

## BASES Y LÍMITES PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES

*Francisco Geisse Graepp\**  
*Germán Echeverría Ramírez\*\**

### RESUMEN

*Artículo que aborda la evolución histórica de la legislación sobre la responsabilidad de los adolescentes por las infracciones a la ley penal y que explica las modificaciones que, a través del tiempo, ha experimentado la relación del Estado con las personas menores de edad. Se sostiene que en este minuto nuestro ordenamiento jurídico atraviesa por una etapa de transición entre un modelo tutelar de justicia, caracterizado por la vigencia de la actual Ley de Menores, el que está siendo desplazado por la doctrina de la protección integral de los derechos del niño, establecida en tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile. Un ejemplo de esta transformación es el actual esfuerzo desplegado para construir, por primera vez en nuestro país, una justicia especialmente concebida para establecer la responsabilidad penal de los adolescentes, para lo cual se analizan sus principios, límites y el proyecto de ley que actualmente se tramita en el Congreso Nacional.*

### RESPONSABILIDAD PENAL – RESPONSABILIDAD JUVENIL – DERECHO PENAL

#### INTRODUCCIÓN

**L**a contradicción entre la necesaria reacción estatal ante los delitos cometidos por menores de edad y la consideración de la adolescencia como una etapa de formación y desarrollo que puede ser influida negativamente por la intervención penal, impregna la evolución

de la legislación relativa a la responsabilidad de los adolescentes.

Los períodos de crisis y/o transformación social y económica provocan una sensación pública de incertidumbre que se refleja directamente en la percepción que la población tiene sobre la seguridad ciudadana y la magnitud y peligrosidad de la delincuencia, incluso independientemente de variaciones efectivas en sus índices.<sup>1</sup>

---

\* Máster en Ciencias Políticas y Administración Pública, Profesor de Criminología, Universidad Arcis.

\*\* Abogado y periodista, Profesor de Periodismo Judicial, Universidad de Chile.

---

<sup>1</sup> Ver “Aprehensiones de personas menores de 18 años en Chile (1980-2001)”, estudio de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia de Chile publicado en “Boletín Jurídico”.

Por su carácter extraordinario –y también contradictorio con la imagen que los adultos tienen de la inocencia infantil– los delitos cometidos por menores de edad captan con mayor intensidad la atención de los medios de comunicación y de la opinión pública.

A fines del siglo XIX la percepción de incremento y creciente gravedad de las infracciones cometidas por adolescentes y niños ocasionó un cambio radical en la relación del Estado y la sociedad con los adolescentes. Ello ocurrió en un período de inmigración, transformación social e industrialización en EE.UU. y bajo una fuerte influencia del positivismo criminológico y de la doctrina de la defensa social, ligados al humanitarismo de los “salvadores del niño”.<sup>2</sup>

El modelo penal atenuado –inspirado en la escuela clásica– que dejaba a merced del sistema penal de adultos a los adolescentes que eran declarados con capacidad de discernir fue desplazado por el modelo tutelar, que sustrajo a los niños infractores del derecho penal y los convirtió en objetos de protección (junto a los niños desvalidos, abandonados y con problemas conductuales) de la nueva justicia de menores que se expande por América del Norte, Europa y Latinoamérica a principios del siglo XX, tras la creación en 1899 en Chicago (Illinois) del primer juzgado de menores.<sup>3</sup>

---

dico del Ministerio de Justicia”, año 1, N° 1, septiembre de 2002.

<sup>2</sup> Movimiento de crítica al sometimiento de los menores al sistema penal de los adultos y especialmente al hacinamiento y promiscuidad de las cárceles y su efecto criminógeno en los adolescentes, analizado en el ensayo de Anthony Platt “Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia”, Editorial Siglo XXI, 1982.

<sup>3</sup> Es considerado el primer tribunal de menores en el mundo. Estos tribunales pasan a ser el elemento central del nuevo régimen de

El nuevo sistema de control de los menores en situación irregular<sup>4</sup> logra imponerse en Chile en el período de crisis económica y transformaciones sociales y legislativas que vive el país en el segundo decenio del siglo XX. La primera Ley de Menores –N° 4447 de 1928– reemplaza parcialmente el modelo de penalidad atenuada y determinación del discernimiento impuesto por el Código Penal de 1875,<sup>5</sup> manteniendo su examen para los mayores de 16 y menores de 20 años e introduciendo el nuevo modelo de protección y control para el resto de los niños y adolescentes.

Tras su auge de varias décadas, la retirada y desplazamiento del modelo tutelar ha sido lenta aunque progresiva. En los primeros años del período de postguerras mundiales e inspirada en la nueva doctrina de la defensa social, Naciones Unidas lidera la preocupación por la de-

---

control social de los niños. Ver: “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente”, de Julio Cortés Morales en “Justicia y derechos del Niño”, Número 1, UNICEF, noviembre 1999.

<sup>4</sup> El sistema de jueces para menores en situación irregular se impuso en la región complementándose con el sistema inquisitivo penal aplicado a los adultos y compartiendo muchas de sus características. Mary Belloff las sistematiza en: “Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, publicado en “Justicia y Derechos del Niño”, N° 1, 1999.

<sup>5</sup> En su artículo 10 establecía la exención de responsabilidad de los menores de 10 años, y la del mayor de 10 y menor de 16, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento. El menor declarado con discernimiento como el mayor de 16 y menor de 18 tenían una responsabilidad atenuada. Ver “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile”, Miguel Cillero, Instituto Interamericano del Niño.

lincuencia juvenil y su tratamiento.<sup>6</sup> Ya en 1960 el Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente recomienda “establecer una distinción entre menores delincuentes y aquellos cuya situación o cuyo comportamiento justifican la aplicación de medidas de protección o de reeducación, limitando la expresión “delincuencia de menores” sólo a las transgresiones del derecho penal”.

En la actualidad existen múltiples normas vinculantes de Derecho Internacional que forman un cuerpo jurídico integrado aplicable a los niños.<sup>7</sup> Todas ellas son producto del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras el objetivo de positivización de estos derechos.

Su elemento central y fundamental es la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN)<sup>8</sup> que ha sido ratificada por casi todos los estados miembros de la ONU y que consagra un giro en la posición del niño ante la familia, la sociedad y el Estado, transformándolo de objeto de protección y control a sujeto pleno de derechos con autonomía relativa para su ejercicio.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> El primer antecedente de esta preocupación internacional fue la Declaración de Ginebra, de la Unión Internacional para la Protección de la Infancia de 1924. Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959.

<sup>7</sup> Más de 80 instrumentos internacionales aprobados en el siglo XX son aplicables a los niños.

<sup>8</sup> La Convención fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Chile y promulgada mediante D.S. N° 830 de 14 de agosto de 1990 de Relaciones Exteriores.

<sup>9</sup> Es necesario destacar además: 1) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la

En lo que se refiere al Sistema Interamericano de Derechos Humanos cabe destacar el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>10</sup> que establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere y que deben ser brindadas por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Si bien el artículo se inspira en la doctrina tutelar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>11</sup> ha señalado que su interpretación debe ser dinámica, en el contexto de la protección integral de derechos y del reconocimiento del niño como su titular.

En ese mismo sentido, la Corte considera que la Convención Americana y la CIDN forman parte de un *corpus iuris* internacional muy comprensivo para la protección del niño y que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal, especialmente en lo referido a la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana.

Chile vive en la actualidad un proceso de transición del modelo tutelar –consolidado por la ley 16.618 de 1967 que fijó el texto definitivo de la Ley de Menores– hacia un nuevo modelo inspirado en la protección integral de los derechos del niño y la CIDN. Así conviven en nuestro país dos cuerpos jurídicos inconciliables, como lo son la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la mencionada Ley de Menores.

---

Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (1985); 2) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, Reglas de Tokio (1990) y 3) las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, Directrices de Riad (1990).

<sup>10</sup> Conocida también como “Pacto de San José”.

<sup>11</sup> Caso Villagrán y otros y su Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

En los doce años que han transcurrido desde la ratificación por Chile de la CIDN se han efectuado adecuaciones importantes de nuestra legislación a las normas de la Convención, pero se encuentra pendiente la tarea de mayor envergadura, que es la reforma integral al sistema de justicia y atención de la infancia, de la cual constituye un elemento fundamental la dictación de una ley de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Esta reforma anunciada en junio de 2000 por el Presidente de la República, Ricardo Lagos, comprende las siguientes iniciativas legales, que modificarían la actual legislación de menores:

*Ley de Protección de Derechos de la Infancia:* Reconoce los derechos de los niños y establece procedimientos para hacerlos efectivos. Se encuentra en etapa de elaboración prelegislativa.

*Ley de Tribunales de Familia:* establece entre otros una jurisdicción especializada para conocer de los casos de vulneración de derechos de la infancia, su competencia y atribuciones. En tramitación legislativa

*Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal:* define las infracciones, los procedimientos y sanciones aplicables a los adolescentes que han infringido la ley penal entre los 14 y los 18 años de edad. En tramitación legislativa.

