



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE
UN ANÁLISIS RESPECTO DE LA EDAD MÍNIMA PARA SER
IMPUTADO**

RODRIGO ARTURO AVELLO MOLINA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Rodrigo Ríos Álvarez

Santiago, Chile

2018

Dedicado a mis padres, que sin ellos nada de esto hubiera sido posible; a los Profesores de la facultad, todos ellos, por enseñarme a amar la profesión; y a Daniela, mi gran amor, por su apoyo incondicional, sus ánimos y por ser la razón de querer convertirme en un gran profesional. Por ella todo.

AGRADECIMIENTOS ESPECIALES

Biblioteca Pública de Providencia

Biblioteca Universidad Finis Terrae

Daniela Zapatta Montero

Profesor Andrés López Aranguiz, Derecho Civil, Universidad Finis Terrae

Profesor Salvador Mohor Derecho Constitucional, Universidad Finis Terrae

Profesor Hugo Zepeda Coll, Fundamentos filosóficos del derecho, U. Finis Terrae

Profesora María Cecilia Ramirez, Derecho penal, Universidad Finis Terrae,

Catalina Olavarria, sicóloga infantil

Rodrigo Astorga Bravo, Abogado en asuntos de reforma educacional, estudio jurídico

Palma & Astoga

Daniel Zapatta Bergez, Jefe de turno Seguridad Ciudadana Ilustre Municipalidad de

Las Condes

Finalmente, al Profesor Guía Rodrigo Ríos Alvarez, profesor titular de Derecho procesal penal y litigación penal Universidad Finis Terrae, por la motivación que necesitaba para formar mi guiar mi camino por el derecho Penal Chileno.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1: EL MENOR DE EDAD.....	17
- 1. Los menores de edad propiamente tal.....	19
- 1.1. Menores de edad en diversas ciencias jurídicas.....	24
- 1.2. Los menores desde el punto de vista de la psicología.....	28
- 2. Los menores inimputables.....	32
- 3. Los menores Imputables.....	35
- 4 Situación especial para los delitos sexuales.....	39
CAPÍTULO 2: DERECHO COMPARADO.....	41
-1. Relaciones internacionales.....	41
-1.1. Convención de los derechos del niño.....	42
-1.2. Reglas de Beijing.....	63
-1.3.Reglas de Tokio.....	64
-1.4.Reglas de menores privados de libertad.....	65
-1.5. Pacto de San José de Costa Rica.....	66

-2. Relaciones nacionales.....	67
-2.1. Argentina.....	67
-2.2. Perú.....	68
-2.3. Uruguay.....	70
-2.4. Brasil.....	70
-2.5. Ecuador.....	71
-2.6. Colombia.....	71
-2.7. Costa Rica.....	71
CAPÍTULO 3: LA LEY.....	75
-1. Historia de la ley.....	76
-2. Diferencias con la antigua ley de menores.....	81
-3. Ámbito de aplicación.....	82
-4. Forma o cuerpo de la ley.....	84
CAPÍTULO 4: DISCERNIMIENTO.....	85
-1. Discernimiento propiamente tal.....	85
-2. Del trámite del discernimiento.....	93
-3. Opinión Pública.....	94
CAPÍTULO 5: DETENCIÓN.....	101
CAPÍTULO 6: SENAME.....	113
CAPÍTULO 7: MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.....	123
-1. Medidas cautelares especiales Ley 19.968.....	124

-2. Medidas cautelares personales Ley 20.084.....	127
CAPÍTULO 8: SANCIONES.....	135
1.- Tipos de Sanciones.....	136
1.1. Marco general.....	136
1.1.1. De las Faltas.....	138
1.1.2. De los delitos sexuales.....	141
1.2. Derecho comparado.....	146
2. Sanciones no privativas de libertad.....	147
2.1. La amonestación.....	147
2.2. Multa.....	148
2.3. De la reparación del daño.....	149
2.4. Servicios en beneficio de la comunidad.....	151
2.5. Prohibición de conducir vehículos motorizados.....	151
2.6. Libertad Asistida.....	151
2.7. Libertad asistida especial.....	152
3. Sanciones privativas de libertad.....	153
3.1 Régimen semicerrado.....	154
3.2. Régimen Cerrado.....	156
3.3. Sanciones Mixtas.....	158
CAPÍTULO 9: NUEVO PROCEDIMIENTO.....	161
1. Introducción.....	161

2. El procedimiento penal de adolescentes.....	163
2.1. Disposiciones generales.....	163
2.2. Sistema de justicia especializada.....	169
2.3. Persecución penal.....	170
2.4. Juicio oral y sentencia.....	173
CAPÍTULO 10: EDAD MÍNIMA PARA SER IMPUTADO, ANALISIS FINAL.	181
1. Introducción.....	181
2. Edad mínima para ser imputado, reconocimiento normativo.....	183
3. Discusión doctrinaria respecto al elemento “edad”.....	186
4. Imputabilidad matizada del adolescente.....	191
5. Estudio en terreno, opinión pública.....	193
CONCLUSIÓN.....	199
BIBLIOGRAFÍA.....	207
1. Fuentes doctrinarias generales.....	207
2. Derecho comparado.....	208
3. Doctrina.....	210
4 Noticias.....	213
5. Leyes.....	214
6 Códigos.....	216
6. Agradecimientos especiales.....	217

INTRODUCCIÓN

“Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, reza nuestra carta magna, la Constitución Política de la República, en el primer inciso de su artículo primero, el cual poco deja a la interpretación, o a la discrepancia, si la hubiere. La misma carta fundamental, en su artículo 19°, numeral 2^{do} le asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, reconociendo que no hay personas ni grupos privilegiados, ni tampoco hay diferencias entre hombres o mujeres, quienes para el constituyente, son también iguales ante la ley. Finalmente, el último inciso del mencionado numeral concluye que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

Un marcado principio de igualdad ante la ley chilena es nuestro principal faro para embarcarnos en esta investigación, comenzando por preguntarnos si ¿sería inconstitucional que las leyes especiales propongan una diferencia entre adultos y adolescentes? Ya que por redundante que sea, no podemos desconocer que la carta magna señala que no hay grupos privilegiados o que las leyes no podrán establecer diferencias arbitrarias.

La respuesta a esa pregunta sería una total negativa, bajo el supuesto de que no sería un privilegio sino un distinto trato que la ley le daría a ciertas personas en relación con su desarrollo y experiencia, y menos aún sería arbitraria tal diferencia. Además, la idea de una ley que regule sanciones por delitos realizados por un adolescente se basa en un sin número de principios de derecho internacional como el cuidado por el desarrollo suficiente de los menores, el velar por su acceso a actividades socioeducativas y a un proceso de reinserción en la sociedad, de la mano con un trato justo en el transcurso de un proceso en que podría estar involucrado.

Por demás está decir que los niños son sujetos de derecho del mismo modo que los adultos, por el solo hecho de ser personas, y que por tanto deben gozar de la misma protección del estado en el ejercicio de sus derechos, sobre todo en una etapa de su vida donde se encuentran en mayor vulnerabilidad y que su capacidad cognitiva es notoriamente inferior a la de los adultos, (y así lo acreditan los expertos en materia psicológica) encontrándose en un mayor riesgo y donde las decisiones que ellos toman, o las medidas que sobre ellos se imponen, puede tener consecuencias a largo plazo y permanentes, en muchos casos traumáticas para el crecimiento del menor, aún cuando de ellos no siempre dependen las decisiones que toman o cuando dichas decisiones no revisten el mismo grado de razonamiento que en el hombre adulto, debido a una falta de experiencia y un actuar mucho más emocional e intuitivo por parte del niño, quien según veremos, tiene una capacidad de razonar, pero no siempre la de prever las consecuencias de sus actos o lo que ellos produzcan a largo plazo, e incluso también actuando por motivos que no son propios de su fuero interno, al intentar “encajar” en una sociedad o grupo determinado, intentando crear una imagen distinta que reciba la aprobación de sus pares y que al mismo tiempo, le cree una visión ante los demás que lo proteja en el mundo donde se desenvuelve.

Con todo, una opinión que nos resultó interesante de compartir es la de los renombrados contractualistas Thomas Hobbes y Jean Jacques Rousseau, quienes difieren en cierto aspecto, viendo el primero, Thomas Hobbes, en su libro “El leviatán” al hombre malo por naturaleza, mientras que Jean Jacques Rousseau, ve al hombre, bueno por naturaleza. Esto, es simplemente una minúscula observación respecto a la opinión de estos autores, tan conocidos en el mundo del derecho y de otras ramas de las ciencias sociales. Para Rousseau, el problema no es el niño, el problema es la sociedad en la que vivimos, en la que se desenvuelven y se educan. Es la sociedad la que lo corrompe, y cuya opinión compartimos.

Nuestra mayor preocupación es el niño, nuestro centro de interés, nuestro bien jurídico protegido. Para nosotros los niños son el rey en ésta partida de ajedrez, es la pieza más importante y a la cual todos debemos proteger, en sus manos está el futuro de las

próximas vidas y sobre sus hombros debemos confiar los valores que nos hacen ser una sociedad unida.

