Dra. por la Universidad de Salamanca, España. Profa. del Departamento de Ciencias Penales y Coordinadora General de Investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profa. De derecho penal además en las Universidades Central de Chile y Arcis.

¹ La ley fue publicada en el D. Oficial el 7 de diciembre de 2005. dados los problemas que acarrearía su inmediata puesta en marcha, especialmente por falta de infraestructura, su periodo de vigencia fue diferido hasta junio de 2006, fecha en la que entró en vigor.

la ley de responsabilidad penal juvenil, para finalizar con algunos otros cuestionamientos desde el punto de vista de los principios de derecho penal sustantivo

II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL. DIVERSOS MODELOS.

Históricamente los modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil pueden agruparse en cuatro grandes categorías:

- Modelo clásico o del discernimiento
- Modelo tutelar
- Modelo educativo
- Modelo de la responsabilidad

a) Modelo Clásico o del discernimiento

El modelo del discernimiento hace aplicables consecuencias jurídicas del delito a menores que tendrían responsabilidad personal en los ilícitos. Tal responsabilidad provendría de su capacidad de autodeterminación².

La responsabilidad del adolescente se nutre de la capacidad de culpabilidad, entendida ésta en un sentido psicológico, es decir, en un primer momento como capacidad de dolo, y en un segundo momento como capacidad moral de autodeterminación del individuo, supuesta la libertad de todos los seres humanos para decidir³.

Como puede observarse este modelo, propuesto por el liberalismo clásico, supone la existencia de libre albedrío en el menor, cuestión que empíricamente no se puede probar, y que por eso constituye la base de barro que lo llevó al fracaso. Así sucedió en nuestro país con la ley de menores que funcionaba sobre la base del examen de discernimiento, sistema que fue criticado por contener algunas normas evidentemente inconstitucionales y contrarias al derecho internacional de los derechos del niño⁴.

El discernimiento vendría a ser la forma a través de la cual se hace posible la atribución de responsabilidad. La decisión del juez respecto de la adopción de medidas tutelares no era entonces consecuencia de un debate sobre el hecho ilícito. Los partidarios de la LRPA vigente añaden además que en el sistema del discernimiento el menor no tenía garantías ni posibilidades de ejercer adecuadamente el derecho a defensa⁵.

b) Modelo Tutelar

² MALDONADO, Francisco. "La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado". En *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef. 2004, pp.103 y ss. esp. p. 106.

³ ídem

⁴ Ampliamente CILLERO BRUÑOL, Miguel. "Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos", en *Sistema Jurídico y derechos Humanos. El derecho nacional y la obligación internacional de Chile en materia de derechos humanos*, Ed. Universidad Diego Portales, Stgo, Chile, 1996.

⁵ BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo. "El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes", en *Rev. de Estudios de la Justicia*, N°6, año 2005, Stgo. Chile, pp. 161- 174.

El modelo tutelar, con base en la doctrina de la situación irregular⁶, apuesta por la abolición de un sistema sancionatorio penal y su reemplazo por un sistema de medidas de seguridad, correccionales o de protección. La aplicación de este sistema se basa en la existencia de una situación de carencia o necesidad que afecte al menor de edad⁷.

La medida se impondría por la situación de riesgo social en la que se encuentra el menor. Se presume que el menor que delinque se encuentra en una situación de peligro que lo puede llevar a volver a delinquir, porque se encuentra “carenciado” y por lo mismo necesita protección. Entonces, el Estado no duda en intervenir en la persona del delincuente imponiendo una medida.

Se criticó este sistema por cuanto implica dar un mismo tratamiento a menores cuyos derechos han sido vulnerados y que requieren una efectiva protección, y a menores que han infringido la ley penal⁸. Sus partidarios responden a esta crítica señalando que ambos conflictos son expresiones de un “peligro moral o material” para los menores, la intervención estatal se justificaría en función de la persona del menor y no tanto por el hecho cometido.

Si bien puede parecer este modelo un poco mas acorde con la protección de un menor, alejado de los criterios judaico cristianos de libre albedrío, este modelo encubre que respecto de menores infractores se acude al viejo criterio de la peligrosidad social, por sobre el derecho penal del hecho. Por otra parte, el menor en situación irregular es considerado un incapaz, un inimputable dado que no tiene la capacidad de conocer lo injusto y actuar en consecuencia con este conocimiento. Es, por tanto, como dice BUSTOS, un “irresponsable”, “un ser diferente”, que “carece de capacidad valorativa existencial y por tanto, de libertad existencial y por eso no se le puede aplicar una pena”⁹.

c) Modelo Educativo.

El modelo educativo o “modelo del bienestar” ofrece soluciones no penales para hacer frente a la delincuencia juvenil. Trata de ejercer una orientación social y educativa dirigida al menor, evitando su paso por el sistema judicial dado lo estigmatizante que es esta judicialización.

Se concreta en la aplicación de soluciones extrajudiciales al conflicto, a través de Programas o planes de diversión y Programas de mediación – reparación o conciliación.

Ellos se componen de subprogramas de conciliación, de mediación, terapéuticos, de seguimiento y control, de apoyo y de acogida familiar, de resarcimiento del daño a la víctima y otros similares¹⁰.

⁶ Más ampliamente GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. “Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”, en *Un Derecho Penal del menor*, coord. Juan BUSTOS R. Edit. Conosur, Stgo, 1992.

⁷ MALDONADO, F. 2004, p.109.

⁸ BERRÍOS, G. 2005, p. 163

⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J. “Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: Por un derecho penal de menores”, en AA.VV. *Un Derecho Penal del Menor*, Dir. J. Bustos Ramírez, Ed. Jurídica Cono Sur, Stgo, 1992, pp. 3 y ss.

¹⁰ MALDONADO, F. 2004, p.113.

Se llevan a cabo a través de instancias técnicas especializadas en ciencias psicosociales, organismos que se encargan de medir la recuperabilidad (o resocialización) del menor y proponer la medida a adoptar.

Las soluciones que se logran por este modelo son efectivas, miradas las bajas cifras de reincidencia de menores a quienes se ha aplicado por sobre todo las medidas de diversión. No obstante, algunos autores tienen reparos:

- Su parcialidad: desde que no es válido para una generalidad de casos. En primer lugar, se le objeta que los programas son eficaces respecto de menores con bajo compromiso delictual. En segundo lugar, supone que el menor debe vivir en un entorno social favorable a la aplicación de las medidas.
- Peligro de discrecionalidad judicial o administrativa dada la desformalización del sistema.

En esta línea MALDONADO señala: "...a nuestro juicio el modelo no explica ni justifica la intervención penal, sino que constituye una propuesta de tratamiento- parcial- alternativo de la criminalidad de mediano y bajo compromiso delictual"¹¹.

Seguramente es cierto lo que señala Maldonado, y es que el tratamiento jurídico de los menores infractores no tendría por qué justificar la intervención penal si el Estado destinara los recursos adecuados para implementar un modelo como el educativo. Un modelo que por lo demás estaría en absoluta coherencia con las modernas tendencias de mediación y alternativas al proceso penal.

Lo cierto es que el modelo educativo es difícil de implementar en países como el nuestro dada la enorme cantidad de recursos que requiere.

d) Modelo de responsabilidad

Busca aplicar un derecho penal sancionador a menores infractores. A este modelo responde la ley 20.084.

Esto supone reconocer que los menores son sujetos de derecho y responsables, en la medida que son capaces de autodeterminarse. La capacidad de responsabilidad es la que permitiría derivar consecuencias penales de los actos que cometen.

Dos cosas cabría considerar:

a) Desde el punto de vista político criminal puede decirse que la responsabilidad penal del joven de 14 años es una imposición del legislador, no es un imperativo filosófico. Recordemos que la imputabilidad y la inimputabilidad son decisiones políticas del legislador. Los inimputables han sido declarados como tales por voluntad del legislador, mas allá de que presenten o no problemas en los procesos de comunicación.

b) Por otra parte, la capacidad de autodeterminación a la que alude este modelo es básicamente la misma que aquella a que se refiere el modelo clásico o del discernimiento, es decir, supone asimismo la existencia de libre albedrío, cuestión que ya hemos dicho no es demostrable desde el punto de vista empírico. El libre albedrío supone enjuiciar los

¹¹ MALDONADO, F. 2004, p.114.

actos desde un orden absoluto de valores, el libre albedrío no es cuantificable, o se presenta o no se presenta, en atención a que dice relación con ese orden de valores absoluto. Esto no es demostrable, pues no existe un solo orden de valores sino una multiplicidad de órdenes de valores. De ahí el sentido de aquellas críticas que han señalado que la traslación de un sistema de discernimiento a un modelo de responsabilidad, es un fraude de etiquetas.

La única diferencia está en que en el actual sistema de responsabilidad juvenil, no existe la posibilidad de ser “irresponsable”, “no culpable”, a causa de la minoría de edad. La inculpabilidad solo podría darse aplicando las reglas penales generales.

Intentando paliar estas falencias, el modelo de responsabilidad señala que la responsabilidad de un adolescente es distinta de la de un adulto, debido a que la autonomía o capacidad de decisión es distinta en ambas etapas de desarrollo de la personalidad.

Y es aquí donde puede advertirse que el fundamento del sistema de responsabilidad juvenil, basado en la idea de que el menor de 14 años es sujeto de derecho, cae en una contradicción. Por un lado se afirma la capacidad del menor para autodeterminarse, es decir, libre albedrío, y por otro lado se dice que esta capacidad de autodeterminación es insuficiente en el adolescente.

Dicho de otra manera, según los partidarios de este modelo, el menor de edad no es considerado una “persona incompleta o en formación”, sino como un sujeto pleno, titular de derechos y por ende, perfectamente “capaz de responsabilidad”. Pero también agregan que esta responsabilidad es en el marco de su condición de “sujeto en desarrollo”¹². Con lo cual incurren en una falacia argumentativa ya que no se entiende en qué medida el menor de edad puede ser considerado sujeto titular de derechos dado que no es una persona incompleta, y a la vez, ostentar una responsabilidad distinta a la del adulto por ser un “sujeto en desarrollo”. Nadie puede ser sujeto de derecho si no es sujeto de responsabilidades. No se puede ser “mas o menos infractor”.