*Reforma a la Ley Orgánica del Sename:* busca consolidar la separación de vías desde un punto de vista administrativo. En etapa de preparación prelegislativa.

*Ley que modifica el Sistema de Atención de la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Instituciones Colaboradoras del Sename:* aumenta los recursos de subvención en un 20%, establece nuevos instrumentos de gestión, un sistema de evaluación que permita velar por la calidad de la atención y los resultados obtenidos, un sistema de pago diferenciado por línea de acción y un bono de desempeño para premiar a los mejores colaboradores en la línea de programas. En tramitación legislativa.

#### LÍMITES JURÍDICOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES

Con todo lo anteriormente expuesto queda claro que en los países que han ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño –y Chile es uno de ellos– el debate en torno al tipo de justicia necesario para responder desde el Estado a los delitos cometidos por adolescentes no es de aquellos temas abiertos a la ilimitada creatividad o expuestos a la influencia de la siempre fecunda imaginación jurídica.

El marco que da la Convención y todo el cuerpo jurídico internacional ligado a ella limita las posibilidades y la fantasía del legislador nacional. Si alguien tuviera la pretensión de rebajar la edad de imputabilidad penal,<sup>13</sup> masificar la privación de libertad como sanción<sup>14</sup> o procesar y castigar a los adolescentes como si fueran adultos,<sup>15</sup> se encontraría con la barrera de normas jurídicas internacionales vigentes en Chile que señalan los límites y garantías, así como las características especiales propias de un sistema de justicia juvenil.

Tampoco habría espacio para quienes, desde una perspectiva tutelar, postulen la irresponsabilidad de los adolescentes y su incapacidad como titulares de derechos. Menos para quienes, a pretexto de protegerlos, nieguen su condición de persona haciendo posible la interven-

<sup>13</sup> Artículo 1º de la CIDN: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

<sup>14</sup> Artículo 37 b) de la CIDN.

<sup>15</sup> Artículo 40 N° 3 de la CIDN.

ción de sus vidas y derechos fundamentales al margen de toda garantía.

Ello, porque ese tipo de controversias se zanjaron hace más de doce años cuando nuestro país ratificó la Convención de los Derechos del Niño, estimada la Carta Magna de las especiales garantías de las cuales son titulares las personas menores de edad.

En esa oportunidad se fijaron los límites y las características de la respuesta estatal a los delitos cometidos por adolescentes. No es posible ignorar que estamos frente a un tratado internacional sobre derechos humanos que es límite al ejercicio de la soberanía,<sup>16</sup> de modo que el contenido de la futura ley sobre la materia se materializará al interior de las fronteras demarcadas por dicha norma.

Pero, ¿cuál es el marco de la definición del contenido de la reacción estatal frente a la participación de menores de 18 años en hechos que revisten caracteres de delito? Para contestar a esa interrogante se hace necesario volver a revisar el contenido de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, interpretándolos además en forma armónica y sistemática con otras normas<sup>17</sup> y principios tales como los del interés superior del niño, la relación niño-familia-Estado, la evolución progresiva del ejercicio autónomo de derechos y la

idea de asegurar la protección integral y efectiva de los mismos.<sup>18</sup>

El artículo 37 del ya mencionado cuerpo jurídico establece la obligación de los Estados Partes de velar por que:

- a) *Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*
- b) *Ningún niño será 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 sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*
- c) *Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;*
- d) *Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a im-*

<sup>16</sup> El artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>17</sup> Ver notas 7, 8 y 9.

<sup>18</sup> Supera la concepción que define a los niños como objetos de protección, incapaces y sin opinión para concebirlos, para presentarlos, en cambio, como sujetos de derechos y titulares de todas las garantías.

*pugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.*

Por su parte, el artículo 40 de la CIDN establece que:

- e) *Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta su edad y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.*
- f) *Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:*
- a) *Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;*
  - b) *Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:*
    - i) *Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;*
    - ii) *Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;*
    - iii) *Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;*
    - iv) *Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;*
    - v) *Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella,*

*serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;*

- vi) *Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;*
  - vii) *Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.*
- g) *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:*
- a) *El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;*
  - b) *Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*
- h) *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 posibili-*

*dades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

#### CARACTERÍSTICAS DE UNA JUSTICIA ESPECIAL PARA ADOLESCENTES INFRACTORES

Un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal deberá expresar necesariamente los mandatos normativos de los artículos transcritos de la Convención.

Primero, debe ser la expresión de un sistema de justicia que junto con extender las garantías del debido proceso y de la legalidad penal a la población menor de edad, agregue resguardos adicionales para las personas en proceso de formación que deberían enfrentar a la justicia en una posición a lo menos equivalente a la de un adulto y en lo posible en circunstancias más ventajosas.<sup>19</sup>

Segundo, el principio de legalidad se expresará a través del artículo 40 inciso 2º a) de la Convención que señala que no puede imputarse, acusarse o declarar culpable a un niño, sino cuando ha cometido un acto u omisión prohibida por la ley.

Tercero, coloca a quienes tienen menos de 18 años fuera del sistema de justicia penal de adultos y es en ese sentido que son inimputables.

<sup>19</sup> En la sistematización de las características propias de un sistema de responsabilidad penal juvenil, nos basamos en Mary Beloff, "Algunas Confusiones en torno a las Consecuencias Jurídicas de la Conducta Transgresora de la Ley Penal en los Nuevos Sistemas de Justicia Latinoamericanos", en Justicia y Derechos del Niño N° 3, Unicef, 2001.

Cuarto, se excluye de este sistema especial a los niños que se encuentran bajo la edad mínima, antes de la cual se presume que no tienen capacidad para infringir las leyes penales.<sup>20</sup>

Quinto, se prevén soluciones alternativas que eviten recurrir a los procedimientos judiciales,<sup>21</sup> respetando siempre plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Sexto, se privilegiará la concentración del procedimiento, procurando que éste sea breve y ágil, atendidas las características de la percepción del tiempo por parte de los adolescentes.<sup>22</sup>

Séptimo, las consecuencias jurídicas (sanciones, penas o medidas) también son especiales o diferentes y se distinguen por un marcado carácter socioeducativo que busca facilitar la reinserción social del joven.<sup>23</sup>

Octavo, la privación de libertad sólo puede ser aplicada en caso de delitos muy graves y de forma limitada en el tiempo.<sup>24</sup> En estricto rigor, se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas, en el que lo alternativo, excepcional, *ultima ratio* y por tiempo breve es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada.<sup>25</sup>

En suma, la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse sólo en los casos de comisión de los delitos más graves, por el tiempo

más breve que proceda y siempre por un término determinado.<sup>26</sup>

Un sistema penal de responsabilidad de los adolescentes, que se ajuste a las normas y principios de la Convención, tendrá que ser un sistema de características especiales con “leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos”.<sup>27</sup>

Detrás de este tipo de construcción jurisdiccional se encuentra la idea de la igualdad como expresión de justicia o equidad, en cuya virtud se aspira a entregar a cada uno lo suyo.

Como un adolescente carece de capacidad de ejercicio para hacer valer por sí la totalidad de los derechos reconocidos a los ciudadanos mayores de 18 años, tampoco es razonable exigirle una responsabilidad plena, sino más bien una de carácter especial ajustada a su etapa de desarrollo.

En cuanto a la política criminal, señala Bellof, se reconocen a los niños todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios penales según las Constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas. La principal, en relación con los adolescentes, es la de ser juzgado por tribunales específicos, y

<sup>26</sup> *Ibid.*, 2.

<sup>27</sup> García Méndez, Emilio, “Origen y Característica de los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina, Apuntes de Derecho N° 6, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2000.

Señala, en cuanto al procedimiento, que éste debe ser más concentrado que el de los adultos; las sanciones deben caracterizarse por la presencia de elementos de carácter socioeducativo, por el empleo de la privación de libertad como último recurso y la oferta de un amplio catálogo de sanciones alternativas a la internación.

Estas sanciones deben cumplirse en lugares adecuados, con la más estricta separación entre adultos y adolescentes.

<sup>20</sup> Artículo 40 inciso 3° letra a) de la CIDN.

<sup>21</sup> Artículo 40 inciso 3° b) de la CIDN.

<sup>22</sup> Artículo 40 N° 2 letra b) III de la CIDN.

<sup>23</sup> Artículo 40.4 de la CIDN.

<sup>24</sup> Reglas de Beijing, en relación con la privación de libertad como medida cautelar.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 2.

la de que la responsabilidad del adolescente por el acto cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos.<sup>28</sup>

#### EL PARÁMETRO DE LA CONVENCIÓN Y EL SISTEMA DE MENORES

Basta una simple lectura para comprender que el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país no satisface el modelo de justicia que el propio Estado se impuso al ratificar la Convención de los Derechos del Niño.<sup>29</sup> Por lo pronto, con

<sup>28</sup> Beloff, Mary, "Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y otro para Desarmar", en *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, 1999.