El interés superior del niño, uno de los principios más antiguos del derecho internacional y por cierto de los más importantes, y que ha inspirado un sin número de leyes dentro de las cuales, claro está, se encuentra nuestra ley de responsabilidad penal adolescente así como nuestro ordenamiento jurídico en general, plasmado principalmente en la convención de derechos del niño, y que no goza de una definición propiamente tal por ser un concepto abstracto, lo que en cierto sentido es beneficioso por su facilidad para adaptarse a cualquier hecho o circunstancia a la que podría verse involucrado un menor de edad, garantizando así el disfrute pleno y efectivo de que todos los niños, niñas y adolescentes son titulares¹ y que si bien, como dijimos, no existe un concepto claro de lo que debe entenderse por interés superior del niño, eso no genera un mayor conflicto porque su interpretación será guiada para cada caso concreto, y que por lo demás, éste principio no constituye una jerarquía por sobre otros derechos, sino por el contrario, todos los derechos responden al interés superior del niño como un modo de colaborar garantizando la integridad física, psicológica, moral y espiritual del niño y promover su dignidad humana.²

Nuestro país goza desde junio de 2007, es decir, hace 10 años ya, con una ley de responsabilidad penal adolescente ampliamente influenciada por los principios rectores de la normativa internacional, y principalmente por el principio del interés superior del niño. La ley 20.084, conocida como Ley de responsabilidad de adolescentes, derogaría casi en su totalidad la antigua ley de menores planteando cambios substanciales a la normativa actual para los menores de edad que según la misma ley y el artículo 10 del código penal Chileno, son capaces de ser sujetos activos de crímenes y simples delitos, (y de ciertas faltas, según veremos) y que para el resto de los menores de edad tendría

¹ Rabetllat Isaac, *Universidad de Talca, Revista chilena Derecho Volumen. 42 Santiago, Diciembre de 2015*

² *Convención sobre los derechos del niño, observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. P.3 introducción, letra A, número 3 y 4. Unicef, 29 de Mayo de 2013, Op. Cit.*

redirigiría su competencia a los juzgados de familia, propendiendo a un proceso seguro donde se resguarden sus intereses.

La presente investigación tiene como objetivo plantear al lector un punto de conversación sobre el análisis respecto a la edad mínima para ser imputado, un análisis que nos hemos propuesto investigar a detalle en las distintas normativas vigentes, tanto nacionales, como internacionales ya sea en el derecho comparado o los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y en los distintos textos y fuentes doctrinarias que versen sobre la materia, e incluso, recabando información que sirva de base para formar una opinión propia en aquellas personas que encuentren en éstas páginas un tema interesante de conocer.

Además, nuestra pretensión se extiende al trato con diversas personas que puedan compartir su punto de vista, tanto expertos en diversas materias de importancia como personas con un oficio relevante para ésta investigación y que gusten de aportar un grano de arena en ésta memoria a través de compartir con nosotros su opinión a éste respecto.

El tema no es fácil de dilucidar, sobre todo porque no hay mucha doctrina que trate el tema y porque en términos generales, siempre resulta muy complejo todo ámbito en que se relacionen menores de edad y mucho más cuando de ello depende la privación de libertad u otras medidas sancionadoras para ellos, aún cuando la ley no es exclusivamente sancionadora ni tampoco impulsa sus sanciones a solo privaciones de libertad en regímenes cerrados o semi-cerrados, existiendo otras tantas sanciones que no revisten la característica de privar de libertad a los imputados adolescentes.

En general, nuestro objetivo no reviste un interés ulterior más allá de ser un análisis de carácter personal, sin un desafío ambicioso al que aferrarnos, pues no pretendemos un cambio aparentemente revolucionario en la normativa vigente en nuestro país sino solamente presentar nuestro punto de vista a partir de la más reciente modificación a la edad mínima para ser imputado, planteada por la misma ley de responsabilidad adolescente, que disminuye la edad a partir de la cual un menor de edad puede ser sometido a un procedimiento de persecución penal y posteriormente, ser objeto de

sanciones o condenas por parte del poder judicial, rebajándola de los 16 años que el derecho penal chileno otrora contemplaba, a los ahora 14 años de edad, punto desde el cual, un niño de dicha edad podría incluso ser condenado a pena de cárcel hasta por 5 años.

Qué tan efectivo es éste planteamiento desde el punto de vista político-criminal el hecho de disminuir tan abruptamente la edad mínima para ser imputado, o cómo afecta a los menores de edad dicha imputabilidad desde el punto de vista de su desarrollo futuro, son algunas de nuestras principales interrogantes, intentando comprender la diferencia primordial entre el desarrollo cognitivo de un menor con el de un adulto. Nos interesa primordialmente conocer la opinión pública sobre ésta materia.

En un primer paso, podríamos plantearnos si un niño de 14 o 15 años matase a alguien, o cometiere algún delito o crimen tipificado en las normativas correspondientes, ¿debiere quedar impune?, por un lado es fácil argumentar que un menor de edad goza de una bondad que no puede ser desconocida pero no debemos olvidar que un gran número de delitos hoy por hoy son cometidos efectivamente por menores de edad, por lo cual cobra sentido la pregunta de si aquellos debieran ser puestos en libertad o ser conminados a penas específicas, las cuales dicho sea de paso, están planteadas con fines muy diversos a la de los adultos tendientes principalmente a su mejor desarrollo y su crecimiento espiritual y socioeducativo.

Para esclarecer todas éstas dudas y muchas otras, y centrarnos en un tramo final en que podamos ser capaces de crear nuestra propia opinión a raíz del conocimiento sobre la materia, es que presentamos al lector un escrito de 10 capítulos, en los cuales se hará un recorrido por toda la normativa legal de forma de interiorizarnos, antes de formar una opinión, sobre la modificación a la ley de menores y el sistema actual de responsabilidad penal que reconoce como su principal protagonista al adolescente.

10 entonces, serán los capítulos que darán vida a ésta memoria, fundados en todos los aspectos importantes a tener presentes para ver si cobra sentido la hipótesis de que el menor también es sujeto de delito. De todos ellos, englobamos la recopilación de doctrinas, jurisprudencias y normas legales que refieren al tema principal, pero sobre todo, un contenido muy abocado al estudio de la ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de adolescentes por infracciones a la ley penal, casi totalmente guiado por la geografía de la norma y de su sentido y alcance, intentando también dilucidar las razones que tuvo el legislador para la creación de sus artículos. Para un estudio y entendimiento más especializado de lo que precisamos sobre la edad mínima para ser imputado, es imprescindible que la Ley de responsabilidad penal adolescente (en adelante LRPA) sea también abarcada y estudiada por nosotros, pues no podemos imaginar nada más descabellado que dar lugar al estudio de una premisa legal sin atravesar la norma que la contiene.

El primer capítulo, del menor de edad, es una parada obligatoria para comenzar el estudio, completando un estudio sobre los menores de edad como género, y del adolescente como especie, señalando además las distinciones que a nuestro parecer deben hacerse respecto a la calidad de sujetos imputables de unos y otros.

El CAPÍTULO segundo a su vez explora la legislación extranjera, internacional, en países especialmente seleccionados por la legislación similar con la nacional, y relevante además, estudiando las normativas de otros países que versan sobre el menor.

El tercero, ya se sumerge directamente en la ley que establece la edad de 14 años como límite mínimo desde el cual se podrá proceder a su persecución penal al infractor de las leyes, estudiando brevemente su historia y contenido.

Un cuarto capítulo recaba lo pertinente al trámite del discernimiento, que no podía estar ajeno por su derogación expresa por el artículo 63 LRPA cuando otrora fuere un examen de mucha relevancia en el sistema procesal.

Un capítulo quinto versa sobre la detención, particularmente la diferencia entre la de los menores y la de sus pares mayores de edad.

Un sexto capítulo que pretende sostener una mirada al servicio nacional de menores, (en adelante “el SENAME”) y las controversias que lo rodean.

El capítulo séptimo por su parte provoca extenderse a las medidas cautelares personales que contempla especialmente la LRPA y en lo que no, por las demás medidas cautelares personales de los otros cuerpos legales, su aplicación y fundamento, y más particularmente, el estudio y comentario sobre la internación provisoria que según veremos, es un equivalente, guardando las proporciones, de la prisión preventiva de que son objeto los mayores de edad.

En el mismo sentido, el capítulo octavo explora las sanciones aplicables a los menores de edad, intentando catalogarlas o clasificarlas según su gravedad o severidad, y las circunstancias de su sometimiento.

Un capítulo noveno, que reza la última etapa del estudio en que centraremos la mirada en la LRPA, analizando su nuevo procedimiento, en qué sentido éste significa una distinción con respecto al contenido en el código de procedimiento penal (en adelante CPP), y que diferencias hay con él, o qué contenidos de uno son aplicables con el otro, y más aún, si existe un igual o superior respeto a los principios de dicho procedimiento.

Finalmente, ahondada más profundamente la norma que regula la situación de los adolescentes, cerramos la investigación con un análisis final especialmente destinado a tocar la edad mínima para ser imputado, apuntando a un consenso entre distintas personas que voluntariamente aportarán su comentario para entender cuál es hoy por hoy la opinión del público sobre la materia. El mismo análisis es un punto de término al estudio, en que serán exploradas todos los capítulos ya vistos y sus contenidos, sumando todo ello en un solo análisis que como dijimos, será protagonizado por la misma gente que compone esta sociedad y en favor de la cual se crea la norma legal de RPA.