El modelo establece un sistema penal “diferenciado” o “atenuado”¹³ para los adolescentes en el que “la responsabilidad del joven pasa a primer plano y el hecho cometido será de referencia del proceso y de las medidas a aplicar”¹⁴. Por tanto, nos está diciendo que el hecho cometido ya no es base de la culpabilidad, sino que ésta se determinará por otros medios, con lo cual pasa a llevar el principio de culpabilidad entendido como garantía del individuo frente al ius puniendi estatal.

Se ha dicho que este modelo es acorde con la “doctrina de protección integral de los derechos del niño”, prevista en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No obstante, como podremos observar, existen muchos puntos de fuga dentro de la ley que la alejan de esta doctrina de protección integral. Y cabría hacer un cuestionamiento mayor aún: ¿es el modelo de responsabilidad que impone la CIDN el más acorde para el tratamiento de la delincuencia juvenil?

¹² MALDONADO, F. 2004, p.115

¹³ Algunos autores estiman que se trata de un “derecho penal atenuado” del de adultos. En esta postura, entre otros, CORTES MORALES, Julio. “Ley de responsabilidad penal de adolescentes: ¿mas derechos? ¿mas represión?”. Artículo inédito, 2007.

¹⁴ SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*. Edit Comares, Granada, p.109.

Modestamente estimo que acudir a un paternalismo ingenuo en relación a los jóvenes y considerarles verdaderos “ángeles” que nunca deben responder por sus actos, es tan nefasto como aquel retribucionismo hipócrita que nos habla de los jóvenes “demonios”. En lo personal creo que una alternativa a esta clase de sistemas es la justicia restaurativa¹⁵.

II. ASPECTOS POLÍTICO CRIMINALES

La LRPA nace en el contexto de una sociedad globalizada, en la que el expansionismo ha alcanzado su máxima expresión. Recordemos que a la política criminal y el derecho penal mínimo, propios de la penúltima etapa del Estado Liberal (el Estado de Bienestar) suceden un mundo globalizado y un derecho penal máximo o expansionismo que consiste en la creación de un conjunto de normas penales que constituyen supuestos de criminalización en el estadio previo a la lesión de bienes jurídicos.

El expansionismo pretende dar respuesta a fenómenos aparentemente imposibles de enfrentar con el derecho penal liberal, fenómenos propios de la sociedad del riesgo, sociedad en la cual el **punitivismo** encuentra su caldo de cultivo. Éste se caracteriza por la introducción de nuevas normas penales que se aplican efectivamente y/o por el endurecimiento de las penas ya existentes para ciertos delitos¹⁶. Como afirma CANCIÓ MELIÁ: “La tendencia actual del legislador es la de reaccionar con ‘decisión’ dentro de muchos sectores diversos de regulación en el marco de la ‘lucha’ contra la criminalidad, es decir con un incremento de las penas previstas.”¹⁷.

Al punitivismo se une la **función simbólica del derecho penal**, que consiste en dar la impresión de un legislador atento, decidido y eficaz en el combate a la delincuencia. Los medios de comunicación social, en su papel de órganos de control social informal, cumplen la función de destacar determinadas formas de criminalidad en un determinado momento, para inducir a la opinión pública a formarse juicios de valor, que sirven a efectos de legitimar una sanción más represiva. Es la propia ciudadanía la que aparece pidiendo un aumento en la severidad de la respuesta penal, casi como frente de solidaridad ante lo que se estima un enemigo común, para mantener los intereses del sistema y confirmar una ideología de la defensa de lo social. Esto ocurre cada vez que se afronta un proceso de reforma penal.

Así por ejemplo, no es de extrañar que antes de la promulgación de la ley 20.084, los mass media hayan abundado en imágenes de delitos cometidos por menores de edad, todo lo cual llevó a pensar a la ciudadanía que la delincuencia juvenil había aumentado.

A este respecto cabe citar dos fuentes:

¹⁵ La justicia restaurativa, modelo aplicado, entre otros, en Nueva Zelanda, se preocupa de buscar alternativas no penales, pero integrando a la víctima en la solución del conflicto. Sobre ello véase las soluciones propuestas para Chile por FRIEDMAN, Loreley. “Justicia restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles”, 2007, de próxima publicación.

¹⁶ CANCIÓ MELIÁ, M., ¿“Derecho penal” del enemigo?, CANCIÓ MELIÁ, Manuel, ¿“Derecho” Penal del Enemigo?, en CANCIÓ MELIÁ, Manuel y JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, págs. 57 a 102, versión electrónica, p.9.

¹⁷ CANCIÓ MELIÁ, M., ¿“Derecho penal” del enemigo?, versión electrónica, 2003, p.12.

- Un informe de Carabineros de Chile publicado en 2001 reveló que solo un 7% de las aprehensiones del **año 2000** correspondían a menores de edad, y de éstas, solo un 8,3% correspondía a delitos violentos contra las personas¹⁸.
- Una conferencia de prensa dada por la Fundación Paz Ciudadana en octubre de 2004, es decir, ad portas a la promulgación de la ley, reveló que entre 1995 y 2003, la evolución de los aprehendidos por robo con violencia había aumentado en un 817% en los jóvenes, considerando los de 14 años, y solo en un 317% en adultos. En esta misma conferencia se señaló que entre los años 1986 y 2003 las aprehensiones de jóvenes de 15 años por robos con violencia había aumentado en un 387%¹⁹.

En definitiva, y como dice el Mensaje de la ley, había que “asumir una efectiva acción contra el delito” a través de “la adecuada sanción de cada uno de los ilícitos que afecten a nuestra tranquilidad”.

Esta idea no fue aislada, pues las legislaciones de otros países ya habían seguido un camino similar, como lo muestra el siguiente cuadro comparativo:

PAIS	LEY	VIGENCIA	EDAD JUSTICIA PENAL JUVENIL	EDAD SIST. PENAL ADULTOS
BOLIVIA	Código del Niño y Niña Adolescente	2000	12 años	16 años
BRASIL	Estatuto de la Niñez y la Adolescencia	1990	12 años	18 años
COSTA RICA	Ley de Justicia Penal Juvenil	1996	12 años	18 años
ESPAÑA	Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores 5/2000	2000	14 años	18 años
PERU	Código del Niño y del Adolescente	2001	12 años	18 años
URUGUAY	Código de la Niñez y la Adolescencia	2004	13 años	18 años
PANAMA	Ley del Régimen especial de responsabilidad penal para la adolescencia	1999	14 años	18 años

Recuerdo particularmente el caso español. Los actos de la kale borroka o lucha callejera, protagonizada por jóvenes y niños, en el País Vasco, y la necesidad de crear solidaridad para hacer frente a ETA, llevaron al gobierno de Aznar a promulgar la LO 5/2000 que reguló la responsabilidad penal de menores en relación con delitos de terrorismo. Ley que fuera una de las más criticadas de su gobierno²⁰.

¹⁸ “Menores de Edad Aprehendidos por Carabineros de Chile”. Min de Justicia, Gobierno de Chile, 2001.

¹⁹ “Justicia Juvenil”. Conferencia de prensa dada por Gonzalo vargas, Gerente General de la Fundación paz Ciudadana, 20 de octubre de 2004.

²⁰ Sobre delincuencia juvenil en España, véase: BERMUZ BENEITEZ, María José, “Justicia de Menores Española y nuevas tendencias Penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-12, <http://>

Muy relacionado con esto último, conviene explayarnos un poco más en el expansionismo penal, pues podremos encontrar más de alguna respuesta en relación a la responsabilidad penal juvenil y su conexión con los tratados internacionales. Bajo el imperio del DP liberal, según explica SILVA SÁNCHEZ²¹, en el ordenamiento jurídico penal se diferenciaban dos “velocidades”: la primera es aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, sector en el cual deben respetarse estrictamente los principios político criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad está conformada por aquellas infracciones de menor gravedad, a las que se imponen solo penas pecuniarias o privativas de derechos, y en las cuales cabría flexibilizar proporcionalmente a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas clásicos.

Con la aparición de nuevas formas de criminalidad o el resurgimiento de antiguas (p.ej. el terrorismo, el narcotráfico), estas dos velocidades resultan insuficientes para mantener el orden social, de manera tal que cabría articular una tercera velocidad: el **derecho penal del enemigo**²², en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político criminales y las reglas de imputación²³. Esto es, un derecho “penal” diferenciado del derecho penal de ciudadanos, que podríamos conceptualizar como una forma de reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos considerados especialmente peligrosos.

No quisiera profundizar en un tema sobre el cual ya se ha escrito demasiado, especialmente para criticarle²⁴, sino más bien rescatar algunas ideas. La primera, recordar el concepto de enemigo: un ciudadano que por **su posición, forma de vida**, raza, religión o pertenencia a una organización, ha abandonado el derecho, no de forma incidental, sino duradera. El abandono duradero del derecho hace que no garantice seguridad cognitiva alguna, por lo que al encontrarse fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios que éste entrega a los ciudadanos, pudiendo entonces el Estado intervenir de manera más agresiva en sus derechos. Dicho de otro modo, el enemigo es una “no – persona” (Portilla)

crimint.ugr.es/recpc. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “Reparación a la víctima y servicios en beneficio de la comunidad prestados por adolescentes. Comparación con la situación en Derecho Penal Español”, Revista de Estudios de la Justicia, Centro de Estudios de la Justicia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N°5, Santiago de Chile, 2005, págs. 245 a 267.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, José María; *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edit. Civitas, 1ª edición, 1998, 2ª edición 2001, p.166.

²² JAKOBS, G.- CANCIÓ MELIÁ, M. *Derecho Penal del Enemigo*. Editorial Civitas, Madrid, 2003, JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones, Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1997

²³ SILVA SÁNCHEZ, J.M. 2001, pp. 163 y ss.

²⁴ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del ‘enemigo’ tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”. En: www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf, 2001, el mismo, El derecho penal y procesal del “enemigo”: las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, en: Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo / coord. por Jacobo López Barja de Quiroga, José Miguel Zugaldía Espinar, Vol. 1, 2004, pp. 693-720. GRACIA MARTÍN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo. En: Revista General de Derecho Penal, N° 2, 2004, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”. En: Serta: in memoriam Alexandri Baratta/ coord. por Fernando Pérez Álvarez, 2004, pp. 1027-1054, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Edit. Ediar, Buenos Aires, 2006.