<sup>29</sup> A diferencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, nuestro Código Penal establece que las personas menores de 18 y mayores de 16 años son responsables ante la justicia de adultos bajo la condición de haber actuado con discernimiento.

El artículo 10 del Código Penal dice que "están exentos de responsabilidad criminal:

2.- El menor de dieciséis años.

3.- El mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.

El Tribunal de Menores respectivo hará declaración previa sobre este punto para que pueda procesarsele."

A los menores de edad que han actuado con discernimiento se les aplican las mismas penas establecidas para los mayores de edad, aunque moderadas en su duración.

Por su parte, el artículo 72 del Código Penal prescribe: "Al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento, se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable".

ese texto jurídico se dispone de un trazado cierto que permite desechar las propuestas instaladas al margen de las obligaciones contraídas, de manera que quede clausurado el espacio de las desorientaciones o cavilaciones que no sean estrictamente técnicas y dirigidas a recepcionar en normas de rango legal los principios de justicia especial para los adolescentes que han infringido la ley penal.<sup>30</sup>

Ni la justicia penal de adultos, ni la de carácter tutelar impartida por los tribunales de menores satisfacen los postulados de la protección integral de los derechos del niño y, en consecuencia, carecen de coherencia con los principios de especialidad en la respuesta estatal a los delitos cometidos por adolescentes a que obliga la Convención.

El problema de la legislación de menores vigente es notorio. Aun en nuestro país la adolescencia puede ser equiparada con una situación de incapacidad y la supuesta tutela del Estado ejercerse al margen de los derechos del sujeto que se pretende proteger, por medio de "medidas de protección o seguridad de carácter compulsivo, fundadas en la supuesta peligrosidad del agente".<sup>31</sup>

Ante la irregularidad, el paradigma tutelar impone consecuencias jurídicas restrictivas o privativas de libertad, materializadas en medidas de internación de supuesta

<sup>30</sup> En mayo de 2002 ingresó a tramitación legislativa a la Cámara Alta una moción patrocinada por los senadores Evelyn Matthei y Jovino Novoa que en su fundamentación plantea como propósito la adecuación del sistema penal juvenil a las normas internacionales, aunque establece penas privativas de libertad de hasta 15 años para los menores de 18 y mayores de 16 años.

<sup>31</sup> Cillero Bruñol, Miguel, "Nulla Poena Sine Culpa. Un Límite Necesario al Castigo Penal" en *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, 2001.

inspiración educativa, impuestas ante la incapacidad o irregularidad del sujeto menor de edad, para lo cual se prescinde del reproche penal hacia quien ha participado en una específica infracción a la ley penal. Es más una respuesta de naturaleza peligrosista que una justicia de actos culpables.

Siempre es conveniente recordar que el sistema de menores pretende abstenerse de acudir al juicio de culpabilidad, señalando que las medidas no son penas, no constituyen un mal sino un bien. Para justificar la ausencia de garantías se sostiene que se trata de niños a quienes no se impone una pena, sino una medida de protección, caso en el cual por su carácter benéfico no cabría abuso. En el bien no habría exceso.<sup>32</sup>

Jiménez de Asúa afirma que debe abolirse toda solemnidad y publicidad en el proceso de menores. Como no se trata de una litis no hay intervención de abogados, no cabe la presencia de un defensor, o que un juez que oiga a ambas partes. Allí no hay más que una persona que estudia a los menores y que trata de ayudarles y al que debe darse el más amplio arbitrio para determinar la forma en que se sigan las investigaciones. El juez no va a investigar hechos, no va a dilucidar si el crimen se cometió en tal o cual forma, si existía ésta o aquella otra causa de justificación, si había circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor.<sup>33</sup>

El Mensaje del Presidente de la República con el que se inicia la tramitación legislativa del proyecto de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la

Ley Penal es concluyente: la informalidad del sistema tutelar de menores, que se estableció en nuestra legislación con la intención de beneficiar a los niños y adolescentes, ha permitido el surgimiento de un sistema punitivo/tutelar, que no se somete a los controles constitucionales propios del sistema penal formal, y que es fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal, como en el de las garantías sustanciales.

Procesos sin forma de juicio; aplicación de medidas sin participación de abogados defensores y dictadas por tiempo indeterminado; sanciones privativas de libertad que vulneran el principio de legalidad a través de la utilización de fórmulas abiertas como la *irregularidad*, los *desajustes conductuales* o *el peligro material o moral*, son algunos ejemplos que demuestran que las leyes de menores adolecen de serias deficiencias para garantizar los derechos de los niños y adolescentes.<sup>34</sup>

La indeterminación de los términos empleados por la Ley de Menores permite restringir policialmente el libre desplazamiento de los menores de edad en situaciones como la del trabajo informal en la vía pública. Sin embargo, aspectos de esa especie más bien deberían ser preocupación de las políticas sociales y no ocupación de los órganos encargados de llevar adelante la persecución penal, ni menos servir de fundamento para justificar el recorte de las garantías constitucionales de los niños.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Mensaje Presidencial del proyecto que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, agosto de 2002.

<sup>35</sup> Sobre este punto, la Ley de Menores en su artículo 15 establece que la Policía de Menores tendrá, entre sus finalidades, recoger a los menores en situación irregular con necesidad de asistencia o protección.

<sup>32</sup> Cuello Calón, Eugenio, *Tribunales para Niños*, Madrid 1917.

<sup>33</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Cuestiones de Derecho Penal*, Quito, Talleres Gráficos Nacionales 1953, citado por Migel Cillero.

Esta retención de que habla la Ley de Menores tampoco cumple los estándares exigidos por el legislador para autorizar medidas cautelares personales respecto de los mayores de edad. Es así como el Código Procesal Penal establece, en términos generales, la improcedencia de aplicar privaciones de libertad cuando la imputación del supuesto responsable se refiera a faltas o delitos que la ley no sanciona con penas privativas ni restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedan las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.<sup>36</sup>

Es decir, ese tipo de medidas privativas de libertad se reserva sólo para hechos típicamente antijurídicos y cuya sanción probable es el encierro de duración penalmente relevante.<sup>37</sup> Además, y como resguardo adicional, a la policía siempre se le exige una orden judicial previa para actuar y sólo excepcionalmente se la autoriza para detener de oficio, específicamente cuando se enfrenta a hipótesis bien definidas de delito flagrante.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> “Ley de Menores y Reforma al Sistema de Justicia y Atención de la Infancia”, Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, septiembre de 2002.

<sup>37</sup> Artículo 124 del Código Procesal Penal: “Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedieren las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33”.

<sup>38</sup> Artículo 125 del Código Procesal Penal: “Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere”.

Para la Ley de Menores, en cambio, recoger a un niño, aun cuando signifique pasar por encima de su libertad, es un bien, una manifestación de bondad y caridad. Por eso, el legislador de la época no estimó necesario brindar defensa, ni informar derechos, ni reclamar el cese de la medida, porque bajo la lógica tutelar no parece sensato protestar frente a un acto estimado como “humanitario” y de rescate en favor de los niños.<sup>39</sup>

Los efectos prácticos son claros. Hay casos en que la policía incluso detiene a menores de edad a petición de los propios padres, porque ellos se declaran incapaces de asumir los desajustes conductuales de sus hijos o se sienten sin aptitud de corregir la adicción a las drogas o, peor aún, impotentes frente a supuestas insolencias.

Pero no son los únicos inconvenientes. Si se revisa la Ley de Menores se advierten serias deficiencias, algunas de las cuales se han superado en las regiones en que opera la nueva justicia criminal, en virtud de la Ley 19.806 sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.<sup>40</sup>

Por ejemplo, el artículo 16 inciso 4° de la Ley 16.618<sup>41</sup> de Menores establecía que la policía deberá poner a los me-

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>40</sup> La Ley 19.806 fue publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo de 2002.

<sup>41</sup> La Ley 19.806 adecuatoria del sistema legal chileno a la reforma procesal penal derogó dicha norma y en su reemplazo estableció el nuevo artículo 16 de la Ley de Menores que establece en su inciso primero: “que Carabineros de Chile deberá poner a los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, directa e inmediatamente a disposición del juez de garantía competente”.

nones inculpados de haber cometido un hecho constitutivo de crimen o simple delito, directa e inmediatamente a disposición del tribunal competente.

Pero ¿cuál tribunal? Como la ley no despejaba la interrogante, en ocasiones el imputado era puesto a disposición del tribunal del crimen y en otras quedaba entregado al ámbito de decisiones del juez de menores.

Por supuesto, las consecuencias de dicha indeterminación no son irrelevantes. En general, y aunque parezca contrario al sentido común, el proceso penal y sus formalidades tienen una tradición de mayor respeto hacia las garantías fundamentales de la persona o, al menos, establecen ciertos límites al ejercicio del poder estatal.