Hacemos una cordial y sincera invitación al estudiante o lector curioso con ánimos de extender su comprensión en diversas ramas de conocimiento, para adentrarnos en éste

estudio al cual le hemos dedicado mucho tiempo y echado muchas ganas, pues es un tema que, para su servidor, es el más importante en toda la extensa y profunda legislación nacional, pues, ¿Qué podría ser más importante que nuestros niños y el respeto a sus derechos?, esperando sinceramente que esta memoria sirva, al menos, para generar conciencia y forzar la necesidad de que cada uno de nosotros genere su propia opinión al respecto y veamos por el cuidado y seguridad de nuestras generaciones futuras.

Rodrigo Avello Molina.

CAPÍTULO 1: EL MENOR DE EDAD

“El hombre es bueno por naturaleza, pero la sociedad lo corrompe” – Jean Jacques Rousseau

Lo anterior es una cita no textual del célebre autor Suizo, Jean Jacques Rousseau (1712-1778), desprendida de su libro, Emilio o de la educación, de 1962. Dentro de sus páginas, el autor refleja su idea o visión sobre la educación, y la manera en que el ser humano debe o debiese educarse, proponiendo un sistema de educación donde el hombre³, debe conservar la bondad con la que nace, en un sistema o sociedad corrupta. Para el autor, *“Nacemos débiles, necesitamos ser fuertes, y al nacer, carecemos de todo y se nos debe proteger, nacemos torpes y nos es esencial conseguir la inteligencia. Todo esto de que carecemos al nacer, tan imprescindible en la adolescencia, se nos ha dado por medio de la educación”*⁴. Queda de manifiesto que el autor de “Emilio o de la educación” ve en el niño, una bondad que no encuentra en el adulto, y que su intención es que el menor, pueda de mayor, conservar dicha bondad, luchando contra la sociedad que lo corrompe.

Remitiéndonos a lo anterior, para efectos de ésta investigación resulta propio advertir al lector que el término “menor” o responsabilidad de menores” no solo abarca al adulto joven, de lo cual si se desprende de la ley de responsabilidad penal adolescente, conocida por muchos como responsabilidad penal adolescente. En nuestro caso, la distinción radica en que una es el género de la otra, es decir, un joven- adulto, es un

³ Entendiendo la palabra “hombre” en su sentido literal, como aquella persona del sexo masculino, ya que el autor, tanto por su percepción como también por la época en que vivió, ve en la educación de la mujer el objetivo de satisfacer a los hombres, según expresa en el libro V de su obra “Emilio o de la educación” ya mencionada. No compartimos dicha opinión

⁴ ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Emilio o de la educación*, Editorial Titivillus, , 2005, Libro I, p 12

menor de edad, pero no todo menor de edad es un joven adulto, el género es el menor, y la especie el joven adulto. De esta manera, abarcan también dentro de los menores, a todas aquellas personas de la especie humana, cuya edad sea inferior a los 18 años de edad, o bien, que aún no hayan alcanzado su mayoría de edad en el momento de la comisión de un delito. Por el contrario, los jóvenes adultos, según queda de manifiesto en las leyes penales que versan sobre la materia, son aquellos que aún no han alcanzado los 18 años de edad pero sí los 14 años de edad, por tanto, “Jóvenes”, del tenor literal de “responsabilidad penal adolescente” son todas aquellas personas de la especie humana cuyo rango de edad se encuentra entre los 14 y 18 años.

Sin sumergirnos profundamente en la gran discusión doctrinaria que se maneja respecto a cuándo comienza y termina el rango de edad propuesto por el legislador, no solo en materia penal sino en distintos cuerpos legales, no queda más que hacer una pequeña reflexión sobre el tema sin adentrarnos del todo, y es que en cuanto a cuándo se completa el computo de la edad hay distintas opiniones ya que hay quienes dicen que el legislador quiso decir que a partir de los dieciocho años de edad inmediatamente empieza a regir la ley para adultos, por lo que podríamos entender que desde el minuto en que se cumplen las 00:00 del día en que se hubiesen cumplido doce años desde la fecha de su nacimiento. Mientras que existen otros autores que difieren, fundamentando su opinión en que el legislador ha tenido por bien que el computo de años, sea conforme a su tenor literal, es decir, la expresión “hasta los 18 años” estaría declarando incluyente a los 18 años propiamente tal, o bien, manifestando tácitamente un “18 años inclusive”. En base a ésta otra acepción, estaríamos reconociendo que la edad propuesta por el legislador sería desde los 18 años y un día, ya que los 18 años por sí solos, se encuentran dentro de los márgenes de exclusión de una determinada norma.

Aquí sin embargo, no existe dicha discusión o inseguridad ya que el legislador es claro en presentarnos la solución expresando “mayores de” y “menores de”, como se desprende del artículo 10 numeral 2do del Código Penal Chileno “la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años y mayores de catorce años”. Por lo que no queda más que entender que el legislador ha querido la primera idea que planteamos,

es decir, que desde el momento en que se cumplen los 18 años exactos ya se estaría previniendo lo dispuesto por las leyes para adultos en materia penal. Es por ello que hemos optado por no abarcar más dicha discusión pues sería alejarnos demasiado del tema que nos convoca y que es fruto de nuestra investigación.

Pues bien, ya atendida la distinción que coloca a los “menores de edad” como el género, y aclarando que los menores de edad son todos aquellos menores de 18 años, analizaremos paso a paso las diversas acepciones a tratar.

1. Los menores de edad Propiamente tal

En los tratados y normas internacionales, en particular la convención sobre los derechos del niño del 2 de Septiembre de 1990, entienden por menor de edad al menor de 18 años de edad.

Según un estudio realizado en Chile el año 2012 por iniciativa del estado para obtener, a través de diversos métodos, el número total de personas en una determinada sociedad, con fines de interés público, llamado CENSO, el número total de personas en Chile asciende a la cantidad de 16.634.603 personas.

En abril del año 2013 se denunció la supuesta manipulación de cifras por parte del INE (instituto nacional de estadísticas) en materia del CENSO que se llevó a cabo el 2012, la denuncia tomaba como fundamento distintos puntos, dentro de los cuales se habría supuestamente incluido a las cifras un considerable número de 800.000 mil personas que se presumió que vivían en determinadas viviendas, declarándolas efectivamente censadas. Pero tras varias investigaciones se desacreditó la sospecha y se afirmó que la base de datos del instituto nacional de estadísticas estaba conforme a derecho, por ende, el censo 2012 fue declarado dentro de los marcos normales.

Otros problemas que se suscitaron con el CENSO fueron respecto su metodología, otros estimaron que la extensión en el plazo en que se iba a realizar el censo y los

resultados alejados de lo que se esperaba generaban grandes sospechas y las redes sociales y plataformas electrónicas diversas como también los medios de comunicación expresaron su descontento pues se esperaba que la suma de personas que vivían en Chile, tanto de nacionalidad Chilena y Extranjera, fuera de más de 16 millones, cuando realmente dicha investigación sólo arrojó poco más de 16 millones seiscientos mil personas. A ello también se respondió por parte de una comisión de expertos internacionales quienes recomendaron no repetir el censo, ya que consideraron que los datos fueron efectivamente bien recogidos, y que los métodos utilizados fueron los más óptimos.

Es por esto que hemos decidido darle total credibilidad a los datos estadísticos proporcionados por la plataforma digital del instituto nacional de estadísticas de Chile, en representación del Estado de Chile, esto es, el CENSO del año 2012, que dicho sea de paso, es un sistema que se realiza cada cierto periodo de tiempo y que en ésta oportunidad, sería el último en Chile que ha arrojado datos.

En abril de 2017 se realizará un nuevo censo propuesto por la presidencia de Michelle Bachelet, y se estará a la espera de los resultados para confirmar las premisas aquí planteadas.

Por lo demás, los datos estadísticos actuales en Chile son, y a buena hora, los generados por los expertos en la materia que condujeron de gran manera el CENSO del año 2012 y que pasamos a tomar como referencia.

De las 16.634.603 de personas habitantes en Chile, de acuerdo al porcentaje de viviendas encuestadas, 4.959.037 personas son menores de 19 años de edad. Por ende las personas cuyo rango de edad se encuentra por encima de los 19 años de edad son 11.675.566 personas, lo que a la larga nos indica que un 29.81% de las personas que habitan Chile son menores de 19 años de edad.

No deja de ser cierto que los 19 años de edad por sí solos no constituyen la fuente de nuestra investigación pero no por eso es menos importante su inclusión ya que sirve en gran medida para contextualizarnos en el área actual y en la demografía nacional.

Además que los datos que presentaremos a continuación, sin duda serán de mayor utilidad.

Continuando con los datos estadísticos, 3.588.723 personas son menores de 14 años de edad, o bien, que fluctúan entre los 0 y 14 años de edad. Aquí no hay margen de discusión, ya que se encuentra completamente adentrado dentro de los márgenes que proponemos para el estudio, ya que la propia ley 20.084 recoge que son los mayores de 14 años quienes deben responder en virtud de ella.