En segundo lugar, me parece necesario recordar los orígenes del DP, los que se encontrarían en las necesidades técnico punitivas del modelo neoliberal de mercado, caracterizado por el capital transnacional, con la finalidad de dar continuidad al proceso de acumulación²⁵. Y para continuar con el proceso de acumulación, se hace necesario reprimir las resistencias nacionales e internacionales, a través de mecanismos legales, si bien no siempre legítimos, puesto que en la mayoría de los casos, tales mecanismos, que forman parte de la superestructura, constituyen abiertas infracciones a principios de DP sustantivo y adjetivo de indiscutible reconocimiento, alterando con esto el orden normal del ordenamiento jurídico.

Y en tercer lugar, debe recordarse sus principales características²⁶: amplio adelantamiento de la punibilidad; aumento en la severidad de la sanción penal (la anticipación de la barrera de protección penal no es considerada para reducir, en correspondencia, a la pena amenazada) y la relativización o supresión de determinadas garantías procesales.

Si observamos estas tres ideas parece lógico que los enemigos paradójicos sean terroristas y narcotraficantes, y en general, la gran criminalidad organizada. Sin embargo, lo que se oculta tras esta fachada de excesivo rigor para con estos enemigos- de los que nadie se extrañaría sean tratados de esta manera- es que el derecho penal del enemigo es un instrumento en manos del sistema para controlar y reprimir a los sectores marginados por razones económicas y culturales, puesto que son los que entran en el proceso de acumulación de riquezas²⁷.

¿En que medida existe relación con la LRPA? Hemos quienes pensamos que en general, la rebaja de edad para establecer responsabilidad penal puede llegar a ser una manifestación del derecho penal del enemigo. Hay otros que estiman que no es así, y que simplemente obedece a la tendencia expansionista, y finalmente quienes lo consideran necesario²⁸.

Me inclino a pensar que la LRPA es una manifestación encubierta de la aplicación del derecho penal del enemigo en nuestro país, constructo teórico que no restringe necesariamente a la gran criminalidad organizada, toda vez que cada vez más el expansionismo va confundiendo con este “derecho penal” al asumir sin tapujos sus características, y participar de sus pilares fundamentales: el derecho penal simbólico y el punitivismo. En concreto, y en relación a la LRPA, puede señalarse lo siguiente:

1. Considerando que esta LRPA se establece para toda clase de delitos cometidos por los jóvenes, en el entendido que no se excluyen delitos graves como los relacionados con el terrorismo, la ley 20.000, sobre tráfico ilícito de

²⁵ En este sentido, RIQUERT, Fabián L.- PALACIOS, Leonardo P. “El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”. En www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf, p. También en: La Ley, Revista Universitaria, Año V, N°3, junio de 2003, pp.1-8.

²⁶ JAKOBS, Gunther; Estudios de Derecho Judicial, N°20, pp.137 y ss. citado por CANCIÓ MELIÁ, M., ¿ “Derecho penal” del enemigo?, versión electrónica, 2003, p.18.

²⁷ Respecto de la identificación de los “enemigos” en Chile véase: VILLEGAS, Myrna. “El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”, *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad*. Libro Homenaje a Eduardo Novoa Monreal. Coord. Por M. Villegas, Ediciones Universidad Central. 2008.

²⁸ Al respecto véase: ACUÑA, O, BARRAZA, G. HEYER, H. et. al. “Ley de responsabilidad penal adolescente. Juventud, Marginalidad y Control Social”. Prof. Guía. M. Villegas D. Tesis de licenciatura, facultad de derecho. U Chile, 2008.

estupefacientes²⁹, o la ley de control de armas (17.798), creo que a los adolescentes podrían llegar a suspenderse garantías, como ocurre respecto de los imputados adultos en la ley 18.314 sobre conductas terroristas³⁰. En este sentido cabe recordar la protesta social juvenil, especialmente la estudiantil: un joven que porta una bomba molotov en su mochila, o implementos destinados a fabricarla³¹. De acuerdo a la ley de control de armas, esta conducta se castiga con pena aflictiva: pena mínima de tres años y un día y máxima de 10 años de privación de libertad. Pena que de acuerdo a la LRPA deberá tener al menos dos años de cumplimiento efectivo.

2. También, me parece que si recogemos la idea de que el DP del enemigo es antes que nada una reacción del sistema neoliberal para apagar cualquier intento de resistencia que tienda a frenar la acumulación de riqueza, es evidente que los sectores marginales entran en este proceso de acumulación, y en este sentido, los jóvenes marginales, que son mayoritariamente los destinatarios de esta ley, y que parece que han sido entendidos como un “germen de la delincuencia” deben ser sofocados.
3. Por último, y lo que me parece mas grave aún, es que los proyectiles de este sistema apuntan precisamente a lo que es la punta del iceberg en la delincuencia juvenil, la reincidencia. Desde esta perspectiva, es lógico que el adolescente que “ha huido de manera duradera del derecho” pretenda neutralizárselo a través de la aplicación preferente de penas privativas de libertad.

III. CRITERIOS DE JUSTICIA DE MENORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL Y LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL.

El Derecho Internacional ha tomado posicionamiento en relación a la justicia de menores a través de diversos instrumentos, que entregan los lineamientos básicos a observar por los ordenamientos jurídicos internos. En general, como habrán visto, estos instrumentos se caracterizan por enfatizar en la necesidad de prevención de la delincuencia juvenil y el interés superior del niño, antes que establecer un sistema de responsabilidad penal y rehabilitación. Sin embargo, como paradigma, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (1990) marca el tránsito entre el menor abandonado delincuente al adolescente infractor³².

La Convención Internacional de Derechos del Niño (CIDN) no es aislada, en el crisol de la normativa internacional de menores encontramos asimismo las Reglas de Beijing (1985) o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores, las Directrices de Riad (1990) o Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la

²⁹ Que castiga el consumo de cannabis, incluso en el propio domicilio cuando hay concierto para ello. Conducta frecuente entre jóvenes que realizan fiestas en sus casas.

³⁰ Por ejemplo, la LRPA nada dice en relación a las ampliaciones de plazos de detención de diez días en manos de la policía que autoriza la ley 18.314, sobre conductas terroristas. Solo se refiere a la ampliación del plazo de detención del art. 132 del Código Procesal Penal.

³¹ Artículo 14º inciso 1º de la ley 17.798 sobre Control de armas: “Los que portaren alguna de las armas o elementos señalados en los incisos primero, segundo o tercero del artículo 3º serán sancionados con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”. Art. 3 inciso 2 “Asimismo, ninguna persona podrá poseer o tener...bombas o artefactos incendiarios”.

³² En esta idea, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. “Adolescentes, Violencia y Responsabilidad Penal”, en *Congreso Internacional sobre Violencia, Delincuencia, y Política Criminal*, 9 de noviembre de 2006, Ministerio de Justicia, Stgo. Chile, 2007

delincuencia juvenil, y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990).

La preocupación por un sistema especializado nació con las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos (1955) pues estableció por primera vez la separación de los jóvenes y los adultos en centros de reclusión, una década más tarde, en 1966 el Pacto de Derechos Civiles y Políticos prohibió la pena de muerte para menores de 18 años, entregó garantías especiales a los jóvenes en el procedimiento y señaló la importancia de la resocialización en jóvenes.

En la actualidad, el instrumento más importante es la CIDN, que ha sido ratificada por la casi totalidad de los Estados en el mundo, excluyéndose EE.UU y Somalia.

REQUISITOS DE TODO SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL

Del conjunto de disposiciones internacionales, puede desprenderse que todo sistema de Justicia Juvenil debe cumplir con ciertos requisitos:

1. RESPETAR Y PROMOVER LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, CONSAGRADOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:

1.a) El interés superior del niño como eje central en los derechos de los menores y adolescentes

La CIDN establece como principio rector de la justicia de menores, el interés superior del niño, en **art. 3 N° 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**”.

La LRPA indica básicamente lo mismo en su art. 2: “en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el **interés superior del adolescente**, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”

El concepto de “interés superior del niño” es un concepto vago e impreciso, que ha sido definido de múltiples maneras por la doctrina: “es nada más, pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos”(CILLERO BRUÑOL)³³, “son intereses dotados de especial peso y significación, precisamente por el hecho de tratarse de niños” (COUSO)³⁴, sin embargo y a pesar de estos esfuerzos, los contornos de estos “intereses especiales o con especial peso” parecen desdibujarse. Por eso es que otros prefieren señalar que el interés superior debe apreciarse caso a caso, con las circunstancias que

³³ CILLERO, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño”, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma, Bogotá 1999, pág 84. Citado por BUSTOS, Juan, ob. cit. pág. 18.

³⁴ COUSO, Jaime. “Más acá del interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?” en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma, Bogotá 1999, pág 47. Citado por BUSTOS, Juan, ob. cit. pág. 18.

rodean al menor determinado ³⁵, pero en este caso aún más queda uno en la incertidumbre en relación al contenido de este interés superior, ya que dependerá de la voluntad favorable o desfavorable de los operadores del sistema. Recuérdese en nuestro país el polémico caso de la jueza Karen Atala, quien perdió la tuición de sus hijas por tener ella una orientación sexual distinta, y el argumento de la sentencia fue básicamente que era necesario privar de la tuición a la madre “en interés superior de las adolescentes”.

De ahí que no pueda comprenderse de manera exacta qué y cuánto cabe bajo este concepto, y en relación al tema específico que nos convoca, en qué medida obedece al interés superior del adolescente el establecimiento de responsabilidad penal con la consecuente posibilidad de privación de libertad.

Si miramos el tenor de la CIDN parece ser que el “interés superior del niño” en relación al establecimiento de responsabilidad penal viene a referirse, especialmente (aunque no exclusivamente) a la categoría social de “menor – abandonado- delincuente” al cual hay que proteger. Esto porque en una interpretación sistemática del articulado, encontramos el siguiente art. 39:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: **cualquier forma de abandono, explotación o abuso**; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

Y seguidamente a este artículo, el art. 40 se refiere a la responsabilidad penal. Luego, y en esta línea, el interés superior del adolescente a que alude esta normativa, en la LRPA parece ser entendido como “niño en situación irregular”, concepto vago e impreciso propio del modelo tutelar. Niño en situación irregular es, por ejemplo, aquel que carece de un entorno familiar adecuado para lograr su pleno desarrollo como ciudadano respetuoso de las normas, y sabido es que mayoritariamente este tipo de niños pertenecen a los estratos más bajos de la sociedad, que son los que mayoritariamente delinquen. La LRPA se está aplicando mayoritariamente a muchachos pobres, muchachos marginales, todos los cuales son necesarios de eliminar o neutralizar para mantener el proceso de acumulación de riquezas.