La justicia de menores, en cambio, actúa desde una lógica tutelar y persigue proteger al menor. No hay espacio para el debate, ni para la intervención de un abogado defensor, porque se supone que no hay conflicto ni controversia, sino más bien un rito pedagógico.<sup>42</sup>

Desde la perspectiva de las garantías, el resultado suele ser menos favorable que el obtenido en sede criminal. Así, por ejemplo, en ocasiones los tribunales de menores interpretaban el antiguo artículo 32 de la Ley de Menores<sup>43</sup> en el sentido de en-

tender que esa norma los habilitaba para investigar el hecho punible y la participación criminal de los adolescentes menores de 18 años de edad involucrados en hechos con apariencia de delito.

Durante esa investigación el imputado, al igual que en la antigua justicia del crimen, permanecía privado de libertad, pero a diferencia del proceso penal inquisitivo sin ningún límite en el tiempo, aunque en estricto rigor había uno: la mayoría de edad.

Si el infractor llegaba detenido al tribunal de menores, no se respetaban los plazos del artículo 272 del antiguo Código de Procedimiento Penal que establece que la detención no podrá durar en ningún caso más de cinco días, contados desde que el aprehendido sea puesto a disposición del tribunal, y agrega que la privación de libertad deberá terminar aún antes de este plazo cuando el inculpadado fuere procesado o cuando, por no existir mérito suficiente para hacer esta declaración, el juez ordenare que sea puesto en libertad. Por supuesto, el balance sería aún menos auspicioso en relación a los estándares que impuso la reforma procesal penal.<sup>44</sup>

En la jurisdicción de menores no hay plazo de detención, no existen las medi-

---

que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral”.

Esta norma fue derogada por la ley 19.806 de 31 de mayo de 2002 sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.

<sup>44</sup> El nuevo código procesal penal establece un plazo máximo de 24 horas de detención en recinto policial, el deber de informar al Ministerio Público en un plazo máximo de 12 horas, la obligación de comparecer a la primera audiencia judicial, la liberación frente a la ausencia del fiscal en la audiencia de control de la detención y el límite que impide extender la detención más allá de tres días.

---

<sup>42</sup> García Méndez, Emilio. Seminario Unicef-ONG's de la Infancia, Santiago, octubre 2001.

<sup>43</sup> Art. 32 de la Ley 16.618 de Menores: “Antes de aplicarse a un menor de dieciocho años alguna de las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor.”

Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección

das cautelares personales como la prisión preventiva, porque el adolescente imputado permanecería retenido para su propio beneficio. La retención es un concepto sui generis desde cualquier punto de vista que se analice e impuesta por una resolución difícil de ser impugnada por la vía de los recursos procesales, porque no sólo es inapelable sino que al parecer se trataría de una privación de libertad que no causa agravio.<sup>45</sup>

#### EL POSTERGADO FIN DEL DISCERNIMIENTO

Tal como ya se señaló, la institución del discernimiento, anterior a la legislación de menores y al modelo tutelar, se ha mantenido hasta el día de hoy, si bien su ámbito de vigencia y también sus criterios de determinación han sufrido diversas variaciones y cambios.

Se trata de un procedimiento o examen previo, que intenta distinguir entre aquellos adolescentes, mayores de 16 y menores de 18 años, que pueden ser sometidos al procedimiento penal de los adultos (imputables) y aquellos que deben ser juzgados por los tribunales de menores (inimputables).

Si bien la ley adecuadora del sistema legal chileno a la reforma procesal penal ha modificado el procedimiento del discernimiento y ha restringido la competencia de los jueces de menores en esta materia, la esencia de institución y los

<sup>45</sup> De acuerdo al artículo 37 de la Ley de Menores, el recurso de apelación sólo procede contra sentencias definitivas y respecto de aquellas que sin tener ese carácter pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, quedando fuera la resolución que ordena la retención de un menor al ser de naturaleza jurídica distinta.

problemas a ella asociados se mantienen. Esta norma agrega, además, que esta declaración deberá hacerla el juez de letras de menores oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores o a alguno de sus miembros.<sup>46</sup>

A estas alturas de la evolución jurídico penal, nuestro país es la única nación que en Occidente conserva la institución del discernimiento para decidir si se castiga penalmente a los adolescentes cuyas edades fluctúan entre los 16 y 18 años.

Ni los juristas ni los psicólogos han podido precisar con mediana exactitud el significado y contenido del discernimiento. Prueba de ello es que hoy existen casi tantas definiciones como especialistas ocupados del tema.

Para algunos discernimiento no es más que la concurrencia del dolo en el autor de un delito. Otros lo asocian a una perspectiva valórico-moral, basada en la capacidad de distinguir el bien del mal<sup>47</sup>.

Hay quienes vinculan discernimiento con la aptitud de reconocer las diferencias entre los comportamientos respetuosos del derecho y aquellos propios de los delitos. Muchos simplemente sostienen que discernimiento es la voluntad de cometer una acción u omisión penada por la ley.

<sup>46</sup> Artículo 28 de la Ley 16.618 de Menores.

<sup>47</sup> El Código de Procedimiento Penal de 1906 establecía que "si el procesado fuere mayor de 12 años y menor de 18, el juez recibirá información acerca del criterio del mismo y en especial su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiere dado motivo a la causa, siempre que del simple examen personal del juez no resulte de manifiesto el discernimiento con que hubiere actuado el procesado". Esta concepción del discernimiento, de orientación clásica, fue derogada por la Ley 4.447 y (Miguel Cillero, *op. cit.*) desde entonces no se cuenta con una definición legal de discernimiento.

Por último, hay quienes sostienen que discernimiento es un juicio de pronóstico en torno a las probabilidades de que el adolescente se reinserte socialmente o en su defecto opte por infringir nuevamente la ley penal.

Se observa cómo en un asunto de extrema trascendencia, como es la imposición de penas que afectarán la vida entera de los menores de edad, los jueces, abogados, sicólogos y siquiátras discrepan tan abiertamente respecto de qué debe entenderse por “discernimiento”.

Todo dependerá de la corriente de pensamiento a la cual adhieran, porque la ley nada dice. Las vertientes psicológicas identifican al discernimiento con la razón, la inteligencia, la voluntad y la comprensión; las orientaciones éticas con la posibilidad de distinguir entre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito, a pesar de las complejidades que tras de tales valoraciones se ocultan; el enfoque legalista asocia el discernimiento con el cumplimiento o infracción del derecho; y, finalmente, los criterios mixtos lo identifican con el dolo.

No es raro que este sistema de diagnóstico sea discrecional y errático. Un mismo adolescente imputado puede correr distinta suerte, dependiendo del tribunal que deba pronunciarse y del enfoque adoptado por los profesionales encargados del examen.

La experiencia e historia acumulada demuestra que los jueces que han debido calificar el grado de discernimiento exhiben opiniones muy variables y están sujetos a múltiples influencias sociales, políticas y económicas, que inclinan su criterio a favor o en contra en cada caso por resolver

Confiar, por tanto, el destino de un adolescente a tan variados y contradictorios factores es injusto, socialmente in-

seguro y provoca resultados desfavorables en cada infractor.

Con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal otros problemas asociados al discernimiento se han vuelto visibles. Se ha comprobado que mientras los adultos aseguran su comparecencia al juicio criminal mediante medidas cautelares que en su gran mayoría no suponen privaciones de libertad, los mayores de 16 y menores de 18 años de edad deben permanecer “retenidos” contra su voluntad en regímenes de internado, muy parecidos a la prisión preventiva, sólo para averiguar a través del examen de discernimiento si son inimputables o si, por el contrario, gozan de capacidad de culpabilidad penal.

Hoy la ley reconoce expresamente que los imputados tienen perfecto derecho a guardar silencio y deben ser tratados y considerados como inocentes hasta que no se les pruebe lo contrario, en circunstancia que el trámite de discernimiento coacciona a los adolescentes a declarar y, de paso, diluye peligrosamente la presunción de inocencia.

Es común que los informes sobre discernimiento indiquen que el examen no se ha podido practicar ante la negativa del adolescente a reconocer su participación en los hechos que se le imputan.

No es todo. Los informes de discernimiento suelen ir más allá de lo pedido y tienden a pronunciarse sobre hechos jurídicamente irrelevantes, como cuando se refieren a la conveniencia o utilidad de imponer medidas privativas de libertad u otras recomendaciones de similar especie, lo que excede el juicio sobre capacidad de culpabilidad que supone el examen de discernimiento.

Si bien estas opiniones emitidas por profesionales de las ciencias sociales, entre los que figuran sicólogos y asisten-

tes sociales, no son obligatorias para el órgano jurisdiccional llamado a conocer de estos asuntos, las máximas de la experiencia demuestran que en algunas ocasiones influyen en lo dispositivo de las resoluciones judiciales.

En el ámbito de la protección muchas veces estos informes al calificar negativamente a la familia de origen del niño promueven la prolongación de medidas de internamiento, como aquellas de carácter residencial (colocación familiar), lo que en la práctica puede pesar en la convicción de los tribunales a la hora de dictar medidas de egreso y de retorno a sus familias de origen.