Otro estudio anterior, coordinado también por el instituto nacional de estadísticas, del año 2010, titulado “compendio demográfico” reflejó que para entonces, el número de personas en Chile era de 17.094.275, y que de ellos, 4.699.462 personas eran menores de 18 años de edad. Aquí si podemos apreciar que el estudio correspondiente hace la distinción entre los mayores y menores de 18 años de edad, y que en cierto modo, no se aleja del todo de los resultados que dos años más tarde se plantearían en el CENSO de 2012.

Como vimos, son claros los datos en afirmar que los menores de edad representan un porcentaje mínimo de la población, y que, claro está, son aún más pocos quienes se encuentran dentro del rango de los 0 y 14 años de edad.

Resulta aquí prudente recordar al lector que éstos datos recogidos contrastan con lo dicho anteriormente sobre el problema existente en la posibilidad de analizar el tenor literal de la ley, en materia de distinción de edad, cuando hicimos mención a los 18 años de edad, contados desde que se cumplen, o bien, si es que éstos como tal deben ser excluidos del tipo penal por estar “inclusive y por tanto contados desde que se sobrepasan (18 años y un día). Aquí, nos encontramos con otro punto, y es que los márgenes utilizados para el estudio demográfico fueron por los rangos de edad de la siguiente manera: 0 años a 4 años, 5 años a 9 años, 10 años a 14 y 15 años a 19 años. Por tanto lo dicho anteriormente no resulta práctico aquí ya que difícilmente podríamos encontrar un resultado que nos favorezca pues es claro que entre los 0 y los 14 años de edad planteados, nos encontramos con que esos 14 años de edad incluyen indirectamente unos “14 años y 364 días” hasta antes de llegar al siguiente elemento

de investigación que son los 15 años hacia los 19, y que esos 19 años de edad, que ya antes no coincidían con nuestras pretensiones, abarcan también un margen hasta antes de llegar a los 20 años. Inequívoco es, que aquellos interesados que realizaron el estudio demográfico del año 2012, lo hicieron en base a la edad de cada individuo, según el conocimiento público, es decir, el clásico “¿Cuántos años tienes?” sin profundizar en el momento en que se llega a esa edad. Resulta también libre de toda duda que no se tomaron en cuenta los intereses de carácter jurídico para llevar a cabo el proceso del estado, ya que para ese entonces la ley de responsabilidad penal adolescente ya se encontraba vigente, y los rangos de edad en ella planteados eran de los 14 años de edad hacia adelante, por lo que hubiera sido altamente provechoso que éste examen poblacional se hubiera realizado teniendo en consideración ese importante factor de manera de presentar de mejor manera la diferencia existente entre aquellas personas que pueden ser sujetos de responsabilidad penal adolescente y quienes no. Más cómodo entonces, para nosotros, hubiese sido que los rangos de edad fueran de entre 0 a 13 años, así, y de 14 a 19, o mejor aún, de 14 a 17, ya que éstos dos cálculos, 13 y 17, reflejarían indudablemente un tácito “menor de 14 y menor de 18”, más lamentablemente no fue el caso.

Es por eso que, si bien no es el más actual, nos remitiremos a lo contemplado en el compendio demográfico del año 2010 del INE, ya que sirve de mejor manera para reflejar nuestras conclusiones que son simplemente un análisis y no un intento de dar un resultado concreto.

4.699.462 son entonces, las personas menores de 18 años que para el año 2010 habitaban en el territorio nacional, de un total de más de 17 millones, por tanto son menores de edad, en Chile, por lo tanto, aproximadamente el 27.48% de la población total de Chile.

Esto es de gran importancia ya que sirve de presupuesto básico para entender en qué medida la ley resuelve distintas cuestiones de carácter legal, tanto prohibitivo, como permisivo, sancionador, restrictivo, etc..., por ejemplo, resulta importante que tan solo el 27.48% de la sociedad Chilena pueda casarse sin el consentimiento o autorización

de sus padres, o bien, celebrar actos o contratos, a ello basta hacer alusión a las reglas en materia civil sobre incapacidad absoluta y relativa y la capacidad plena. En materia penal sin embargo, las distinciones son pocas, ya que para todo evento los menores de 14 años son incapaces pero respecto de los mayores de 14 y menores de 18 hay ciertas distinciones, ya que en materia correccional de los tribunales de familia se aplican entre los 14 y 16 años y en cuanto a las faltas expresamente enunciadas en la ley 20.084 se regirá por la ley de tribunales de familia entre los 16 y 18 años mientras que las demás faltas, simples delitos o crímenes serán reglados por el procedimiento penal adolescente en el rango de edad de 14 a 18 años, y para comparecer en juicios penales, desde los 14 años de edad.

En cuanto a la posibilidad para proceder criminalmente contra un menor de edad, no se requiere intervención de sus representantes legales, y en cuanto a los testigos en materia penal y juicios orales en lo penales no existirán inhabilidades para ser testigos.

Del mismo modo, podemos hacer varias otras distinciones en materia legal en los casos en que el legislador contempló como limitación o prohibición, el no haber cumplido una cierta edad. En materia civil, por ejemplo, se entiende una distinta graduación de edad que se expresa de la siguiente manera, y que sigue ampliamente por el ordenamiento jurídico vigente:

TABLA DE GRADUACIÓN DE EDADES EN MATERIA CIVIL				
	INFANTE	IMPUBER	MENOR ADULTO	ADULTO
Hombre	Menores 7 años	7 a 12 Años	12 a 18 años	18 años
Mujer	Menores 7 años	7 a 14 Años	14 a 18 años	18 años

Respecto a lo último, hay que hacer una distinción:

INCAPACIDAD RELATIVA	INCAPACIDAD ABSOLUTA	PLENA CAPACIDAD
INFANTE E IMPUBER	MENOR ADULTO	ADULTO
0 A 12 (varón) o 14(dama)	12 a 18 varón, 14 a 18 dama	18 años en adelante

Respecto a las incapacidades relativas y absolutas, sus consecuencias, sanciones, y sus diversos efectos, hemos optado por no profundizar, toda vez que no se presentan en nuestro estudio.

1.1. Menores de edad en diversas ciencias jurídicas

Respecto a la tabla anterior, analizaremos adecuadamente ciertas materias en que, como ya dijimos, el legislador distinguió, en relación a la edad del individuo

1.1.1. En materia Civil, por ejemplo, la administración de bienes del peculio profesional del menor, de ciertos bienes pupilares, de bienes adquiridos por donación, herencia o legado, de la disposición de bienes en testamento, o de reconocimiento de un hijo le son prohibidas a los infantes e impúberes, pero permitidas a los menores adultos. La responsabilidad extracontractual a partir de los 7 años si se prueba el discernimiento (el cual para éste caso sigue vigente, a diferencia de, según veremos, con la ley de responsabilidad penal adolescente) y si no hubo discernimiento, desde los 16 años, es decir, rango intermedio de los menores adultos.

1.1.2. La materia de Familia, contraer matrimonio solo involucra a los menores adultos mayores de 16 años siempre y cuando éstos hayan obtenido la autorización de sus padres, sin perjuicio de que esto no constituye un impedimento del matrimonio sino que trae aparejada una sanción distinta

por lo tanto no es en efecto una prohibición del legislador. La importancia radica, sin embargo, en que los menores adultos menores de 16 años de edad no podrán contraer bajo ningún caso el matrimonio, aún con expresa autorización de sus padres o la persona a su cargo, lo cual sí pretende ser una prohibición. Respecto al peculio profesional de la mujer contemplado en el artículo 150 del Código Civil Chileno, esto es, el patrimonio reservado de la mujer casada bajo régimen patrimonial matrimonial de sociedad conyugal, puede ser administrado por un adulto mayor, claro está, de sexo femenino. La nulidad del matrimonio y la acción de divorcio puede ser entablada por un menor adulto mayor de 16 años por sí mismo o válidamente representado. Para dar su consentimiento sobre ser adoptado, en los procesos de adopción, requerirá ser menor adulto.

- 1.1.3. En materia Laboral: La capacidad plena para contraer un vínculo contractual será desde los 18 años de edad, es decir, sólo un adulto, así lo dispone el capítulo segundo del libro I del código del trabajo, (artículos 13 a 18 CT) sin embargo los menores adultos mayores de 15 años de edad, válidamente autorizados mediante documento privado extendido ante notario público podrán trabajar siempre y cuando sean trabajos ligeros y que no entorpezcan la asistencia a establecimientos educacionales. Respecto a los menores de 15 años de edad, existen ciertos casos en los cuales pueden ejercer labores, siempre que se encuentren autorizados y con diversos requisitos en materia de representación, horarios de trabajo, cuidados, y administración de sus remuneraciones, como es el caso de los pequeños actores, de teatro, cine, radio, televisión, circo, o cualquier otro trabajo similar.

Existen sin embargo trabajos expresamente prohibidos para ser realizados por menores adultos, impúberes o infantes, como lo son los que requieran fuerzas excesivas o actividades peligrosas para su salud, seguridad o moralidad, como por ejemplo trabajos en construcción o de contenido sexual explícito, como películas o establecimientos “cafés con piernas”, entre otro. De igual modo, no podrán trabajar en cabarets y

establecimientos similares en que se presenten espectáculos en vivo o que se expendan bebidas alcohólicas, salvo que se cumpla con una serie de requisitos y que se tenga la autorización de los padres o representantes y aún, la de un juez de familia. Finalmente, no podrán realizar trabajos nocturnos, entre las 22:00 y las 07:00 en establecimientos industriales y comerciales.