En todo caso, comparto la opinión de Bustos en el sentido que creo que cuando hablamos de interés superior del niño debemos referirnos a una “garantía específica u operativa respecto de los derechos del niño o adolescente”³⁶

1.b) Derechos y garantías de menores y adolescentes

En concreción al principio del interés superior del niño, las convenciones internacionales garantizan ciertos derechos a los menores y adolescentes, tales como

³⁵ GAETANO DE LEO, “Interés, derecho y necesidad: para una evolución de las hipótesis de tratamiento de la desviación de menores”, en “Un derecho penal de menor”, y éste a su vez en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma, Bogotá 1999, pág 179. Citado por BUSTOS, Juan, ob. cit. pág. 18.

³⁶ BUSTOS, Juan. *El Derecho Penal del Niño-Adolescente*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007, p.19

el derecho a la vida y a la integridad psíquica, la igualdad ante la ley, derecho a la educación entre otros.

A este respecto conviene tener presente que el art. 2 de la LRPA en su inciso segundo señala: “En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.”

Esto significa que, en la aplicación de la ley, al menos, debieran verse reforzadas las siguientes garantías constitucionales: 1º (derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona), 2º (igualdad ante la ley), 3º (igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos), 7º (libertad personal y seguridad individual), 10º (derecho a la educación), así como la posibilidad de hacer uso de las acciones constitucionales del artículo 20 (recurso de protección) y 21 (recurso de amparo o *habeas corpus*)³⁷.

Ahora bien, dentro de los derechos que se consagran en los instrumentos internacionales, hay uno cuyo respeto merece algún reparo en la LRPA; tal es el **Derecho a vivir en un entorno familiar que garantice su pleno desarrollo**.

La **Regla 1.1 de Beijing** señala: “Los Estados miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales, promover el bienestar del menor y su familia”.

Más claramente las **Directrices de Riad** en su art. IV.12. señalan: “Dado que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa”.

Me pregunto si es posible cumplir con este imperativo a la luz de la aplicación del sistema de responsabilidad penal juvenil, puesto que no sé en que medida pueda mantenerse o preservarse la integridad de la familia si al menor se lo aleja de ella a través de una pena privativa de libertad en régimen cerrado, en un recinto que además puede encontrarse muy lejano a su hogar, lo que impedirá a sus padres y hermanos visitarlo con frecuencia³⁸.

2. ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE JUSTICIA ESPECIAL PARA EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS MENORES.

En este sentido, la **Regla 2.3 de Beijing** señala que en cada país deberá procurarse “promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores”.

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

³⁷ ACUÑA, O- BARRAZA, G. et. Al., 2008, p.245

³⁸ Véase la ubicación de los Centros de Internamiento de menores en www.sename.cl

La CIDN es el instrumento internacional que ha sido sindicado como el más paradigmático en materia de protección de la infancia y la juventud. No obstante hay que señalar que este instrumento, desde que establece la posibilidad de que los jóvenes sean “responsables” de sus actos, altera sustancialmente a lo que históricamente ha sido el núcleo de la relación entre adultos y niños: su desigualdad, porque pretende que los adolescentes sean tratados como adultos.

El principio de igualdad implica reconocer normativamente las desigualdades, y cuando ello no ocurre, se adoptan posiciones proteccionistas extremas que en lugar de insertar a sujetos y actores sociales, los margina. Así ocurrió históricamente con la mujer. El sistema procuró aislarla declarándola incapaz, para luego protegerla, por eso, el fundamento de la protección de la infancia no puede ser la incapacidad del menor, como ocurre en un sistema tutelar de menores o en el del discernimiento, sino su desigualdad.

A mayor abundamiento, hay que señalar que los arts. 39 y 40 de la CIDN representan la transformación del “menor abandonado - delincuente”, como vaga categoría social³⁹, al “adolescente infractor”, como precisa categoría jurídica.

Categoría jurídica que no deja de ser un mero disfraz epistemológico de una verdadera responsabilidad como adulto, ya que no se puede ser “mas o menos infractor”, sino “infractor completo”. Disfraz epistemológico que se repite a lo largo de la ley: a la privación de libertad se le llama “internamiento” o colocación en casas por la institución.

Por ultimo, el **art. 5 de las Directrices de Riad** señalan: “deberá conocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como estudiar y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás”.

De la lectura de la LRPA puede concluirse fácilmente que más que un sistema especial para el juzgamiento de adolescentes, es un instrumento punitivo semejante al sistema penal para adultos, puesto que:

- a) Se abandona la noción “infracción” y se la reemplaza por la de “delito”. El Título preliminar regula el ámbito de aplicación de la ley que “regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas” (artículo 1)⁴⁰.
- b) La aplicación del régimen de adultos es preferente ya que si el delito inicia su ejecución antes de que el menor cumpla 18 años, pero se consuma después de este evento, se aplica la legislación de adultos (art. 3). De paso se vulneran las reglas de establecimiento del momento de comisión del delito, ya que éste se entiende cometido en el momento en que se da inicio a la ejecución, según ha sido mayoritariamente aceptado, incluyendo nuestros tribunales y doctrina.

³⁹ Sobre este punto, ampliamente: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia. *De los derechos y de la justicia*. 2ª edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 25 y ss.

⁴⁰ En este sentido, CORTES MORALES, 2007, p. 4

- c) **Las penas en la LRPA son similares a la de los adultos.** Se abandona la expresión “medidas” para llamarlas “penas”, “sanciones”, “consecuencias de la declaración de responsabilidad”. Incluso más, en la versión original de la LRPA se utilizaba el mismo esquema para graduar las consecuencias jurídicas del delito: penas de crímenes- penas de faltas, una escala general, penas accesorias. En la versión que entró en vigor no se distingue si son penas de crímenes o de faltas, solo entre penas principales y accesorias. Las **sanciones de encierro en régimen cerrado y semicerrado** no difieren mayormente de las de los adultos, salvo el tipo de centro en el que serán privados de libertad los menores. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad⁴¹ es una de las penas principales que propone el Ante Proyecto de Código Penal para el régimen de adultos. La reparación del daño y la multa no difieren de las sanciones de adultos. Tampoco difieren las accesorias de prohibición de conducir y de comiso.
- d) Las **reglas de determinación de penas** son básicamente las mismas que contiene el Código Penal, con excepción de la aplicación del art. 69 CP⁴², el que se considera contenido en el art. 24 dentro de los criterios de determinación de la pena.
- e) En materia de procedimiento⁴³, y a pesar de que el párrafo 2 del Título II de la ley se intitula “Sistema de Justicia especializada”, se tiende a la **especialización de los operadores del sistema** y no a la especialización orgánica del sistema penal de adolescentes⁴⁴. Es así como el art. 29 de la LRPA señala que los jueces de garantía, fiscales y defensores “deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta ley”. El art. 30 se refiere a la especialización de la policía.
- f) Esta falta de especialización orgánica del sistema se nota asimismo desde que los delitos militares cometidos por adolescentes militares o civiles, y delitos comunes cometidos por adolescentes militares, según instructivo de la Fiscalía Nacional, serán conocidos por **tribunales militares**. Y los tribunales militares no están especializados en justicia de menores. En concreto, el Fiscal nacional en Instructivo N°16 de la ley 20.084, Oficio N° 827 de 20 de junio de 2007, señala que: “No ha sido modificada la competencia de los tribunales militares regulada por el artículo 5 del CJM, la que incluye delitos militares y delitos comunes cometidos por militares en ejercicio de sus funciones, comprendiendo en el concepto militar a los alumnos que efectúan los dos últimos años de estudio de las Escuelas Matrices para Oficiales de las FF.AA., los aspirantes a oficiales que integren los cursos de la Escuela de Carabineros, los conscriptos, cadetes,

⁴¹ De acuerdo al art. 11 de la LRPA es una actividad no remunerada que no exceda más de 4 hrs. Diarias, compatibles con los estudios o actividad laboral del joven. La sanción tiene una duración mínima de 30 hrs. y un máximo de 120 hrs.

⁴² Art.69 CP: “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

⁴³ Sobre garantías procedimentales en justicia juvenil, véase CILLERO BRUÑOL, Miguel. “De la Tutela a las garantías: Consideraciones sobre el proceso penal y la justicia de adolescentes”. Rev. de Derechos del Niño, N°2, 2003. UDP- Unicef, Stgo, Chile. 2003

⁴⁴ También CORTES MORALES, 2007, p. 10

grumetes, aprendices y alumnos regulares de las escuelas institucionales y los demás indicados en los artículos 6 y 7 del Código de Justicia Militar.

De este modo, corresponde que los tribunales militares conozcan los delitos a que se refiere el artículo 5 del CJM, cometidos por adolescentes conforme al procedimiento establecido en el CJM. La ley 20.084 regula el procedimiento aplicable por esos tribunales, sin que corresponda a este Fiscal nacional impartir instrucciones al respecto". Esto significa, que por ejemplo, aquellos casos de maltrato de obra o palabra a carabinero realizados por menores, son conocidos por las Fiscalías Militares. Por esta vía, la criminalización de la protesta social de los estudiantes secundarios y universitarios es evidente.

- g) El **plazo de detención en caso de delito flagrante**, en la versión original de la ley establecía que el menor debía ser puesto a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de 12 hrs. Tras la última modificación antes de su entrada en vigor, dicho plazo es de 24 hrs⁴⁵. Mismo plazo que en el caso de los adultos. Incluso más, el plazo de detención en manos de la policía puede prolongarse hasta por tres días, ya que el art. 31 dispone que se aplica lo dispuesto por el Art. 132 del CPP, y que esta detención solo puede ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la ley⁴⁶.
- h) **No establece un régimen especial de recursos**, por lo que hay que aplicar el del sistema penal de adultos.