Ello, porque los referidos informes contienen juicios de valor sobre las condiciones de vida de sus respectivos grupos familiares y con frecuencia cuestionan la idoneidad y competencia de sus padres biológicos o adultos responsables de su cuidado. Lo anterior se agrava debido a la inexistencia de parámetros objetivos para efectuar dichas evaluaciones, de manera que hoy ellas se fundan en apreciaciones personales altamente subjetivas.

#### SITUACIÓN DE TRANSICIÓN

Es necesario adecuar la legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño. Hoy vivimos la paradoja de mantener materialmente vigentes normas que se cancelan y anulan entre ellas, del mismo modo como se pueden oponer las expresiones “menores” y “niños” empleadas simultáneamente por nuestro ordenamiento jurídico.

Mientras la primera representa lo tutelar y da cuenta de la infancia irregular o abandonada, la expresión “niños” corresponde al *ethos* de la doctrina de la

protección integral de derechos y, por lo mismo, evoca la imagen de persona esencialmente capaz de todos quienes todavía no cumplen los 18 años de edad.

Todos los países de América Latina y el Caribe han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y en su gran mayoría además la han transformado en ley nacional mediante un trámite de aprobación parlamentaria. En este período en América Latina, particularmente en el contexto de la tradición jurídica napoleónica de derecho codificado, el proceso de transformación de la Convención en ley nacional ha generado una verdadera situación de esquizofrenia jurídica. Esquizofrenia jurídica referida a la vigencia simultánea de dos leyes, que regulando la misma materia resultan de naturaleza antagónica: por un lado, la Convención y, por el otro, las viejas leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular. La inercia político-cultural, sumada a algunos problemas de técnica jurídica procesal determinaron que, en el plano judicial, se continuara con la aplicación masiva y rutinaria de las viejas leyes de menores, al tiempo que la aplicación de la Convención se convertía en un hecho excepcional y fragmentario.<sup>48</sup>

En Chile el proceso de adecuación ha sido fundamentalmente legislativo, a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes. En España fueron los jueces quienes plantearon la inconstitucionalidad de la ley de menores y, por eso, declararon que no la iban a aplicar.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> García Méndez, Emilio. “Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia”, en *Derecho a Tener Derecho*, Unicef 1998.

<sup>49</sup> Bustos Ramírez, Juan. “Salvadores del Niño y Retribucionistas en los Extremos del Debate”, entrevista publicada en el Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, septiembre de 2002.

No ha sido así la experiencia local. Por regla general, en Chile, a pesar de estar vigente la Convención sobre los Derechos del Niño y de prevalecer al menos teóricamente sobre el resto de la legislación interna, esta última se impone en la resolución de los casos que llegan a conocimiento de los tribunales de menores.

Al parecer nuestra tradición jurídica es fundamentalmente de legislación interna y por ello, mientras no se deroguen y reemplacen expresamente las normas invocadas por jueces y abogados, las prácticas de quienes acuden y ejercen la jurisdicción varían con un grado de timidez inconciliable con la evolución de los tiempos que corren.

Las señales de innovación en materia de jurisprudencia son aún débiles, pero eso podría estar variando desde que algunas Cortes de Apelaciones de la Región Metropolitana están comenzando a invocar normas internacionales sobre derechos humanos de la infancia para cautelar derechos de los niños. Es lo que hacen los tribunales de alzada de la capital en fallos recientes sobre las condiciones de privación de libertad de menores de edad en recintos penitenciarios.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> En septiembre de este año, abogados del equipo de defensa jurídica de adolescentes del Hogar de Cristo interpusieron acciones constitucionales de amparo solicitando a los Tribunales Superiores de Justicia que se restablezca el imperio del Derecho, toda vez que la privación de libertad de menores de edad en el Centro de Detención Preventiva Sur de la Región Metropolitana se realizaría con infracción de normas legales, constitucionales y en particular el artículo 37 letra c de la Convención Sobre los Derechos del Niño que asegura que todo niño debe ser tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. Lo anterior se infringiría cuando se aplican medidas disciplinarias como

Sin embargo, no parece probable que la transformación jurídica en materia de derechos del niño se origine en la sola actividad jurisdiccional. De ahí que el interés y atención de los especialistas está centrado en cómo el Congreso tramita y despacha las iniciativas y mensajes que

el encierro en celda solitaria, con prohibición de mantener contacto regular con sus familias, lo que se alega en el fundamento del recurso como constitutivo de un trato inhumano y cruel.

En términos generales, Gendarmería de Chile sostiene en su informe que desde la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño se viene adaptando la legislación a esa norma, que se ha construido un moderno módulo en el Centro de Detención Preventiva Sur, donde los adolescentes permanecen totalmente separados de los adultos y agrega que las medidas disciplinarias aplicadas a los menores se han ejecutado de conformidad al procedimiento establecido en la reglamentación correspondiente y ante la constatación de hechos que la justifican.

A partir de instrumentos internacionales sobre derechos humanos de la infancia y concretamente en consideración al articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte de Apelaciones de Santiago dispuso con fecha diecisiete de septiembre que se acoge el recurso de amparo ya referido y se ordena:

- a) Gendarmería de Chile extremará las medidas de seguridad para que los menores no alternen o se vinculen de modo alguno con los internos adultos de los centros de detención preventiva o cumplimiento penitenciario, especialmente el denominado Santiago Sur, ex Penitenciaría. Tanto al ser tratados en el hospital penitenciario como al concurrir a otras dependencias del establecimiento, ocasiones en las que se les aislará y atenderá en forma preferente.
- b) Gendarmería de Chile se abstendrá de aplicar la sanción contemplada en la letra h) del artículo 40 (encierro en celda solitaria) del Reglamento Aplicable a Menores de Edad Internos en Establecimientos Administrados por Gendarmería de Chile, aprobado por Decreto Supremo del Ministerio de Justicia N° 553, de 7 de junio de 2001.
- c) En lo sucesivo, los menores serán trasladados en carros celulares mediante viajes independientes o especiales, cuando deban comparecer a los tribunales o concurrir a otros lugares.

en este ámbito ha impulsado el Ejecutivo. Es el proceso de elaboración de la ley, donde se juega buena parte del futuro jurídico de la infancia, pero tal como se advertía al comienzo de este artículo, dicho debate no está abierto ilimitadamente, porque en estricto rigor la discusión parlamentaria en el nivel legislativo en que está planteada más bien corresponde al modo como se recepciona en las normas de rango legal el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño. Y esa afirmación, por supuesto, que también es válida para el proyecto sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

Ese camino de adecuación-adaptación a los compromisos adquiridos está en curso. En los últimos 12 años tanto los procedimientos administrativos como los textos legales se han estado progresivamente ajustando a lo dispuesto por la Carta Fundamental de los especiales derechos humanos reconocidos a los niños y adolescentes.<sup>51</sup>

Ya el año 1994 entró en vigencia la nueva ley de erradicación de los menores de las cárceles de adultos<sup>52</sup> y cinco años más tarde se publicaron las nuevas leyes de filiación y adopción,<sup>53</sup> todas las cuales son coherentes con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño.

---

<sup>51</sup> Tal como lo sostuvo en septiembre pasado el Subsecretario de Justicia, Jaime Arellano, durante su intervención en el seminario "Los Derechos de la Infancia en el Sector Justicia: Renovación de un Compromiso", septiembre de 2002.

<sup>52</sup> Ley 19.343, de 1994, que introduce modificaciones a la Ley N° 16.618 y otros cuerpos legales en materia de retención de menores en establecimientos que señala.

<sup>53</sup> Leyes N° 19.585, de 1998, sobre filiación, y N° 19.620, de 1999, que dicta normas sobre adopción de menores.

Previamente en junio de 1993 y dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo primero de dicha norma, la Ley N° 19.221 fijó la mayoría de edad en los 18 años.

En el mismo sentido, la Ley N° 19.335 de septiembre de 1994 creó los denominados bienes familiares, cuya finalidad, entre otras, fue cautelar las condiciones materiales de desarrollo de los hijos mediante esta institución de carácter patrimonial.

También hace algo más de un lustro se incorporó al Código Penal el nuevo artículo 367 bis destinado a sancionar a quienes promuevan o faciliten la entrada o salida de personas para ejercer la prostitución, agravando las penas cuando la víctima es menor de edad.<sup>54</sup>

Gracias a la denominada ley de delitos sexuales<sup>55</sup> se perfeccionó la legislación en la materia. Se sancionaron conductas que, siendo reprochables, eran atípicas y se mejoró la redacción de las ya existentes, de modo de castigar enérgicamente los atentados contra la libertad e indemnidad sexual de los niños, resguardando de mejor modo y de manera más eficiente sus derechos.

Antes del término del presente Gobierno debiera estar concluida la reforma al actual sistema de atención y justicia para la infancia.<sup>56</sup> Una vez terminada dicha transformación jurídica, habrían sido desplazados de nuestra legislación los principios del correccionalismo y la concepción tutelar sobre los menores de edad, para establecer en su reemplazo una perspectiva de protección integral de los derechos de niños y adolescentes.