- 1.1.4. En materia de Salud: Respecto al consentimiento informado y confidencialidad de los pacientes para diversas intervenciones o tratamientos médicos, requerirá alcanzar la adultez. En cuanto a los derechos sexuales, con su consentimiento válido a partir de los 14 años de edad, y respecto a la salud reproductiva los menores de 18 y mayores de 14 años podrán acceder libremente a los métodos anticonceptivos como pastillas, preservativos, entre otros, asimismo, los menores de 14 años podrán hacerlo pero válidamente representados.
- 1.1.5. Capacidad Ley de Alcoholes: El expendio, venta, suministro, o consumo de bebidas alcohólicas está permitido sólo para los adultos. El ingreso a establecimientos donde se produzca la venta o consumo de alcohol está prohibido sin perjuicio de la existencia de ciertos establecimientos “discotecas” creadas especialmente para el ingreso y recreo de jóvenes, siempre y cuando hayan alcanzado los 16 años de edad. Dichos establecimientos deben funcionar con la expresa supervigilancia de la municipalidad donde se encuentren, y con la prohibición de vender alcoholes o presentar contenido de connotación sexual en su interior. Respecto a la venta de alcohol se restringe el acceso a patentes comerciales de bebidas alcohólicas a establecimientos ubicados a menos de cien metros de centros de educación como jardines infantiles, colegios, liceos, institutos, o cualquier otro que albergue la educación de menores de edad. Como también la prohibición de vender alcohol dentro de los

establecimientos educacionales, o de permitir el ingreso de menores a bares, cabarets, tabernas, cantinas o discotecas de mayores de edad.⁵

Existen otras tantas exclusiones para los menores de edad como el caso señalado en el artículo 356 del código Penal Chileno, respecto del abandono de niños y la no presentación de un menor de 10 años por la persona que lo tiene a su cargo, o que respecto de la misma edad se le indujere a abandonar el hogar común, agregando GARRIDO MONTT que desde dicha edad se tiene la facultad para poder decidir respecto al padre o madre o sobre su cuidado personal⁶ el trato respecto de los menores de edad para procedimientos en que figuren como testigos de acuerdo a las normas del nuevo código procesal penal, o por otras normas no necesariamente ligadas a la tipicidad de los cuerpos legales expresados anteriormente, como el ingreso a tiendas sex shop, o a eventos deportivos específicos como de destrucción de autos, o bien, a ramas específicas del ejército, sitios webs de contenido sexual, ingreso a tiendas de armas, manipulación de fondos municipales, calificación de cines, entre otros.

En general, ser menor de edad en Chile constituye en muchos casos una gran discriminación con respecto a sus pares mayores de edad, discriminación que, se ve en mayor medida reflejada, entre aquellas personas cuya diferencia de edad es de meses, semanas o hasta días, y que entre dos con días de diferencia podrá acceder a algún lugar o realizar alguna actividad mientras el otro no, segregado y obligado simplemente a mirar. En virtud del artículo 1 de la Constitución Política de la república todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derecho, y es claro que aquí se invierte ese principio básico del derecho chileno toda vez que aquí, ambos sujetos no están en igualdad de dignidad y derechos, pero esto, claro, dista de ser discriminatorio, ya que éstas normas están al servicio y en beneficio de la nación toda.

⁵ Fuente: Plataforma digital del centro de estudios de investigación privados, “Libertad y desarrollo” con su Artículo “Menores en Chile: ¿Cuándo son o no capaces?” Puesto a disposición del público el año 2012.

⁶ GARRIDO MOTT, MARIO, *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*, editorial Jurídica de Chile, 1998, pp 247 y sig.

Sin embargo no en todos los casos se aprecia de tal manera el beneficio que genera a la sociedad la distinción de edades. Hay veces, por el contrario, en que dicha diferencia genera un grave conflicto de opiniones y que separa dos grupos de personas con su propia voz sobre el tema. Hay veces en que cuando un estado toma la decisión de crear grupos que se “salven” de recibir una sanción, amonestación o incluso privación de libertad, simplemente por efecto de una cualidad inherente de la cual no se puede decidir, cual es la edad. En el mismo ejemplo anterior, si entre dos personas con semanas de diferencia en cuanto a su edad, que cometieren el mismo delito, una de ellas recibiera una pena privativa o restrictiva de libertad mientras la otra quedaría impune o al menos recibiría una medida de protección que a todas luces, es mucho menos severa, que la de su par que se encuentra privado de libertad. Hablamos claramente de la distinción entre los menores de edad y sus pares adultos, de lo cual, profundizaremos más adelante.

1.2. Los menores desde el punto de vista de la psicología

No podemos dejar de reconocer la indiscutible diferencia en cuanto a madurez entre un adulto y un niño, por lo que mucho menos podemos hacerlo entre un niño de 14 años con uno de 17. En el mismo sentido sería más fácil apreciar una similitud entre un menor de 17 con un adulto de 19, pero no entre éste último con uno de 14.

El escenario anterior no es ajeno a la realidad actual del ser humano, y así lo ha planteado también el campo de la psicología chilena y del mundo, pues muchos estudios acreditan que si bien los menores mayores de 14 años tienen los valores morales y legales como la capacidad para orientar su comportamiento⁷ no tienen un conocimiento o capacidad del mismo modo que lo tienen los adultos, así lo entienden COUSO y DUCE al analizar una serie de estudios del ámbito psicológico que permiten

⁷ Barry C Feld, *Bad Kids: Race and the transformation of the juvenile Court, 1999, Estados Unidos, pp 307.*

apreciar que los adolescentes cuentan con capacidades cognitivas suficientes para tomar decisiones de cierta complejidad⁸ pero aún así, menor capacidad cognitiva para entender o razonar, o bien, menor capacidad de juicio y autocontrol ya que por su poca experiencia carecen de la posibilidad de calcular los costos o beneficios o las consecuencias de su actuar, sobre todo a largo plazo, por lo que dirigen más al riesgo y en particular por que, por su escaso desarrollo mental, son más influenciables y susceptibles de tener como modelos de comportamiento a otros jóvenes, lo cual podría ser positivo o negativo dependiendo de la circunstancia y que en la actualidad Chilena, en materia de sanciones privativas de libertad, constituye un punto para el lado negativo en cuanto a que los menores, al ser altamente influenciables, resguardan sus decisiones en los comportamientos de sus compañeros más experimentados, quienes a su vez, no lo son tanto y que en el comportamiento delictivo, dicha influencia tiene dos medios a considerar, el primero, la tendencia a la comparación social, y de conformidad social o bien, por su deseo de adquirir la aprobación de otros⁹.

Visto desde otro punto de vista, Loreto Ditzel, socióloga, jefa del departamento de protección de derechos SENAME (Noviembre de 2003) argumentaba en el seminario internacional sobre prevención del consumo de drogas en niños y adolescentes en situación de calle, que las características delictuales pasan por una marginalidad de los adolescentes a raíz de su situación dentro de la sociedad. La marginalidad comprendida como la situación en que se encuentran personas que han sido vulneradas en sus derechos y que el estado tiene la obligación de brindar las garantías mínimas para su integración social¹⁰, en el mismo seminario Jorge Barudy, Siquiatra y sicoterapeuta familia, profesor de la universidad autónoma de Barcelona, reconoce que los menores, justifican su actuar por los malos tratos, en particular los niños en situación de calle que son politraumatizados, que viven en el dolor y el estrés.

⁸ COUSO Salas, Jaime y DUCE Julio, Mauricio, *Juzgamiento Penal de adolescentes*, LOM ediciones, colección derecho en democracia, Chile 2013, pp 29

⁹ *Ibid*, p 31.

¹⁰ CONACE, *Abriendo Calles, prevención del consumo de drogas en niños, niñas y adolescentes en situación de calle*, Seminario Internacional, 18 al 20 de Noviembre de 2003, Diseño "ocho libros" editores, p 40.

La falta de amor y de un núcleo familiar estable destruye su estructura social, psicológica y biológica¹¹. Otra opinión es la de Fanny Pollarolo, Siquiatra de CONACE que señalaba que los menores actúan por un instinto de sobrevivencia, para adquirir una identidad valorada por sus pares deben actuar como lo hacen pues es en el actuar violento donde encuentran la valoración de su identidad¹². Si uno no pelea, se le pierde el respeto, lo mismo si peleas y no ganas, si eres el único que no fuma, o si no formas parte de ese grupo que sale a robar o a destruir lugares privados o públicos, puede resultar en una estigmatización y discriminación por parte de los demás jóvenes. Para muchos expertos las conductas delictuales son un mero proceso para forjar una reputación, un esfuerzo por encontrar una identidad que guste al resto, que imponga respeto, y que a la larga te proteja, del mismo modo ocurre con la violencia, la cual se manifiesta para evitar los abusos por parte de terceros o la discriminación. Todo ello sumado a la rabia y la pérdida de la fe en sus futuros es lo que transforma a los adolescentes en delincuentes, quienes pasan de crear una apariencia comprendida como su derecho a la honra, y que la adoptan de tal manera que se convierte en su única personalidad, forjada a partir de un conflicto interno y de la vida dura que han tenido que pasar.