Así las cosas, el hecho de que este sistema penal para adolescentes se encuentre en una ley especial, no es sinónimo de justicia especializada en "interés superior del niño" sino mas bien, sinónimo de una verdadera política penal de orden público que está convirtiendo al Estado democrático en un Estado de Policía, ya que predomina la razón de Estado por sobre la razón jurídica, en el entendido que se hace prevalecer la eficacia de la lucha contra la delincuencia juvenil por sobre el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas.

A este respecto convendría tener presente las recomendaciones que hizo el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en abril de 2007, esto es, poco antes de que entrara en vigor la ley, en donde el Comité expresó su preocupación por la "falta de suficientes medidas socio-educativas para tratar con niños en conflicto con la ley sin recurrir a los procedimientos penales y limitar el uso de la privación de libertad. Además, el Comité observa la falta de programas de reparación y reintegración social para niños"⁴⁷.

3. Objetivo de la Justicia de Menores: El principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad.

⁴⁵ Ley 20.191 de 2 de junio de 2007

⁴⁶ Sobre derecho a la libertad personal y detención en adolescentes, ampliamente BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo. "Derechos de los adolescentes y actividad persecutoria previa al control judicial de la detención", Rev. de Estudios de la Justicia N°7, 20 06, pp.121 y ss.

⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 44 de la convención, 23 de abril de 2007, pág. 14.

La **Regla 5 de Beijing** señala que “el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

La importancia del principio de proporcionalidad, característica de un DP mínimo y respetuoso de los DD.HH., reside en que es un instrumento de limitación material y formal al ius puniendi.

En la creación de la norma, la proporcionalidad significa que la pena que determina en abstracto el legislador, debe considerar el fin de protección de la norma penal, esto es, el bien jurídico de que se trate. La entidad de la pena depende entonces de la jerarquización que se haga de los bienes jurídicos protegidos y de la forma de ataque, es decir, debe ser equivalente a la gravedad del delito, y del respeto a la dignidad de la persona humana.

Esto último quiere decir, que la amenaza penal debe mantenerse dentro de los límites de la racionalidad, que no suponga un instrumento de manipulación del individuo a través de la coacción psicológica.

En la aplicación de la norma, la proporcionalidad significa que la pena no puede rebasar el marco de la culpabilidad de la respectiva conducta.

La **LRPA** en dos de sus normas, dice respetar el principio de proporcionalidad.

De un lado, **el art. 24**, al señalar los criterios para determinar la pena, se refiere a la gravedad del ilícito de que se trate, la calidad de participación, la extensión del mal causado con el delito, entre otros, todo lo cual da indicios de que respetará la proporcionalidad en la pena.

De otro lado, **el art. 33**, al establecer medidas cautelares, deja en claro que la internación provisoria en un centro cerrado solo es procedente en casos de crímenes, y que “en ningún caso el juez puede dar lugar a una medida que parezca desproporcionada”.

Esta declaración de buenas intenciones es inmediatamente desvirtuada a la luz de los principios garantistas:

En primer lugar, se dice que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito.

La LRPA al tiempo de pretender establecer un sistema especial de responsabilidad de menores, distinto de adultos, y por ello, entiendo, debería ser menos gravoso, establece unas reglas para la determinación de la pena que no son proporcionales⁴⁸.

Esto porque las sanciones mas graves, caso de la pena privativa de libertad, no se aplica en casos de delitos graves solamente, sino que también en casos de delitos menores. Así lo demuestra **el art. 23**, el que establece:

⁴⁸ Ampliamente: HOLLSTEIN, Paula- CORNEJO, María Fernanda. “Compatibilidad entre el sistema de sanciones y los fines de la pena establecidas en la nueva ley de responsabilidad penal juvenil”, tesis de licenciatura, prof. guía Myrna Villegas D., Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2008.

1. La obligación al juez de aplicar la internación en régimen cerrado o semi cerrado, en penas de crimen (5 años y 1 día a perpetuo).
2. La facultad al juez de aplicar internación en régimen cerrado o semi cerrado o libertad asistida especial, cuando la sanción oscile entre 3 años y 1 día a 5 años de privación de libertad, o es una pena restrictiva de libertad superior a tres años.
3. La facultad al juez de aplicar internación en régimen semi cerrado, libertad asistida, o prestación de servicios a la comunidad, cuando la sanción privativa o restrictiva de libertad oscile entre 541 días a 3 años.
4. La facultad al juez de aplicar internación en régimen semi cerrado, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación cuando la sanción privativa o restrictiva de libertad oscile entre 61 días a 540 días.

Es decir, cualquiera sea la sanción- salvo el caso de penas iguales o inferiores a 60 días⁴⁹ - el juez siempre puede aplicar pena privativa de libertad, al menos en regimenes semi cerrados. Y debe hacerlo obligatoriamente en caso de penas de crímenes. Si el juez esta facultado para aplicar la pena privativa de libertad en cualquier caso, esto significa que esta `pena puede y debe ser la regla general tratándose de adolescentes reincidentes, lo que implica utilizar el DP como prima ratio, por contra el principio de intervención mínima.

En segundo lugar, se dice que la proporcionalidad de la pena supone la consideración a la culpabilidad del sujeto, no puede rebasar su marco.

Entendida la culpabilidad como responsabilidad, y no en un sentido psicológico o normativo, cabe concluir que el reconocimiento de la persona humana condiciona la imposición de la pena.

La responsabilidad penal de una persona – en el caso de un menor de edad- está basada en la “exigibilidad”. Esto significa que la culpabilidad tiene tres exigencias fundamentales⁵⁰:

- a) la exigibilidad sistémica o imputabilidad
- b) la exigibilidad de conciencia de lo injusto
- c) la exigibilidad de otra conducta.

a) Exigibilidad sistémica o Imputabilidad:

La exigibilidad sistémica se refiere a que el Estado solo puede exigir responsabilidad a una persona, cuando le haya dado las condiciones necesarias para aprender a comportarse acorde con las normas.

Y es en este sentido en el que cabe realizar un profundo cuestionamiento a la LRPA. ¿Es posible exigir responsabilidad a menores que el propio sistema margina?. Ya se ha señalado que, a pesar de que se garantiza la igualdad en la aplicación de la

⁴⁹ El art. 23.5 dispone. “si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación”.

⁵⁰ Véase, BUSTOS, J. – HORMAZABAL MALAREE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Edit. Trotta, 1997, Vol. 1.

LRPA⁵¹, en los hechos, ella está destinada a reprimir las conductas provenientes de jóvenes provenientes de los estratos más bajos de la sociedad y de aquellos que forman parte de la protesta social.

Son ellos los que precisamente cometen delitos, y especialmente delitos contra la propiedad, lo que da la razón a quienes relacionan las fallas estructurales del sistema económico con la desviación delictual. Así YOUNG se preguntaba y con razón el por qué en unas sociedades se cometen fundamentalmente delitos contra la propiedad en tanto que otras sociedades, conocen otro tipo de delincuencia⁵².

En tal sentido, esos niños, incluso más que otros, desde el punto de vista filosófico y axiológico, son inimputables, porque presentan un déficit en los procesos generales de comunicación, por lo cual no es posible que el Estado les exija respuesta. Y son también más inimputables aún por ser personalidades en franco desarrollo, como he dicho anteriormente, una edad en la que se transita sin descanso desde la niñez a la adultez, por ende todo se confunde. Imputar a un menor como éstos, someterlo a un proceso penal acusatorio, es “no apoyarlo en la construcción de una identidad social”⁵³.

b) Exigibilidad de la conciencia de lo injusto:

Implica que el sujeto haya internalizado ciertos valores. No es un problema de conocimiento, sino de la *significación*. Por ende, nuevamente nos encontramos con que si bien el menor al cual se le aplicará la ley preferentemente, conoce que comete delitos, no tiene internalizada una significación positiva de los valores a los que ataca. ¿Que tiene de raro que el niño pobre robe?. Dentro de su subcultura delictual, ¿acaso no es normal robar?.

Por tanto, es dudoso que ese menor pueda tener conciencia de lo injusto en los términos que se requiere en la culpabilidad, puede que sepa que robar es un delito castigado por la ley penal, pero de ahí a que tenga internalizado que esa es una conducta que no se debe realizar porque está contra los valores de una sociedad, y asuma esos valores como suyos, hay un enorme trecho de distancia. Incluso más, los menores delincuentes creen en la existencia de una verdadera “norma social” que los ampara, una norma proveniente de “su sociedad” según la cual ellos tienen derecho a robarle a los que no pertenecen a su entorno, sobre todo si pertenecen a la clase social más alta.

c) Exigibilidad de la conducta:

Por último, hay que ver si se han dado las condiciones para que a la persona – al adolescente- se le pueda exigir haberse comportado conforme a la norma. Si el Estado no ha dado las condiciones para el pleno desarrollo de los adolescentes, en armonía con la sociedad, si las políticas de prevención de la delincuencia juvenil son absolutamente

⁵¹ El art. 2 inciso segundo de la LRPA, señala que en la aplicación de la ley las autoridades deben tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos a los menores en la Constitución y en las leyes, en la Convención de los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

⁵² YOUNG, J. “Thinking seriously about the crime: some models of criminology” en *Crime and Society*, Londres, Routledge & Kegan Paul. Cit. por LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*, Edit. S. XXI, 1991, p. 80.

⁵³ En este sentido; MUÑOZ MÉNDEZ, Mario; ¿Responsabilidad penal juvenil?, En El Expreso, Viña del Mar, 21 febrero 2002, columna “Debate”.

insuficientes, ¿podemos esperar que esos adolescentes se comporten de acuerdo con el ordenamiento jurídico?.

¿Podríamos haber exigido, por ejemplo, a un Hans Pozo⁵⁴ comportarse conforme al derecho?. ¿Podríamos exigirle a un chiquillo proveniente de un colegio de los suburbios que se comporte conforme a derecho en las manifestaciones estudiantiles?. Pues es a ese tipo de niños a los que se les está aplicando la LRPA.

Como señala el profesor Bustos: “el respeto a la condición de la persona impide exigir responsabilidad a aquellas personas a quienes el propio sistema ha marginado”⁵⁵.

Y de esto no estaba exenta la anterior justicia de menores. Por regla general, los jóvenes de altos recursos eran declarados sin discernimiento, por contra a los jóvenes de escasos recursos, los que en un 90% eran declarados con discernimiento.

Como corolario a lo expuesto, si no se puede exigir responsabilidad al menor porque el sistema es quien le margina, huelga concluir que la pena- y en especial la privativa de libertad- es innecesaria.