---

<sup>54</sup> Ley 19.409 de 1995.

<sup>55</sup> Ley 19.617 de 1999.

<sup>56</sup> Ver nota 12.

Dentro de ese contexto de reforma integral a la denominada justicia de menores es que se debe ubicar el proyecto de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, el cual es uno de varios pilares de dicha modificación institucional.

Dicha iniciativa es necesaria, además, porque con la progresiva instalación de la nueva justicia del crimen se observa con mayor nitidez que antaño cómo en el caso de los adolescentes la interferencia de la antigua ley tutelar de menores amenaza con desdibujar y hasta convertir en aspiraciones programáticas muchos de los principios de la reforma procesal penal.<sup>57</sup>

Hoy nadie discute y más aún se reconoce expresamente en la ley que quienes son arrastrados a los juzgados de garantía o tribunales orales en lo penal tienen perfecto derecho a guardar silencio y deben ser tratados y considerados como inocentes hasta que no se les pruebe lo contrario, en circunstancias que el trámite de discernimiento coacciona a los menores de edad a declarar y, de paso, diluye peligrosamente la presunción de inocencia.<sup>58</sup>

Lo cierto es que antes de contar con una justicia penal de carácter acusatorio, las debilidades del procedimiento y de la tramitación ante la jurisdicción de menores pasaban relativamente inadvertidas o al menos no se visualizaban con la notoriedad de hoy, porque el sistema inquisitivo del juicio criminal captaba prácticamente toda la atención del debate académico-público, relegando a un se-

gundo plano el tema proteccional de la infancia infractora.

No podía ser de otro modo. Después de todo, tanto en sede penal como de menores las reglas de la litis se regían, y aún es así en ciertas regiones del país en un caso y en todo el territorio nacional en el otro, por los principios del secreto, el orden consecutivo meramente discrecional, bajo la conducción de un juez que es el verdadero dueño del proceso, con un imputado que durante la sustanciación de la causa permanecía privado de libertad en una especie de sanción anticipada y con total y absoluta prescindencia de las víctimas, porque el único interés comprometido se entendía que era puramente estatal.

Más aún, en estricto rigor se podría sostener que desde que Chile firmó la Convención sobre los Derechos del Niño el modo y las consecuencias jurídicas impuestas a los adolescentes infractores de la ley penal están expuestas al serio riesgo de inconstitucionalidad y a menudo violan sus derechos fundamentales.

Es la esquizofrenia jurídica de la que habla el catedrático Emilio García Méndez, cuando dice que en buena parte de América Latina cohabitan dos estatutos jurídicos de naturaleza opuesta o inconciliable como lo son las leyes de menores, de inspiración tutelar, y la Convención sobre los Derechos del Niño, fundada en el paradigma de la protección integral de derechos.

#### EL IMPACTO DE LAS NORMAS ADECUATORIAS

En el campo de la responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, ya nadie discute que una adecuación definitiva de nuestra legislación a los tratados internacionales sobre derechos

<sup>57</sup> Ministro de Justicia, José Antonio Gómez, clase inaugural del curso "Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño para Jueces Abogados y Fiscales del Cono Sur", diciembre de 2001.

<sup>58</sup> Ibid 14.

humanos ratificados por Chile pasa necesariamente por la creación del primer sistema de justicia especialmente concebido para adolescentes que participan en aquellos hechos descritos en el catálogo del Código Penal.

El problema es que una modificación tan sustancial tomará todavía algún plazo y en el tiempo intermedio o de transición se hacía necesario avanzar en modificaciones parciales pero urgentes dentro de la estructura del modelo tutelar consagrado en la Ley de Menores.

La Ley N° 19.806 publicada en el Diario Oficial el día 31 de mayo de 2002 dicta diversas normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal y en su artículo 37 introduce modificaciones a la Ley N° 16.618, de Menores.

Estas normas intentan corregir, dentro de lo posible, las dificultades de la doctrina de la situación irregular. La ley adecuatoria en esta materia tiene alcances limitados.

Persigue, como es obvio, hacer posible la interacción de los nuevos órganos de la Reforma Procesal Penal con los jueces de menores y adecuar el ejercicio de sus funciones al escenario de la Reforma, pero además efectúa diversas correcciones de carácter estructural en ámbitos como la competencia de los tribunales, los procedimientos, una incipiente distinción entre lo proteccional y lo infraccional.<sup>59</sup>

Entre éstas destacamos:

a) *Denuncia ante el Ministerio Público:* Modificando el artículo 15 de la Ley de Menores, la Ley N° 19.806 establece que los hechos penados por el

artículo 62 de la misma ley dejan de ser denunciables ante los tribunales de menores y deberán ser puestos en conocimiento del Ministerio Público.

Esta norma se aplica conforme a la gradualidad de la Reforma Procesal Penal y su efecto apunta a terminar con la competencia penal de los tribunales de menores, situación que creaba confusión en las policías y que se traducía en la práctica en un sistema inquisitivo reforzado tramitado ante los juzgados de menores sin ninguna garantía procesal penal.

Además, esta nueva disposición viene a actualizar la denominación y composición de los órganos que intervienen en los procedimientos en que aparecen involucrados menores de edad. Como veremos más adelante, a ello se suma que se deroga el artículo 63 de la Ley de Menores que establecía que en los procesos relativos a delitos cometidos por mayores y de que conocieren los jueces de letras de menores, el procedimiento será el señalado en el Título I del Libro III del Código de Procedimiento Penal.

b) *Medidas cautelares personales:* Modificando el artículo 16 de la misma ley establece que Carabineros deberá poner a disposición del juez de garantía a los menores detenidos por orden judicial o en delito flagrante y que si se solicita ampliación del plazo de detención en conformidad al artículo 132 del CPP se hará efectiva en los Centros de Observación y Diagnóstico (COD) o establecimientos determinados por el Presidente de la República. Esta norma no es más que el reconocimiento de los efectos de la ley de erradicación de las cárceles de adultos. No puede haber menores de edad, de quienes se presume su falta

<sup>59</sup> Berríos, Gonzalo: "El examen de discernimiento en el nuevo proceso penal", en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, N° 2, 2002.

de capacidad penal, internados en recintos administrados por Gendarmería de Chile, a menos que el Presidente de la República así lo permita en aquellos lugares donde no haya COD. En ese caso igualmente deberán estar separados de los adolescentes procesados y condenados.

Si el hecho imputado al menor fuere alguno de aquellos señalados en el artículo 124 del Código Procesal Penal (no se sancionan con penas privativas ni restrictivas de libertad o si la sanción no excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo), Carabineros de Chile se limitará a citar al adolescente mayor de 16 años a la presencia del fiscal y lo dejará en libertad, previo señalamiento de domicilio en la forma prevista por el artículo 26 del mismo Código.

- c) *Prisión preventiva y discernimiento*: De acuerdo al nuevo artículo 16 de la Ley de Menores la prisión preventiva que se decreta, mientras se practica el examen de discernimiento, sólo podrá ejecutarse en los lugares señalados en el inciso primero, es decir en los COD (Centros de Observación y Diagnóstico) u otros centros especiales. Una vez que se encuentre firme la resolución que declare que el menor actuó con discernimiento, la prisión preventiva se ejecutará en los establecimientos penitenciarios correspondientes, caso en el cual deberá darse cumplimiento a lo previsto en los artículos 17 de la ley (se prohíbe a los jefes de establecimientos de detención permitir la comunicación entre los menores de edad y otros procesados o detenidos mayores de edad) y 37, letra c), de la Convención sobre los Derechos del Niño (ser tratado con humanidad con respecto a la dignidad y necesidades de su

persona y edad y permanecer separado de los adultos). El menor privado de libertad siempre podrá ejercer los derechos consagrados en los artículos 93 y 94 del CPP (derechos y garantías del imputado y del imputado privado de libertad: ser informado de los hechos que se le imputan, ser asistido por un abogado, solicitar diligencias al fiscal, declarar ante el juez, guardar silencio, solicitar el sobreseimiento definitivo, solicitar del tribunal que le conceda la libertad, que se informe a la familia que está privado de libertad, recibir visitas), 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño (derecho a impugnar la privación de libertad, que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad y en general las garantías de un debido proceso).

Los encargados de los centros o establecimientos aludidos en el inciso primero no podrán aceptar el ingreso de menores sino en virtud de órdenes impartidas por el juez de garantía competente.

A pesar del avance que representan estas disposiciones se demuestra una vez más que no contamos con un sistema de responsabilidad especial para adolescentes y que, afirmado el discernimiento, el imputado adolescente ingresa al sistema penal para mayores de edad.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> El nuevo artículo 16 de la Ley de Menores modificado por las leyes adecuadoras permite separar nítidamente las actuaciones de la policía frente a hechos que revisten caracteres de delitos y los procedimientos que se deben seguir en casos de grave vulneración de los derechos de un niño, con lo cual se contribuye a la separación de vías y a evitar todos los efectos negativos que ella acarrea.