Muchos profesionales en la materia están de acuerdo, además, que la conducta delictual de los adolescentes no es exclusiva de aquellos en situación de calle, pues se pueden apreciar un sin número de situaciones donde adolescentes con buena situación económica y poder adquisitivo, de la mano con un núcleo familiar generalmente estable, reaccionan con violencia o delinquen para imponerse contra un sistema o como expresión de una falta de amor, una ira o un dolor, o simplemente, por los motivos ya mencionados, para forjar una identidad que guste a otros.

En resumen la adolescencia cierra un ciclo en el cual las personas organizan y definen fundamentalmente su personalidad y conducta quedando en condiciones de asumir los

¹¹ *Íbid*, p. 86

¹² *Íbid*. P. 90

roles, tareas y responsabilidades del adulto¹³, por lo que es una etapa de sumo trascendente para el desarrollo cognitivo del menor, lleno de estrés y cambios tanto a nivel biológico de sí mismos como en su entorno, el trato que la gente les da, menos paciente con sus errores y más exigente en todos los sentidos.

Esto nos ayuda a comprender si efectivamente la edad mínima para ser imputado debe ser los 14 años, a sabiendas que, según lo visto, a esa edad aún no se logra un proceso cognitivo igual al de los adultos, pero que de todos modos no está ausente, y no prohíbe al menor conocer el ilícito de su actuar, sino sólo nublar su razonamiento en atención a las consecuencias futuras que podría ello traer. Asimismo, si entendemos que un adolescente de 14 años ya sabe “discernir” entre el bien y el mal, que en nuestra opinión es una capacidad inherente en cualquier ser humano sin importar la edad, no será menos cierto que podrá conocer los efectos negativos que su conducta traer aparejada, y que, según pudimos apreciar recientemente, los actos violentos o delictivos no son producto de la ignorancia de la ley o ignorancia en el actuar, o la dificultad para comprender los daños que le ocasiona a terceros o su patrimonio, sino que en la gran mayoría de los casos constituye una suerte de reacción a conciencia guiada para satisfacer sus propias pretensiones de estigma y valoración personal o por los demás, de crear una personalidad que le sirva de armadura o bien, para revelarse, pero en ningún caso por simple falta de desarrollo mental.

Si el adolescente actúa, es porque quiere, no porque no sabe lo que hace, o más bien, no por querer, sino simplemente por hacer, para encajar. Desde un punto de vista abstracto de la aplicación de la ley se desprende que el delito está, y no se puede deshacer por la justificación de que el menor tiene un desarrollo cognitivo insuficiente pues aunque el proceso de desarrollo de la capacidad de razonar esté más presente en adolescentes de 17 años y adultos, que de sus pares menores de 16, aún disponen de la capacidad de autocontrol, propia del ser humano, y que ya se encuentra desarrollada.

¹³ Zegers P., Beatriz, *psicología del adolescente, ediciones nueva universidad pontificia universidad católica de Chile, 1980. Chile. P. 99*

La capacidad de autocontrol se ve superada en jerarquía, muchas veces, por las conductas emocionales del menor, que actúa más impulsivamente y menos autodisciplinadamente que los adultos, superados a veces por la necesidad de actuar en grupo por lealtad y por la necesidad de pertenecer a un grupo o ser parte de una comunidad, pero que no convencen a la gama de profesionales de la materia quienes afirman que hay una falta de madurez de los adolescentes. De esto haremos un último comentario al final de la memoria.

2. Los menores inimputables

Los menores de 14 años de edad, es decir, quienes aún no han cumplido los 14 años, son según la ley, inimputables, es decir, que no pueden por tanto ser sujeto de delito.

Con la entrada en vigencia de la ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente se rebajó la edad mínima para poder ser sujeto de delito, o bien, para ser imputable, toda vez que para entonces, la antigua ley de menores 16.618 del 8 de Marzo de 1967 reconocía como sujetos de derecho a aquellos individuos cuya edad fluctuaba entre los 16 y los 18 años de edad.

Para la época en que se discutió la nueva ley de responsabilidad penal adolescente, no quedó ajeno a la discusión el tema sobre resolver que la edad mínima se rebajara de 16 a 14 años de edad, lo cual es ciertamente un cambio importante en el derecho chileno, tanto a nivel legislativo como también a nivel moral, pues resulta difícil aceptar la idea que en una nación donde los principios promovían que el estado velará por la seguridad y cuidado de los menores de edad, estuviera optando por que la solución a los problemas era la rebaja en la edad mínima para ser imputado. Es más un problema de carácter ético pensar que el intento de terminar con el fenómeno de los delitos llevados a cabo por menores de edad, encuentre su fin con el encierro temprano en centros penitenciarios especiales. Del mismo modo, cobraba sentido aquí el temor de que éste sea solo un paso que diera pie a que, con el paso del tiempo, restringiera aún

más los rangos de edad , y que si los resultados no se daban en el corto plazo la solución sería, entonces, bajarlo a 12 años, o a 10, y quizás que seguiría después.

Sin embargo el debate obtuvo su consenso ya que en el entendido de que los jóvenes de entre 14 y 18 años de edad son también sujetos de derecho y están hoy por hoy en pleno desarrollo para una adultez, por lo que su inclusión dentro del rango tenía por objetivo evitar la continua progresión en los delitos cometidos por menores de edad motivados por la idea de su impunidad y que a la larga, al llegar a la edad adulta, ya habría desarrollado toda su capacidad y mentalidad delictual. Del mismo modo, en vista de lo ya mencionado con respecto al trato de los menores de edad en distintas ciencias jurídicas, resulta evidente que los mayores de 14 años son sujetos de derecho y capaces de adquirir derechos y obligaciones en amplias gamas de acciones que pudieren realizar, como lo son por ejemplo ser sujetos activos de responsabilidad extracontractual, o poder adquirir bienes muebles, también poder presentar denuncia ante Carabineros de Chile u otras entidades, poder realizar determinados trabajos, entre otros.

Ya en vigencia la nueva ley, los menores de edad pero mayores de 14 años son capaces de ser imputables, pero no así los menores de esa edad. Todas aquellas personas que al momento de dar principio de ejecución del delito tuvieren menos de 14 años de edad serán inimputables. La amplia mayoría de la doctrina interpreta la voz “dar principio de ejecución” como el momento en el que inicia la realización del ilícito penal, es decir, desde el momento 1, en que el actuar salió del fuero interno del individuo y se puso en ejecución. De esta manera, no cabe duda que en un homicidio, el pensamiento homicida o la decisión de cometer homicidio no significa delito propiamente tal, pero si lo será dar muerte al individuo, lo que tampoco satisface el término “principio de ejecución”, por tanto para éste ejemplo ni el pensamiento homicida ni la muerte significan principio de ejecución ya que tanto uno como el otro podrían darse en espacios temporales totalmente distintos. El homicidio encontrará su principio de ejecución en el momento exacto en que se jala el gatillo para disparar la bala o bien, en el momento en que se toma el arma homicida y se intenta clavar en la víctima, aunque ésta no muera instantáneamente, o bien, cuando se lanza desde lo alto a una persona,

que con el sólo empujón ya reviste las características de homicidio aunque ésta tarde en caer, o aunque con la caída sobreviva y muera poco tiempo después.

Así concuerdan POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ quienes expresan que para los casos de los delitos formales, esto es, los delitos en que la ley se satisface con la indicación de una acción o de una omisión sin que se requiera un resultado determinado, el momento de la comisión será desde que se ejecuta la acción prohibida o que se deja de ejecutar la acción debida, y respecto de los delitos materiales, cuya descripción legal comprende la obtención de un resultado, habrá que atenderse el momento de la acción o la omisión, en cual ella se da principio, sin importar que sea otro el tiempo en que se dé el resultado.

La ley por su parte, en su artículo 3ero reza que ella se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito, sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que para efectos de la ley se consideran adolescentes. Agrega además que si el delito tiene su inicio entre los catorce y los dieciocho años y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad. De aquí se desprende que así como quienes en el tiempo en que se consuma el delito alcancen la edad adulta, también los habrá quienes durante el tiempo de consumación del delito alcanzarán su edad adolescente, y por ende, al igual que en el caso de los adultos, a éstos se le aplicará la ley de responsabilidad penal adolescente.

Que los menores de 14 años de edad, sean inimputables, presenta sin embargo ciertos matices, ya que si bien el Estado no puede tomar medidas de responsabilidad penal sobre ellos, éstos no quedan del todo libres de acciones en su contra. Si un agente diplomático comete un delito en territorio extranjero, su inmunidad diplomática solo evitará su detención en flagrancia pero no lo librará de responsabilidad penal, ya que no existen personas que queden totalmente libres de toda culpa o reproche una vez cometan delitos.