Lo que no es exigible es innecesario. Por tanto, la infracción al principio de culpabilidad lleva de la mano la **infracción al principio de la necesidad de pena.**

4. CARÁCTER EXCEPCIONAL Y BREVE DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. APLICACIÓN PREFERENTE DE SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

La **Regla 13 de Beijing** establece:

Solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación de una familia, o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

A su vez, **la Regla 17 letra c)** señala: “Solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves.

El **art. 37 letra b) de la CIDN** obliga a los Estados Partes a velar porque

⁵⁴ Hans Pozo era un adolescente de 15 años de edad perteneciente a una populosa comuna de Santiago, que fue brutalmente asesinado y descuartizado. Al nacer fue abandonado por su madre, criado por una tía que trató- dentro de sus escasas posibilidades económicas- darle educación. Producto de sus carencias afectivas y económicas, unido ello al entorno en el que vivía, una población marginal, Hans Pozo cayó en la droga más mortal que azota en nuestras poblaciones periféricas: la pasta base. Ello lo llevo a abandonar el hogar con sus familiares, comenzó su carrera delictual con pequeños hurtos, mas tarde robos, para culminar en la prostitución infantil. Su asesinato fue descubierto de la manera más atroz cuando unos perros encontraron una de sus extremidades abandonadas en un sitio eriazos de la comuna de Puente Alto de Santiago, en el invierno de 2006.

⁵⁵ BUSTOS-HORMAZÁBAL, Lecciones..., 1997, p.79.

“... Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período mas breve que proceda”.

A su vez la **Regla 2 de las Reglas de naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad** (1990) señala que: “La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales”.

Haciendo eco de ese mandato internacional, la **LRPA** dispone en su **art. 47** que las penas privativas de libertad son excepcionales, y que tienen el carácter de último recurso.

Sin embargo, a pesar de estas buenas intenciones, la propia normativa de la LRPA se encarga de desvirtuar este carácter excepcional.

a) A este respecto cabe destacar la largueza con que el legislador utiliza la pena privativa de libertad. Ella puede aplicarse – como hemos visto antes- incluso a delitos menores. Se considera la duración de la sanción, en lugar del bien jurídico afectado y la intensidad del ataque.

De acuerdo a ello puede disponerse internación en régimen cerrado cualquiera sea la duración de la pena privativa de libertad que correspondiere, desde 3 años y un día de presidio hacia arriba en régimen cerrado, y desde 61 días de reclusión hacia arriba, en régimen semi cerrado, claro que con límites (art. 18). Ahora bien, estos límites no necesariamente implican una benignidad en la excepción que se hace respecto de los adultos. Por otra parte, el juez puede imponer más de una pena. Veamos lo que disponen los arts. 18 y 19.

Art. 18. “Límite máximo de las penas privativas de libertad. Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad”.

Art. 19. “En el caso del numeral 1 del artículo 23 el tribunal sólo podrá imponer complementariamente la sanción de internación en régimen semicerrado, N° 1 **después del segundo año del tiempo de la condena**.

Sanciones mixtas.

En los demás casos en que fuere procedente la internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programa de reinserción social, el tribunal podrá imponer complementariamente una sanción de libertad asistida en cualquiera de sus formas, por un máximo que no supere el tiempo de la condena principal.

Esta última se cumplirá:

- a) Con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad, siempre y cuando en total no se supere la duración máxima de ésta, o
- b) En forma previa a su ejecución. En este caso la pena principal quedará en suspenso y en carácter condicional, para ejecutarse en caso de incumplimiento de la libertad asistida en cualquiera de sus formas, en el caso de las penas que se extienden hasta quinientos cuarenta días. “

El inciso primero del art. 19 fue modificado sobre la base de la polémica “moción Larraín”, cuyo objetivo central era impedir que los menores responsables de delitos graves obtuvieran la libertad por aplicación de la misma LRPA.

La aplicación de estas normas significará, por ejemplo que un joven entre 14 y 16 años puede permanecer hasta 5 años privado de libertad en régimen cerrado, esto es, saldrá a los 19 o 21 años, y que luego de eso se le puede imponer una pena de libertad asistida por otros cinco años. Y un joven entre 16 y 18 años puede ser privado de libertad en régimen cerrado durante 10 años, lo que significa que obtendrá libertad al cumplir los 26 o 28 años, y que se le puede imponer una pena de libertad asistida durante el mismo tiempo de duración, es decir, este menor estará controlado por el Estado casi la mitad de su vida, lo cual no deja de ser una manifestación de la ruptura que se produce en la estrategia biopolítica en la sociedad del control⁵⁶.

Y aún más, porque en casos de delitos graves (penas desde 5 años y 1 día de privación de libertad), el menor deberá tener dos años de cumplimiento efectivo de la pena, según la modificación que se introdujo por la ley 20.191 de junio de 2007.

Desde esta perspectiva, cabe considerar el Requerimiento que se presentó ante el Tribunal Constitucional por un gran número de diputados en el mes de mayo de 2006⁵⁷ en el que se cuestiona la constitucionalidad de la LRPA, puesto que “Vulnera directamente el artículo 37 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño, al no dar alternativa alguna a la privación de libertad a penas que superen los cinco años, lo que en ciertos casos provocará que adolescentes que, por ejemplo, no han cometido delitos de gravedad, sino un cúmulo de ellos que se suman por concurso real, sean sancionados con esta pena, sin alternativa alguna”... “Esta situación no considera el interés superior del adolescente, pues no deja espacio para la determinación de una pena idónea, convirtiendo el artículo 24 de la ley N° 20.084 y el artículo 40 N° 3 letra b) y N° 4 de la Convención de los Derechos del Niño en letra muerta”⁵⁸.

El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento, el 13 de junio de 2007, sosteniendo en relación a este punto que: *“el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que*

⁵⁶ Supuesto que partimos de la base que el control penal no es control social sino exclusivamente control punitivo, la estrategia biopolítica del Estado que tiende a administrar la vida del cuerpo social (Foucault) en la sociedad de control quedaría descontinuada con la reacción punitiva del Estado, debido a que la aplicación de la mera “fuerza” para reprimir delitos ya no significa la sutil intervención que propician los actuales mecanismos de internalización de valores del sistema y de legitimación.

⁵⁷ La nómina de los diputados requirentes es la siguiente: señores Enrique Accorsi Opazo; Sergio Aguiló Melo; René Alíncu Bustos; señora Isabel Allende Bussi; señores Pedro Araya Guerrero; Jorge Burgos Varela; Juan Bustos Ramírez; Guillermo Ceroni Fuentes; Alfonso De Urresti Longton; Marcelo Díaz Díaz; Gonzalo Duarte Leiva; Alvaro Escobar Roffat; Ramón Farías Pone; Guido Girardi Briere; Rodrigo González Torres; Jorge Insunza Gregorio de las Heras; Enrique Jaramillo Becker; Tucapel Jiménez Fuentes; Antonio Leal Labrín; Manuel Monsalve Benavides; Carlos Montes Cisternas; señora Adriana Muñoz D’Albora; señor Marco Antonio Núñez Lozano; señora Clemira Pacheco Rivas; señores Iván Paredes Fierro; Jaime Quintana Leal; Fulvio Rossi Ciocca; señoras María Antonieta Saa Díaz; Laura Soto González; Carolina Tohá Morales; señores Eugenio Tuma Zedán; Esteban Valenzuela Van Treek; y señora Ximena Vidal Lázaro

⁵⁸ Extraído del Requerimiento presentado al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional la modificación de la Ley 20.084 (Boletín 5031-07). En CORTÉS MORALES, Julio. A cien años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención de Derechos del Niño: el desafío pendiente”, en Justicia y derechos del niño, N° 8, UNICEF, 2006, p. 198.

impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador". Agrega que *"el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales".* *Ciertamente que resulta discutible si el régimen cerrado de cumplimiento de penas es o no el sistema más eficaz para lograr tal rehabilitación, pero ello constituye, una vez más, un debate de mérito que corresponde hacer a los poderes llamados a legislar y no a este órgano de control de constitucionalidad"*⁵⁹.

b) De acuerdo a las Reglas de Beijing, la libertad del menor debe primar ante la privación de libertad, y la duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial, sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de tiempo.

La Regla 10.2 de Beijing, en relación a la investigación y el primer contacto del menor con el tribunal señala que "el juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor".

Mas adelante, la Regla 13, en relación con la prisión preventiva, señala:

13.1. Solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa".

Y finalmente en la Regla 17.1 relativa a los principios rectores de la sentencia y la resolución señala en su letra b) que: "Las restricciones a la libertad personal se impondrán solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible".

Contraria a estas reglas, la LRPA en su art. 56 establece que si al momento de cumplir la mayoría de edad aún le restan más de 6 meses para el término de la condena en régimen cerrado o semicerrado, su permanencia en éstos depende del informe favorable que evacue el Servicio nacional de Menores (SENAME). De no ser así, van a establecimientos penitenciarios de adultos en la "sección juvenil".

Sin duda alguna que esta norma rompe con el criterio de la especialidad y la función educativa de la pena.

c) La CIDN promueve las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad en el art. 40.4:

"Se dispondrá de diversas medidas, tales como, el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asesorar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como en la infracción".

⁵⁹ Idem, pp. 40 y ss.

Sin embargo, la LRPA contempla esta clase de medidas solo para delitos menores, demostrando, a juicio de algunos, “una intención diametralmente opuesta a la Convención por parte del legislador, ya que en vez de otorgar principios al juez, en los cuales éste pueda apoyarse para dar cumplimiento a los compromisos internacionales, lo que hace es establecer un conjunto de reglas casi taxativas que dan un margen muy acotado de discreción; y lo que es más obvio, no permite configurar la sanción punitiva como última ratio. Además, cabe mencionar que se ordena al juez a que en el tramo superior de la tabla del artículo 23 sea obligatorio aplicar un mínimo de dos años de internación en centro cerrado, es decir, una cárcel de menores”⁶⁰.