- d) *Policía y menores de 16 años*: El nuevo artículo 16 bis de la Ley de Menores es una norma propia del ámbito de protección de derechos y aborda varias materias propias de las actuaciones de Carabineros frente a situaciones en que éstos sean vulnerados. Si un menor de edad fuere víctima de un delito, Carabineros deberá poner los antecedentes a disposición del Ministerio Público y si fuere indispensable separarlo de su familia lo conducirá a un CTD (Centro de Tránsito y Distribución) e informará a primera audiencia a un juez de menores. Cuando un menor de dieciséis años de edad fuere imputado de haber cometido un crimen, simple delito o falta, Carabineros deberá conducirlo a un CTD, informando inmediatamente al juez de menores. En el primer caso se refiere a situaciones de niños víctimas de delito, en que excepcionalmente se puede estimar adecuado separar a un niño de su familia, por ejemplo, cuando

es víctima de delitos al interior de su propio hogar, para lo cual se faculta a la policía para conducir al niño a un CTD, informando siempre a primera audiencia al juez de menores a fin de que adopte la decisión más aconsejable atendidas las circunstancias del caso.

Cuando se trata de delitos cometidos por menores de edad Carabineros debe conducir a los niños a un CTD, con lo queda de manifiesto que nos encontramos en sede de protección de derechos, evitando el contacto con adolescentes con capacidad de culpabilidad penal. Para bien o para mal, estos niños son irresponsables para la legislación actual, lo que cambiará con la nueva ley de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

Se produce una situación paradójica, porque en el antiguo texto del artículo 16 los adolescentes eran citados al tribunal previa entrega a los padres, lo cual en la redacción de esta

---

Ya no se habla de retención de menores, con lo cual se deja atrás esta expresión de connotación tutelar y se reemplaza por la expresión detención que, como medida cautelar, está sujeta a límites y controles, tanto en aquellos casos en que se aplica frente a delitos cometidos en flagrancia como también en casos de detenciones practicadas por orden judicial. La retención era propia de los juzgados de menores y de ciertas privaciones de libertad practicadas por la policía, al margen de todas las garantías y resguardos propios de un sistema procesal penal democrático.

Frente a casos de delitos o infracciones a la ley penal, los adolescentes ya no pueden ser puestos a disposición de los jueces de menores, quienes como veíamos podían atribuirse competencia penal, pero sin estar limitados por las garantías propias de un sistema procesal penal de carácter adversarial y acusatorio, sino más bien actuaban como un sistema penal encubierto y reforzado.

---

La privación de libertad mientras se practica el examen de discernimiento se llama prisión preventiva, con lo cual se termina la confusión acerca de la situación procesal del niño sometido a este tipo de exámenes. En todo caso, debe estar separado de los adultos y no debe ser privado del contacto de los adultos (aplicación de las normas de la Convención de los Derechos del Niño).

Se sabe que los menores retenidos en espera del resultado del examen de discernimiento estaban en peor situación que los adultos imputados de haber cometido un delito.

Gracias a esta norma se pretende dejar a los niños en igual situación que un imputado mayor de edad. Una solución definitiva a los problemas del discernimiento sólo se alcanzará cuando se apruebe el proyecto de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

nueva disposición no está permitido, debiendo ser conducidos a un CTD. Se observa entonces que los menores de 16 años quedaron en peor condición que los mayores de 16, quienes sí pueden ser citados en los casos del art. 124 del CPP. En general, la norma es un avance, porque separa vías, pero mantiene la confusión entre política social y criminal cuando se trata de menores de 16 años.

Hay que señalar que en materia de protección de derechos y a diferencia de las infracciones a la ley penal, sólo Carabineros es competente para realizar las labores descritas en este artículo nuevo 16 bis nuevo.

- e) *Competencia de los tribunales de menores*: El artículo 18 señala que el conocimiento de los asuntos de que trata la Ley de Menores y la facultad de hacer cumplir las resoluciones que recaigan en ellos corresponderá a los Juzgados de Letras de Menores, excepto aquellos que se encomiendan a los tribunales con competencia en lo criminal.

Así se elimina por completo cualquier duda sobre competencia preventiva en lo criminal que solía ser autoatribuida por algunos jueces de menores, en virtud del antiguo artículo 32 hoy derogado que disponía que “antes de aplicarse a un menor de dieciocho años algunas de las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor”.

Sin embargo, según la misma disposición, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido

participación alguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral.

Ocurría que en virtud de esa disposición el juez investigaba y mientras formaba su convicción el niño quedaba retenido al margen de todo tipo de garantías y en un procedimiento establecido en su beneficio, sin posibilidades de defensa ni límites de ninguna especie.

Además se eliminó la causal de apertura de causa judicial por encontrarse un menor en peligro material o moral, lo que constituye un avance ya que evita judicializar cualquier situación que a juicio de la policía o de los operadores sicosociales del sistema sea peligrosa. Sabemos sin embargo que no se derogó la facultad policial del N° 15 de recoger a los menores de edad en situación irregular con necesidades de asistencia y protección, lo que permite judicializar casos indeterminados.

En materia penal, el número 9 del artículo 26 señala que la declaración de discernimiento por parte del juez de menores sólo procede en los casos de inculpación de delito cometidos por menores de 18 años y mayores de 16 años; no procede en la comisión de faltas o delitos menores, porque en estos casos interviene directamente el juez de garantía, según veremos más adelante. Se elimina de este numeral toda referencia al conocimiento de hechos delictivos imputados a menores de edad, con lo cual la norma gana claridad y precisión, y se dificulta la autoatribución de competencia penal por parte de los jueces de menores.

En cuanto a los infractores de la ley, menores de 16 años o mayores de esa edad, pero menores de 18 años, que hayan obrado sin discernimiento, se aplican las medidas del artículo 29, las que son distintas a las medidas que proceden para los menores que requieren de protección, lo que revela la voluntad del legislador de separar vías y evitar cualquier riesgo de confusión.

Se derogaron los N<sup>os</sup>. 11 y 12 de la Ley de Menores que entregaban competencia a esta jurisdicción para conocer de las infracciones a la Ley de Alcoholes cometidas por menores de edad.

Se derogaron los artículos 62 y 63 que le entregaba competencia y fijaban el procedimiento penal para conocer de ciertos delitos.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> El conocimiento de hechos que revisten caracteres de delito por parte de los jueces de menores se refiere a lo siguiente:

- 1) Crímenes, simples delitos y faltas cometidos por menores de 16 años, en que se aplican las medidas del artículo 29 de la Ley de Menores, con excepción de la ebriedad y el consumo de alcohol en la vía pública.
- 2) Crímenes y simples delitos cometidos por mayores de 16 y menores de 18 años, que hayan obrado sin discernimiento, en que también se aplican medidas del artículo 29 de la Ley de Menores.
- 3) Faltas cometidas por mayores de 16 y menores de 18 años en que el juez de Policía Local declara que el menor actuó sin discernimiento. Por modificación del artículo 26 de la Ley 18.287 el juez de menores deberá conocer y resolver sobre estas materias. En aquellas regiones en que se aplica la Reforma Procesal Penal en los casos en que el juez de garantía determinó que el menor de edad actuó sin discernimiento, será competente el juez de menores.
- 4) Faltas del artículo 46 de la Ley 19.366, en que se prescinde del examen de discernimiento y se aplican medidas especiales de esa ley. Se refiere

Hoy día los tribunales de menores no pueden conocer de las causas por ebriedad de personas menores de edad, de tal suerte que en estos casos hoy no hay un procedimiento judicial, sino que tanto para las faltas de ebriedad como la ingesta de licor en la vía pública se contempla exclusivamente un procedimiento policial, y las medidas de protección contempladas en el artículo 117 de la Ley 17.105 sólo son aplicables a los mayores de edad. Cabe recordar que esta materia fue modificada por la Ley 19.814 de 15 de julio de 2002 que establece que si un menor de 18 años fuere sorprendido ingiriendo alcohol en la vía pública o en estado de ebriedad, como medida de protección será conducido por Carabineros al cuartel policial o a su domicilio con la finalidad de devolverlo a sus padres o a la persona encargada de su cuidado, siempre que ésta fuere mayor de edad. Si es conducido al cuartel policial se darán las facilidades para que se comunique con su familia. Se advierte a la familia que si el adolescente incurre más de tres veces en un año en

---

al consumo de drogas en lugares públicos o abiertos al público, porte para consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo y consumo en lugares privados si hubiere concierto para ello. En estos casos el juez de menores aplica las medidas de la Ley 19.366, como, por ejemplo, la asistencia obligatoria a programas de prevención.