Del mismo modo, resulta cuanto menos obvio que si un menor de 14 años de edad incurriere en un delito consistente en el robo con violencia o intimidación en las

personas, contenido en el artículo 433 del código penal Chileno, no podrá éste irse a su casa con un simple regaño, ni dejarlo fuera del lugar del delito para tomar el próximo bus camino a su casa, ya que su actuar no será menos robo o menos violento que lo sería si lo cometiere una persona plenamente capaz, y es por ello que no podemos sino aceptar que al cometer el acto delictivo, deberá recibir un reproche o al menos se deberá tomar medidas distintas que sirvan como un medio de control que el estado está obligado a manejar, ya que es éste último el que debe velar por el correcto desarrollo y educación de los menores de edad como futuras generaciones de la nación. Para los menores entonces, como no aplicará lo previsto en el código penal, y tampoco lo previsto en la ley de responsabilidad penal adolescente, el legislador prevé otro tipo de medidas de protección especiales para aquellos menores que generen riesgos en la sociedad o que estén yendo por mal camino. De esas medidas de protección, volveremos más adelante.

3. Los Menores imputables

Los menores imputables son todas aquellas personas menores de 18 años pero mayores de 14 años, y que por ende, son capaces de ser sujetos activos de delitos, pero que, a diferencia de los adultos, mayores de 18 años, estos no se rigen por el Código Penal o por otras normas de carácter punitivo sino más bien, por una ley especial destinada para ellos, la cual lleva el nombre de ley de responsabilidad penal adolescente

La ley de responsabilidad penal adolescente vio la luz el 7 de Diciembre del año 2005 y con ella, deroga la antigua ley que regía para los menores de edad que delinquían, y cuyo rango de edad estaba entre los 16 y los 18 años. Para ésta nueva ley la edad mínima para ser sujeto activo de delito son los 14 años.

La propia ley establece en su encabezado que su objetivo es establecer un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, de éste modo,

entendemos que la propia ley pretende hacer sinónimos a los jóvenes, con los adolescentes.

Para el caso de los jóvenes-adultos o bien, adolescentes, se aplicará la ley supletoriamente, en los casos en que el tipo penal de una acción u omisión, esté contemplado en una ley penal, por tanto, se entiende que la ley de responsabilidad adolescente opera cuando ellos adolescentes cometan delitos contemplados en normas para adultos, y que los hechos sancionables son por ende los mismos. No habría en principio problema, puesto que la ley no prevé tipos penales sino un sistema de responsabilidad basándose en los tipos penales contenidos en otras normas legales. Es por tanto un modo de proceder cuando los delitos tipificados para adultos, son realizados por un no-adulto, pero en ningún caso pretende inmunizar o pretender librar de responsabilidad a los menores, de ello reza el artículo 20 de la propia ley, al expresar que las sanciones y consecuencias que la ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de la intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. De aquí también se desprende la finalidad de las penas, un interés socioeducativo para los menores, teniendo en consideración el interés superior del niño y el reconocimiento y respeto de sus derechos.

Aun cuando la ley se aplicará teniendo como guía los tipos penales de otras leyes que regirán para los adultos, existen ciertas excepciones donde no se aplicarán penas o se aplicarán en menor medida de lo que lo harían en una persona adulta, éste es el caso de las faltas, donde solo se sancionarán las faltas cuando sean realizadas por mayores de 16 años y sólo de ciertas faltas, además de tratos distintos en materia de delitos sexuales, ley de drogas, entre otros, según veremos en los próximos capítulos.

A los menores imputables no solo le corresponderán penas distintas, sino también medidas cautelares personales distintas, formas de procedimiento distintos, plazos de prescripción distinto, y otras nuevas formas de proceder distinto de los adultos, todo ello, en virtud del principio del interés superior del adolescente, por lo que todas las autoridades deben tener en consideración los derechos y garantías de éstos

adolescentes que les fueron reconocidos en la constitución política de la república, las leyes y demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Hoy por hoy, podemos apreciar que tan solo en el primer semestre del año 2017 en curso, es decir, de enero a Junio del presente año, 17.790 adolescentes han sido ingresados al ministerio público por la infracción a las leyes penales en base a la LRPA¹⁴.

Vimos recientemente desde qué punto se entiende que el menor es imputable, es decir, desde que da principio de ejecución al delito, siempre y cuando para ese espacio temporal, el menor hubiere alcanzado los 14 años de edad acorde a la nueva legislación Chilena. Sin embargo, resta examinar cuál es el límite máximo desde el cual será imputado, que ya está más que claro que será hasta los 18 años, punto en el cual el menor será susceptible a las leyes penales para adultos y al procedimiento contemplado en el CPP. Pero esto tiene una importante excepción, que responde a la pregunta sobre ¿Qué pasa si al momento de cumplirse una condena, se alcanzara y superara los 18 años de edad?. Para la respuesta a esa interrogante nos encaminamos al artículo 56 de la LRPA como un acierto del legislador para subsanar éste punto y no dejarlo libre a la interpretación.

En efecto, la ley prevé el caso de que en situación de encierro en régimen cerrado o semi cerrado, el adolescente alcanzara la edad adulta, en cuyo caso, según la norma, el adolescente permanecerá sometido a lo prescrito en la ley de responsabilidad penal adolescente hasta cumplir su condena. Sin embargo, aún sometido a la LRPA, cabrá decidir en que calidad deberá quedar privado de libertad el ahora adulto que otrora hubiere sido condenado en virtud de las leyes de adolescentes. Para ello, nuevamente echamos mano al artículo 56 en que se prevé dicha circunstancia advirtiendo que sí

¹⁴ *Tabla n°20 infractores menores de edad ingresados al ministerio público, periodo 01 enero 2017 a 30 junio 2017, dispuesto al público por la boletín estadístico I semestre Enero – Junio de la Fiscalía, Ministerio público de Chile*
www.fiscalíadechile.cl/fiscalía/estadísticas/index.do, título IV, información ley 20.084, responsabilidad penal adolescente, p.55

mientras cumple su condena el adolescente alcanza los 18 años de edad, habrá que distinguir el tiempo que resta para el cumplimiento efectivo de su condena, de tal manera que si aún le restan menos de 6 meses deberá seguir internado en los centros de privación de libertad del SENAME, acompañado del resto de menores de edad sometidos a justicia juvenil, siendo por tanto la excepción a la regla en que los menores no deben ser juntados con mayores en centros de privación. Por el contrario, si para el cumplimiento de su condena restan más de 6 meses, en régimen cerrado, el SENAME será el encargado de evacuar un informe al juez de control de ejecución en que se solicite la permanencia en el centro cerrado en cuestión, o bien, sugiera su traslado a un recinto penitenciario para adultos o administrado por gendarmería¹⁵.

En resumen si se cumple la mayoría de edad se deberá aplicar la ecuación respecto de los años restantes para ver cumplida su condena, con un máximo de 6 meses para dicho propósito por lo, ejemplificando el panorama, adolescente que alcanza los 18 años y cuyo final de su condena no acontecerá hasta dentro de 2 años, claramente deberá ceñirse a la segunda distinción donde será evacuado el informe, el cual debe ser enviado con a lo menos 3 meses de anticipación al cumplimiento de la mayoría de edad y será además comunicado a todos los intervinientes del proceso, Interpretando la norma, no nos queda del todo claro qué ocurrirá en el caso en que, de éste mismo ejemplo, su pena la cumpliera cuando ya tenga 20 años, ya que sería un caso extraordinario en que un menor estuviera en el mismo encierro con un adulto con edad más que suficiente para regirse por el sistema adulto. Entendemos que del tenor literal, lo más cercano a una explicación es el inciso 5 del 56 LRPA para los casos en que el juez ordenare efectivamente su permanencia en el recinto de privación de libertad en régimen cerrado de SENAME, será necesario revisar su situación según se desarrolle el proceso de reinserción.

Con lo que entendemos que para esta ocasión se verá caso a caso y conforme transcurre el procedimiento y su condena. Por otro lado, pese a ello, el inciso final refiere a la necesidad de precaución de los funcionarios del SENAME, gendarmería de

¹⁵ Artículo 56 inciso 3^{ero} LRPA

Chile y demás autoridades competentes, para asegurar la separación de las personas menores de 18 con los mayores y de los adultos sujetos a la LRPA (mayores de edad que alcanzaron su edad adulta mientras cumplían condena en responsabilidad penal adolescente) respecto de los condenados por la ley penal adulta. Lo que significa que adulto que viniera de una pena privativa de libertad conforme a las reglas de la LRPA será separado de los demás adultos que hubieran sido detenidos y encerrados conforme a las reglas para los adultos. Con todo, en todos ellos casos, si se ordenare que quien hubiere alcanzado la mayoría de edad fuera efectivamente llevado a un centro penitenciario, las modalidades de ejecución de dicha condena deberán seguir siendo ejecutadas conforme a lo prescrito en la LRPA, salvo en los casos en que el condenado además de cumplir 18 años, y sea declarado responsable de un delito o incumpla de manera grave el reglamento del centro poniendo en riesgo la vida e integridad física de otras personas, en cuyo caso el SENAME podrá pedir al juez de control competente que se autorice el cumplimiento de aquella condena en un recinto llevado por gendarmería, aunque esto es solamente la excepción a la regla.

4- Situación especial para los delitos sexuales

Sin perjuicio que éste tema particular forma parte de lo que se verá en el capítulo correspondiente a las sanciones, adelantamos desde ya, que respecto a la edad mínima para ser imputado, existe una regla muy particular y que requiere y merece una mención más personalizada sobre el tema.