A mayor abundamiento, los criterios para la identificación de la mejor sanción, operan, entre otros, sobre la base del entorno familiar. Es así como la Fiscalía Nacional, en circular de 2 de mayo de 2007 ha indicado expresamente que en aquellos casos de delitos menos graves cometidos por menores pertenecientes a familias disfuncionales, es más conveniente aplicar una pena privativa de libertad., puesto que el tratamiento de reinserción social sería más dificultoso:

“...Si el informe da cuenta de que el adolescente carece de figuras adultas responsables, o que, teniéndolas, éstas son disfuncionales puesto que ejercen una influencia criminógena, se les vincula al consumo de drogas, o existe violencia de pareja y/o maltrato infantil en la familia, entre otras características negativas, puede anticiparse que el logro de los fines socioeducativos de una sanción no privativa de libertad resultará mas dificultoso”⁶¹.

Si bien es cierto la lógica de esta previsión apunta a la efectividad del tratamiento de reinserción social, y en definitiva al interés superior del joven, cabe hacer dos consideraciones:

La primera es que esta previsión se basa en el criterio de la peligrosidad social y en definitiva del derecho penal de autor, dado que los menores que cuenten con este entorno familiar serán siempre destinatarios de penas privativas de libertad. Lo que llevará entonces a una inflación de las cárceles de menores con jóvenes marginales.

La segunda es que no se entiende en que medida puede lograrse la reinserción social si los centros de internamiento no se encuentran implementados de manera adecuada para hacer frente al gran contingente juvenil al que deberán albergar. La resocialización de los jóvenes demanda gran cantidad de recursos, recursos que no sabemos si el Estado está dispuesto a destinar en su totalidad, lo que llevará a que el tratamiento de reinserción social alcance para unos pocos, produciéndose entonces el mismo hacinamiento que en las cárceles de adultos.

Si al menor se le pueden imponer penas privativas de libertad y libertad asistida seguidamente, cabe concluir que el menor puede llegar a estar controlado por el Estado casi la mitad de su vida. Esto corrobora que la ley funciona sobre la base del concepto de peligrosidad social. Al niño debe encerrársele porque es un peligroso social. Y su primera característica es el ser adolescente. La segunda, ser pobre.

⁶⁰ ACUÑA, O.- BARRAZA, G. et. Al., ob.cit., 2008, p.251.

⁶¹ Fiscalía Nacional, Oficio N°594 de 2 mayo de 2007, Orientaciones para la determinación de penas para adolescentes en la ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente.

A este respecto puede verse, el como la ley 20.084 se desvincula, ante delitos graves, del criterio que impone la CIDN de minimizar la pena privativa de libertad para permitir una socialización de los menores en el ámbito familiar y en su contexto social⁶².

Por tanto, la pena privativa de libertad no es excepcional en la LRPA, por el contrario a lo que señala la normativa internacional, que prefiere las sanciones no privativas de libertad.

La libertad asistida, que parece ser una pena adecuada, en cualquiera de sus variantes, debería ser aplicada con preferencia, y de la ley se desprende que ella no procede tratándose de delitos mas graves antes de los dos años de cumplimiento efectivo. Surge entonces la pregunta del por qué se condiciona al juez a aplicar esta pena, sin entrar a considerar las circunstancias personales del menor. Supongamos que el niño, que ha cometido un delito grave, es drogo dependiente, y esa es una de las causas inmediatas que lo llevan a delinquir. ¿Será bueno que el tratamiento de rehabilitación y reinserción se lleven a cabo en un régimen cerrado o semi cerrado?. Pienso que no. En este caso debería darse a la libertad asistida una aplicación general para toda clase de delitos.

Finalmente, y en este mismo punto relativo a la preferencia por la pena privativa de libertad, parece ser- según criterio del Ministerio Público- que no es posible aplicar las medidas alternativas a las penas privativas de libertad de la ley 18.216. Es decir, este régimen menos gravoso y que tiende a evitar los efectos perniciosos de las penas de encierro, estaría solo establecido para los adultos.

El Ministerio Publico arriba a esta conclusión toda vez que en su concepto, las sanciones establecidas en la LRPA recogen los mismos principios de la L. 18.216. así por ejemplo, la libertad asistida.

Consideremos que en sanciones por sobre tres años de privación de libertad siempre puede aplicarse el régimen cerrado. De no poder aplicarse la ley 18.216 nos encontramos con que el menor queda en situación desfavorable respecto de adultos en aquellos casos en que ambos cometen delito. Supongamos que el adulto es condenado por ese delito a pena de 3 años y 1 día, siempre podrá optar a la libertad vigilada o a la reclusión nocturna. En cambio, el menor no podrá optar a estos beneficios, y por el contrario, según la moción Larraín, deberá cumplir efectivamente dos años de privación de libertad⁶³.

La reciente jurisprudencia sobre estos puntos ha sido contradictoria⁶⁴:

⁶² Algo similar ocurre en la LO 7/2000 española, respecto de la prolongación de la medida de internamiento. Ampliamente BERNUZ BENEITEZ, María José, "Justicia de Menores Española y nuevas tendencias Penales". La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-12, <http://criminet.ugr.es/recpc>

⁶³ Recuérdese que la moción del Senador Larraín excluye la posibilidad de recurrir a un régimen semicerrado durante los dos primeros años- para aquellos jóvenes de entre 16 y 18 años cuyo tramo de penalidad, luego de aplicar las normas de individualización de la sanción, sea superior a cinco años. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado en contra de esta reforma, dando paso entonces a la aprobación de la misma.

⁶⁴ Comentarios a estas sentencias en ACUÑA, O.- BARRAZA, G. , ob.cit., 2008, pp.252 y ss.

- La Corte de Apelaciones de Temuco en fallo de julio de 2007⁶⁵, acogió un recurso de nulidad presentado por la Defensa, expresando en el considerando Tercero de sus fundamentos de derecho, que “La necesidad de la pena no sólo será criterio para excluir de pena hechos de poca significación, sino también optar por una menos gravosa para el desarrollo y necesidades del adolescente. Del mismo modo, el interés superior del niño orientará en el sentido de hacer preferible una pena que implique una menor afección a la promoción y fortalecimiento de los derechos de aquel”. Así también, expresa que tanto “la necesidad de la pena y el interés superior del niño [están] previstos en los Instrumentos Internacionales como derecho fundamental y en el Art. 2º de la ley mencionada”. La Corte finalmente revoca el fallo del tribunal oral, aduciendo que la aplicación correcta de los criterios legales habría conducido a “imponer no la sanción de último recurso y que produce mayor afectación a los derechos del menor y a sus posibilidades de reinserción, sino precisamente la que perturbara menos sus derechos y que más fortaleciera sus capacidades de resocialización.”
- La Corte de Apelaciones de San Miguel en fallo de Julio 2007⁶⁶ “limita bastante la posibilidad de cuestionar el razonamiento que realiza un tribunal en torno al Art. 24 LRPA (al contrario que la Corte de Apelaciones de Temuco)”⁶⁷.

5. En cuanto a los fines de la pena.

Difícilmente un sistema de responsabilidad como el descrito, puede tender a una **prevención especial**, que es a lo que debe tenderse según el art. 39 de la CIDN:

“Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados, Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

Modestamente estimo que los fines de la pena en la LRPA parecen ser más bien de carácter **preventivo general intimidatorio**. Lo que la ley persigue, fuera de un afán populista de dar respuesta a los requerimientos de la ciudadanía frente al supuesto aumento de la delincuencia juvenil, es desincentivar por la vía del miedo o la coacción psicológica, la comisión de delitos por parte del adolescente.

En tal sentido, estimo, la LRPA no respeta la dignidad humana del menor puesto que lo instrumentaliza en pos de la consecución de fines del Estado. El primer menor que sea

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia de recurso de nulidad que anula sentencia de juicio oral y sentencia de reemplazo, Rol 709-2007, 20 de Julio de 2007. UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL, Segundo informe de jurisprudencia sobre la Ley Nº 20.084 de responsabilidad penal adolescente, agosto de 2007. págs. 15-19.

⁶⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia de recurso de nulidad, Rol 965-2007, 23 de Julio de 2007. En Ídem págs. 23-25.

⁶⁷ UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL, Segundo informe de jurisprudencia sobre la Ley Nº 20.084 de responsabilidad penal adolescente, agosto de 2007. págs. 15-19.

condenado a 10 años de régimen cerrado de reclusión, será el ejemplo “a no seguir” para los restantes.

Por otra parte, la prevención especial resulta difícilmente materializable en las actuales condiciones de los centros de menores.

Cierto es que la LRPA en el art. 6 al establecer las sanciones mas graves, contempla como fin la reinserción del adolescente.

Sin embargo, no estaría demás recordar la grave crisis por la que pasa el concepto de resocialización.

En mi opinión, más que resocializar o reinsertar al adolescente, debe tenderse a su “socialización” o “inserción en la sociedad” puesto que no puede resocializarse si no ha estado antes socializado. Y esto es muy probable de ocurrir en los adolescentes, los que tienen un tiempo más corto de vida, y por ende, de adaptación a las normas sociales.

Entonces, si no se trata de resocializar, sino de socializar en sentido estricto, concepto al que acudía siempre Marino BARBERO SANTOS, cabe preguntarse dónde están los esfuerzos del Estado por invertir recursos en más programas de prevención y en educación.

Más aún, la educación se va privatizando cada vez más, razones por las cuales cada año los estudiantes manifiestan su disconformidad y desconfianza hacia el sistema. ¿Podemos esperar entonces que el adolescente al que se dirige esta ley, se socialice si no tiene siquiera oportunidades de ejercer en buenas condiciones su derecho a la educación?

En definitiva, siempre será menos costoso desde un punto de vista económico, que el gasto público se destine a producir e implementar una ley especial, que hacer frente a un problema generalizado de la sociedad.

Por otra parte, cuando se habla de resocialización, y a pesar de las buenas intenciones de la LRPA en el art. 43 que regula los Centros de privación de libertad de los menores, convengamos en que, en la mayor parte de los casos, nos estamos refiriendo básicamente a los mismos centros de reclusión de menores existentes antes de la LRPA, puesto que gran parte de los Centros de internación del Servicio Nacional de Menores (SENAME) que se crean por esta ley, geográficamente están ubicados en los mismos lugares donde antaño funcionaron las cárceles de menores, lugares en los cuales la vulneración a los derechos humanos de los menores ha sido objeto de múltiples denuncias⁶⁸,

No se desconoce el esfuerzo que ha significado la construcción de nuevos centros, pero éstos son mínimos, su implementación aun a estas alturas deja mucho que desear en pos de la consecución de la tan esperada resocialización, puesto que, como he dicho antes, la

⁶⁸ Un estudio acabado sobre el tema en BERNALES, Martín- ESTRADA, Francisco. *Adolescentes y Niños: Policía y Centros de privación de libertad*. Documento inédito que reproduce con añadidos, el capítulo IV de AA.VV. *Tortura, derechos humanos y justicia criminal en Chile (Resultado de una investigación exploratoria)*, Escuela de derecho, UDP, Stgo. 2002, pp.115-157.

especialización está dirigida tan solo a los operadores del sistema, pero no a las bases del sistema.