5) Ley de Violencia en los Estadios (19.327): En su artículo 9° establece que se aplicarán las normas de la Ley de Menores a los menores de 16 años y a los mayores de 18 y menores de 16 que hayan obrado sin discernimiento. Además de imponer las medidas del artículo 29 de la Ley de Menores podrán aplicarse las medidas de la Ley de Violencia en los Estadios: prohibición de asistir a espectáculos de fútbol hasta por el término de un año, actividades en beneficio de la comunidad.

este tipo de contravenciones se harán llegar sus antecedentes al Servicio Nacional de Menores.

- f) *Derogación del artículo 32*: Desde el punto de vista de las garantías y respeto a los derechos fundamentales de los niños éste era el artículo que mayores problemas causaba. La policía entendía que frente a un hecho que revestía caracteres de delito el adolescente debía ser puesto a disposición del juez de menores.

El juez de menores entendía que en virtud del artículo 32 tenía competencia penal para investigar el hecho, establecer la circunstancia de haberse cometido y la participación que le ha cabido al adolescente. Mientras investigaba, el niño o adolescente solía verse privado de libertad sin ninguna garantía, ni recurso alguno para impugnar la privación de libertad frente a situaciones análogas a la detención o la prisión preventiva. Estaba en peores condiciones que una persona mayor de edad.

Se sostiene que este es el mayor avance normativo de las leyes adecuatorias en materia penal, debido a los negativos efectos que previene.

- g) *Adecuatorias y discernimiento*: Tras la modificación efectuada por la Ley 19.806 al artículo 28 de la Ley de Menores, la declaración previa sobre el discernimiento de una persona mayor de 16 y menor de 18 años a quien se imputa un delito puede corresponder al tribunal de menores o al juez de garantía, dependiendo de la gravedad de la infracción penal.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> La disposición legal establece que “cuando a un mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad se le imputare un hecho constitutivo de delito que la ley sancione con penas superiores a presidio o reclusión menores en su

- h) *Medidas aplicables (artículos 29 y 30 de la Ley de Menores)*: El artículo 29 era hasta antes de las adecuatorias la norma que graficaba la confusión de vías entre la política social y la política criminal, porque se aplicaba indistintamente a infractores de ley y niños gravemente vulnerados en sus derechos. Las medidas de protección propiamente tales hoy están señaladas en el artículo 30 de la Ley de Menores, de manera que el catálogo del artículo 29 de la Ley de Menores quedó reservado a los niños y adolescentes infractores de ley que carecen de capacidad de culpabilidad penal. Se aplica a los menores de edad y a los adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años imputados de haber cometido crimen, simple delito o falta y que hayan obrado sin discernimiento, a menos que se trate de faltas de la ley de drogas en que se aplican las medidas de esa ley o en casos de ebriedad o consumo de alcohol en la vía pública en que se aplica lo dispuesto en la ley 19.814.<sup>63</sup>

grado mínimo, la declaración previa de si ha obrado o no con discernimiento deberá hacerla el juez de letras de menores a petición del Ministerio Público, inmediatamente de formalizada la investigación”.

Agrega en el siguiente inciso que “Cuando a un mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad se le atribuyere un hecho constitutivo de falta o de simple delito que la ley no sancione con penas privativas o restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedan la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, la declaración previa acerca del discernimiento será emitida por el juez de garantía competente, a petición del Ministerio Público, en el mismo plazo señalado en el inciso anterior.”

<sup>63</sup> Con esta separación de medidas se evita que de hecho se formen verdaderos prontuarios penales de niños a quienes se les aplicaba el artículo 29 frente a situaciones de grave vulneración de derechos como abandono, pobreza extrema o malos tratos y a quienes se les aplicaba indistintamente el mismo catálogo de medidas.

## EL PROYECTO DE LEY EN DISCUSIÓN LEGISLATIVA

Las consideraciones anteriores nos muestran el escenario y los límites de la discusión sobre el sistema de responsabilidad penal para los adolescentes que propone el proyecto de ley actualmente en su primer trámite en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

Su texto define a los adolescentes como las personas mayores de 14 y menores de 18 años, a quienes se aplicarán procedimientos y sanciones especiales, en plena armonía con lo dispuesto por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Dado que dicha norma exige el “establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”, los menores de 14 años quedarán excluidos de este modelo de reacción frente al delito.

La propuesta recoge el principio de responsabilidad, estimando que si bien el adolescente no puede ser tratado como adulto, sí cabe exigirle una responsabilidad especial, adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo. Las sanciones que establece esta iniciativa legal resultan de la declaración de responsabilidad por la realización de alguna de las infracciones a la ley penal que ella contempla y que corresponde al catálogo del Código Penal, con exclusión de la gran mayoría de las faltas.

El proyecto de ley se estructura sobre la base de establecer una estricta relación entre la acreditación de la participación culpable del adolescente en el hecho punible y la correspondiente atribución de una sanción que, para el caso concreto, autorice la ley.

Con ello se reconoce para los adolescentes la vigencia del principio constitucional de legalidad de la conducta incriminada y se consagra un sistema que reprocha la comisión de conductas típicas, estrictamente definidas en la ley, excluyendo aquellas indeterminadas, como por ejemplo las que corresponden a meras situaciones de vida.

Se crea un sistema de responsabilidad jurídica de carácter sancionatorio, aunque limitado específicamente a la comisión de hechos descritos en el Código Penal y las demás leyes especiales, a los que denomina infracciones a la ley penal. Se determina un criterio de intervención penal especial, reducida o moderada, tanto en relación a los delitos como a las sanciones.

Respecto a los tipos penales, se establece una categoría taxativa de infracciones de carácter grave, que serán las únicas a las cuales se podrá aplicar, como último recurso, una sanción privativa de libertad.

La exclusión de la mayoría de las faltas y la creación de la categoría de infracciones de carácter grave obedecen a que el proyecto busca equilibrar legalmente el principio de intervención mínima ante los adolescentes y el de protección de bienes jurídicos.

Para la determinación de la responsabilidad de los adolescentes también deberá considerarse la concurrencia de alguna de las causas que eximen, extinguen o privan de sus efectos a la responsabilidad penal.

Siguiendo la más moderna doctrina, el proyecto recoge todas las garantías penales y procesales propias de los adultos, agregando garantías específicas para los adolescentes. En particular, se establece un criterio flexible a favor de ellos en la adjudicación de las sanciones; la posibi-

lidad de dejarlas sin efecto o sustituirlas anticipadamente por otras menos severas; y en facultades de control jurisdiccional de la ejecución, que aseguren los derechos del condenado y el cumplimiento efectivo de las mismas.

Se garantiza la existencia de un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento, y durante el control de ejecución de la sanción, que aseguren la capacidad e idoneidad de los operadores del sistema.

En el ámbito procesal se recogen los principios fundamentales del nuevo Código Procesal Penal, estructurándose un procedimiento acusatorio oral. Éste reconoce el principio de presunción de inocencia, el derecho a la defensa, abre espacios para acuerdos reparatorios entre la víctima y el delincuente, sin ninguna de las restricciones de la reforma procesal penal y otorga facultades para que los fiscales del Ministerio Público apliquen, con mayor amplitud que la conocida hasta ahora, el principio de oportunidad en la persecución.

Se establecen como garantías la consideración del interés superior del niño en todas las actuaciones judiciales y un recurso de *habeas corpus* que permitirá controlar judicialmente la legalidad de la privación de libertad y verificar las condiciones físicas en que se encontrare el adolescente.

Por primera vez en el ámbito de procesos seguidos contra personas menores de edad se reconocen derechos procesales a las víctimas y se consideran sus intereses, aunque limitados por el principio del interés superior del adolescente.

Las medidas contenidas en este proyecto tienen por finalidad “sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás

personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social”.

Se contempla una amplia gama de sanciones, que se clasifican en privativas y no privativas de libertad. El internamiento involuntario es una medida de último recurso y sólo se podrá aplicar respecto de las infracciones graves, taxativamente señaladas en la ley.

El proyecto ha optado por establecer un sistema equilibrado y flexible para el establecimiento de la sanción aplicable en cada caso. Por una parte, señala límites legales estrictos respecto de la procedencia de la aplicación de sanciones privativas de libertad en razón de la gravedad de la infracción, pero, junto con ello, permite al juez atender a variables como la edad, las circunstancias modificatorias de responsabilidad y el número de infracciones cometidas.

Deja al juez un razonable grado de libertad en orden a imponer la sanción más adecuada para cada caso, sin obligarlo a aplicar la privación de libertad.

La incorporación de un amplio marco de sanciones no privativas de libertad permitirá que el tribunal disponga de medios efectivos para la responsabilización, control y orientación del adolescente infractor. Con el objeto de favorecer su cumplimiento, se establecen normas especiales de quebrantamiento, que permiten sustituir excepcionalmente una sanción por otra de mayor gravedad.

La propuesta contenida en el proyecto de ley parece desarrollar los principios y directrices propios de una justicia especial para adolescentes y puede constituir una herramienta eficaz para el trabajo preventivo y punitivo de la llamada “delincuencia juvenil”, resguardando en cada una de sus etapas el correcto respeto por los derechos esenciales de cada individuo.