Ya adentrándonos específicamente en las posibilidades de reinserción o socialización, es claro que nadie puede resocializarse en un régimen cerrado. Y con menor razón si siendo menor es custodiado por gendarmes, como dispone el art. 43 de la LRPA, y no exclusivamente por terapeutas y psicólogos.

El art. 43 dispone que la administración de los Centros cerrados de privación de libertad y de los centros de internación provisoria corresponderá siempre al Servicio nacional de menores, pero que "... se establecerá en ellos una guardia armada de carácter externo, a cargo de Gendarmería de hile. Esta permanecerá fuera del recinto, pero estará autorizada para ingresar en caso de motín o en otras situaciones de grave riesgo para los adolescentes y revisar sus dependencias con el solo objeto de evitarlas".

Es casi unánime la opinión entre tratadistas y operadores del sistema, que no puede pretender reinsertarse a la sociedad a quien se lo aísla de la misma, y se lo custodia como a un adulto delincuente.

Por otra parte, en la práctica, los centros de privación de libertad de los menores, estarán en determinados lugares, muchas veces a muchos kilómetros de distancia de la residencia de los menores condenados. Por tanto, se lo aísla aun más de su entorno familiar y social, y se lo desarraiga de su lugar de origen. Contrariamente a uno de los principios comúnmente aceptados en la legislación internacional y comparada, relativo a que la pena no debe propender al desarraigo del penado⁶⁹.

Por último, como han señalado algunos autores: "La rehabilitación, como tarea ex post de un proceso que siempre debe ser ágil y coherente es y debe ser una responsabilización no penal, con salidas positivas para el sujeto"⁷⁰.

IV. OTROS CUESTIONAMIENTOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

a. Infracción al Principio pro reo

Los Tratados internacionales sobre derechos humanos, y emblemáticamente la Declaración Universal de Derechos Humanos contemplan como un "derecho humano" el principio pro reo, eso es, que la ley penal aplicable es la que esta vigente al momento de cometerse el hecho, salvo que una nueva ley favorezca al afectado. Principio que resguarda además la Constitución Política en su art. 19 N°3 y el art. 18 del Código penal.

La LRPA señala en el art. 3 los límites de edad a la responsabilidad fijándose éste en el tiempo de ejecución del delito. Luego, la ley es aplicable, como regla general, a todos aquellos quienes al tiempo de principiarse la ejecución del delito, hubiere cumplido 14 años.

No obstante la ley hace una excepción no menor: "En caso que el delito tenga su inicio entre los 14 y los 18 años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los 18 años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad.

⁶⁹ Por ejemplo, art. 12 de la LOGP española.

⁷⁰ MUÑOZ MENDEZ, 2002.

Esto supone una antinomia con el art. 18 del CP el cual establece claramente que la ley aplicable es la que está vigente al momento de cometerse el hecho- lo que entiendo como darse principio a la ejecución- a menos que una nueva ley favorezca al afectado. De la LRPA se deduce que siempre que la consumación se produzca una vez que el niño hubiere cumplido 18 años, le será aplicable la ley penal de los adultos. Así sea que resulte más desfavorable a sus intereses⁷¹.

Esto supone, a mi juicio, hacer residir la ilicitud en el desvalor de resultado, entendido este casi en un sentido material. El criterio adoptado por la LRPA para decir la aplicación de una u otra ley, no atiende al momento en que se da inicio a la acción, que es lo que marca el desvalor de acción, y en definitiva el momento en que el sujeto se opone a la norma, lo cual da base a la tipicidad.

b. Alteración del principio de ne bis in ídem

El art. 25 de la LRPA dispone la facultad al juez de imponer conjuntamente dos penas, cuando ello permita el mejor cumplimiento de las finalidades de las sanciones de la ley. El juez debe emitir una resolución fundada⁷².

Esto implica que se está facultando explícitamente al juez para castigar dos veces por un mismo hecho, aplicando por ejemplo, una pena privativa de libertad y a la vez una prestación de servicios a la comunidad.

V. CONCLUSIONES

Vistos los problemas que presenta la LRPA cabría preguntarse si esto es simplemente error de técnica legislativa, errores de interpretación de los tratados internacionales, o en el fondo entraña una apuesta ideológica.

1. La Convención de los Derechos del Niño ha sido la principal impulsora de los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes, marcando el tránsito del menor abandonado- delincuente como precisa categoría social al “adolescente infractor” como vaga categoría jurídica. Nadie puede ser sujeto de derecho si no es sujeto de responsabilidades.
2. Con todo, la CIDN establece una serie de restricciones a este sistema en orden a diferenciarlo del sistema penal de adultos, y en general lo hacen todos los instrumentos internacionales relativos a menores, especialmente las Reglas de Beijing, cuestión que la ley 20.084 a primera vista parece cumplir, no obstante en

⁷¹ Sobre este punto, ampliamente el trabajo de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública, intitulado “Análisis y orientaciones sobre la ley de responsabilidad penal adolescente como ley penal mas favorable”, Documento de Trabajo N°4/2006

⁷² Artículo 25.- Imposición conjunta de más de una pena. En las situaciones regladas en los numerales 3 y 4 del artículo 23, el tribunal podrá imponer conjuntamente dos de las penas que las mismas reglas señalan, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo. Lo dispuesto en el inciso precedente tendrá lugar sólo cuando ello permita el mejor cumplimiento de las finalidades de las sanciones de esta ley expresadas en el artículo 20 y así se consigne circunstanciadamente en resolución fundada.

una lectura mas profunda, puede concluirse que esta adecuación a la CIDN es solo aparente, un reconocimiento formal sin aplicación real.

3. El sistema de responsabilidad establecido por la ley 20.084, no es un sistema especial, es “derecho penal”, puesto que no cuestiona los rasgos esenciales de la intervención punitiva. Aparentemente se trataría de un “derecho penal atenuado”, puesto que establece límites a las penas privativas de libertad y otorga garantías procesales iguales a las de los adultos a los menores. No obstante hemos visto que en muchas ocasiones resulta incluso más gravoso que el de adultos. Por ejemplo. Imposibilidad de acceder a medidas alternativas a la pena privativa de libertad, posibilidad de que se le impongan dos o Mas penas, posibilidades ciertas de que se considere su entorno familiar y social para la imposición de la pena, lo cual puede deslizarse por la peligrosa pendiente del derecho penal de autor, toda vez que la pena o sanción ya no será tanto la consecuencia jurídica del delito, sino la consecuencia jurídica de su forma de vida.
4. La aparente “atenuación” de este derecho no es sino el velo que cubre una peligrosa y *sui generis* extensión de lo que clásicamente entendemos por derecho penal del enemigo, en nuestro país, especialmente en contra de adolescentes reincidentes, que se suma a la que ya se ha implementado en contra de otros sectores marginados de la sociedad, como los mapuche, y se adelanta a la que vendrá: los inmigrantes.
5. El menor o adolescente se presenta ante el sistema como un enemigo porque está fuera de él, desde el momento en que “ha huido de manera del derecho”, razón por la cual se justificaría la aplicación preferente de penas privativas de libertad. Desde esta perspectiva puede advertirse en la LRPA una tendencia a tratar al menor, autor de delitos graves, como un enemigo al que es necesario eliminar o por lo menos neutralizar⁷³.
6. Por otra parte, el endurecimiento del criterio para responsabilizar a los menores, sujetos aún en formación, plantea una ruptura con algunos principios sustanciales a la justicia de menores, que ya hemos visto. Si bien es cierto que “la pena es un instrumento hoy por hoy fundamental en la lucha contra el delito y en pro de la seguridad ciudadana”, hay que considerar que “no lo es tanto porque sea el medio mas eficaz de control social imaginable, sino en cierto modo al revés, porque constituye una forma limitada de prevención sometida a garantías ya irrenunciables en un Estado social y democrático”⁷⁴.
7. Así también, la severidad de la respuesta penal a los adolescentes, se enmarca en un contexto de “sensibilización máxima hacia la inseguridad”⁷⁵ o el acrecentamiento de la “percepción de inseguridad”. Como hemos dicho, la delincuencia juvenil estadísticamente es muy inferior a la de los adultos. Esto trae a colación la utilización del Derecho penal simbólico para nutrir el punitivismo.
8. La supuesta peligrosidad social del menor, criterio rector de la LRPA, provoca en definitiva que las penas asuman el papel de las medidas de seguridad no

⁷³ En este sentido refiriéndose a la LO 5/2000 y 7/2000 españolas, BERNUZ BENEITEZ, 2005.

⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. “Problemática de la seguridad ciudadana”, en Revista Sistema, N° 43, pp.84-85

⁷⁵ BERNUZ BENEITEZ, 2005.

terapéuticas, sino inocuidadoras, que se vulnere la proporcionalidad en las penas, y que no se respete el principio de culpabilidad por el hecho⁷⁶.

9. Un sistema de responsabilidad penal juvenil no sirve para prevenir la delincuencia, solo sirve para administrarla. Así como el termómetro no sirve para curar la fiebre sino solo para medirla. De ahí que la solución a la delincuencia juvenil no está en manos del derecho, y menos del derecho penal, sino en las políticas públicas relativas a la protección de los derechos del niño, dentro de los cuales no solo se encuentra la cobertura de sus necesidades básicas, sino asimismo el derecho a una educación digna.

⁷⁶ En este sentido advierte SILVA SÁNCHEZ respecto a que la opinión de pretender inocuizar al delincuente trae entre otras, la consecuencia descrita. SILVA SÁNCHEZ, J.M. FELIP I SABORIT, D.- ROBLES PLANAS, Ricardo,, PASTOR, N. "La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura", en Cándido da Agra y otros (eds.), *La Seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier: 113-135, esp. p. 123-124.