El artículo 3 de la ley de responsabilidad penal adolescente, que establece los límites de edad para la ley, y que claro está, otorga el título de adolescentes a aquellas personas mayores de 14 años y menores de 18, y que a su vez limita la situación en que los delitos se prolonguen más allá de los 18 años caso en el cual los imputados se regirán por las sanciones para los mayores de edad. Frente a ello, el artículo 4 del mismo cuerpo legal, señala una regla especial para ciertos delitos sexuales sean

cometidos por adolescentes, y cuyo sujeto pasivo o “víctima” sea un menor de 14 años, cual sería el caso de los artículos 362¹⁶, 365¹⁷, 366 bis¹⁸, 366 quáter¹⁹ y 366 quinquies²⁰ del código penal chileno. Para todos éstos casos, no se podrá realizar la persecución penal de los adolescentes que cometan éstos delitos con menores de 14 años cuando la diferencia de edad sea de menos de 2 años, en los casos del artículo 362, y de 3 años respecto de los demás.

Esta regla tiene sin embargo una contra excepción, respecto de los casos en que las conductas descritas en los tipos penales de los artículos ya reseñados, se hayan dado sumadas a las circunstancias de los artículos 361 y 363 del código penal Chileno, caso en el cual, se estaría en presencia, efectivamente, de la comisión del delito.

Lo anterior es de suyo importante, y se analizará en los próximos capítulos pero no es ajeno de la discusión en ésta oportunidad pues aquí la regla sobre la determinación de la edad es muy influyente toda vez que el legislador reconoce la posibilidad de que un adolescente pueda tener relaciones sexuales con un menor de 14 años, siempre y cuando no medie violencia u otra de las causales de la violación propia. Si dicha acción sexual fuera realizada por un mayor de edad, sin importar en que circunstancias se diera, e incluso si hubiera pleno consentimiento y ausencia de cualquier causal de las contempladas en los delitos de violación propia o estupro, aún así sería delito, es decir, aún así habría violación, la ecuación se simplifica pues un mayor de edad, que tiene relaciones con un menor de edad menor de 14, comete violación, sin necesidad de estudiar más a fondo los antecedentes. Retomaremos el tema en breve.

¹⁶ *Que hace mención al acceso carnal por vía bucal, anal o vaginal, a una persona menor de 14 años cuando no concurran las circunstancias de fuerza o intimidación, privación de sentido o incapacidad para oponerse o abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima.*

¹⁷ *Acceso carnal a un menor de 18 años del mismo sexo sin mediar las circunstancias de violación o estupro*

¹⁸ *Sobre la acción sexual distinta del carnal con un menor de 14 años*

¹⁹ *Referente a quien con intención de procurar su excitación sexual propia o ajena, realizare acciones sexuales frente a un menor de 14, o lo hiciere ver material pornográfico o espectáculos de la misma índole, o bien, determinar al menor de 14 a realizar acciones sexuales frente a otro para procurar su excitación*

²⁰ *El que participare en la producción de material pornográfico en donde hubiere participación de menores de 18 años*

CAPÍTULO 2: DERECHO COMPARADO

Presente en la gran mayoría de los países de Latinoamérica y el mundo, se encuentra el debate relativo a la edad para ser considerado imputable. El distinto espectro de relaciones jurídicas entre países vinculados a un mismo fin, como tratados internacionales, convenciones y otros tantos instrumentos celebrados entre estados partes, tampoco queda fuera del conflicto de opiniones. En el presente CAPÍTULO se presentarán los distintos tratos que el derecho internacional le da al límite de edad, y en general, a la responsabilidad de personas menores de edad que realicen acciones u omisiones que pudieran ser objeto de delito.

1- Relaciones internacionales

El derecho internacional, a lo largo del tiempo, ha utilizado la expresión “niños” para referirse al tema, palabra que de por sí tiene un contraste significativo distinto al utilizado por nosotros “menores de edad”. En efecto, la voz “niños” sitúa al lector a atribuirse un cierto grado de responsabilidad sobre el tema, pues un niño es sinónimo de bondad y de inocencia, y está en los adultos guiarlos por el buen camino, en su desarrollo y crecimiento. Daría a pensar que en manos de los adultos estuvo que el futuro de los niños se orientara a otro camino, y que la falta de cuidado produjo dichos resultados.

Al referirse a los “niños”, el derecho internacional abarca a todas aquellas personas que aún no han alcanzado la madurez de edad, que para todos los casos, será el cumplir 18 años. Sin embargo, sin que ello sea del todo excluyente, suele también hacerse la distinción entre niños y adolescentes, en éste último caso, sin expresar un límite de edad en particular, ya que para cada Estado, como podremos apreciar, ha reglado un

límite distinto de edad para cada uno de sus adolescentes. A todos los niños y adolescentes el derecho internacional les tiene asegurado en resguardo de sus derechos, a través de varios instrumentos, dentro de los cuales se encuentran:

1.1. Convención De Los Derechos Del Niño

La convención sobre los derechos del Niño, luego de ser aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en Noviembre de 1989, habría sido ratificada por Chile el 14 de Agosto de 1990, año en que comenzaría a regir.

La convención de los derechos del niño²¹ fue elaborada durante 10 años con las aportaciones presentes de diversas sociedades, culturas y religiones, consta de 54 Artículos en los cuales reconoce derechos a los menores de 18 años orientado a su desarrollo físico, mental y social, su libertad de expresión, modelos de salud, supervivencia y el progreso de la sociedad humana.

Encuentra su razón de ser en virtud de ser necesario para el mundo actual, ya que muchos países, aun teniendo leyes que protegen a los menores, existía desigualdad por lo que la intención es reforzar el reconocimiento de la dignidad humana fundamental de la infancia.

En su Artículo 1ero la convención ratifica lo que veníamos señalando, al rezar que se entenderá por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad.²²

La ley encuentra su equilibrio y su fortaleza en varios principios sobre los cuales se rige. Los principios, son una guía para los juristas, sobre la cual deben subordinarse y respetar, enmarcan desde el punto de vista ético y moral, el buen actuar, el “deber ser” de las disposiciones jurídicas. Para Salvador Mohor, “los principios del derecho son el faro que alumbra el camino del oyente en el mar del ordenamiento jurídico”²³, y no

²¹ UNICEF COMITÉ ESPAÑOL *Convención sobre los derechos del niño*, rax media, 2006, *Op. Cit. pp. 6*

²² UNICEF COMITÉ ESPAÑOL *Convención sobre los derechos del niño*, rax media, 2006 *Op. Cit. Artículo 1.*

²³ Salvador Mohor, *Clase de Derecho Constitucional Universidad Finis Terrae*, 2014

podía estar más en lo cierto pues sin los principios el derecho no sería derecho, estaríamos simplemente en presencia de reglas de conducta, en muchos casos arbitrarias. La convención sobre los derechos del niño contiene expresamente los siguientes principios o derechos:

1.1.1 No discriminación:

El su artículo 2do la CDN se sirve de dar a luz el principio de no discriminación en, primero en su disposición 2.1 por el cual los derechos allí plasmados deben ser respetadas por las jurisdicción del país respectivo, sin distinción sobre su raza, color, sexo, idioma, religión, la opinión política o de otra índole, el origen social, posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales y luego 2.2. en que impera a las partes a tomar las medidas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo en razón de sus creencias, etc.²⁴

En resumen, la convención le brinda la total seguridad a los niños de ser protegidos por el estado sobre el cual encuentran su cobijo, y respecto de ellos, los obliga a promover el respeto a sus derechos sin ningún tipo de discriminación, ni socioeconómico, religioso, moral, étnico o de cualquier otro tipo como también extingue cualquier posibilidad de castigo ilegítimo en virtud de discriminación. Misma disposición nace del artículo 2.1 de las Reglas de Beijing, y la convención americana sobre derechos humanos, llamada también pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 1.1, como también, el Artículo 1ero de la Constitución política de la República Chilena

²⁴ UNICEF COMITÉ ESPAÑOL *Convención sobre los derechos del niño, rax media, 2006*
Op. Cit. Artículo 2

1.1.2: Interés superior del niño:

El interés primordial del estado será el interés superior del niño, así lo refleja en su Artículo 3.1 la convención al mandar que todas las medidas que versen sobre asuntos en que los niños estén involucrados, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas u órganos legislativos una consideración primordial que se atenderá el interés del niño por sobre cualquier otra cosa. Siguiendo con la misma idea el 3.2 da a los estados partes la responsabilidad de comprometerse a asegurar al niño la protección y el cuidado que sea necesario para su bien estar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él (o ella) ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Por su parte el 3.3. manda a hacer cumplir las normas establecidas competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal.²⁵

Aquí, no se presente mucha materia para discutir, ya que es clara la intención del legislador, que el estado realice sus actividades y actúe teniendo como interés primordial los derechos del niño, antes que cualquier otro, y también promover que cualquier otra autoridad también lo haga. Podemos ver un ejemplo, en materia de tribunales de familia, más en particular, en cuanto a la impugnación y reclamación de paternidad, acción deducida por el presunto padre contra quien figura como padre de su supuesto hijo.

Aquí, es evidente que el interés de uno de los padres o del otro entra en conflicto, y claro, está el verdadero padre en todo su derecho de conocer de sus derechos sobre su hijo, como también el derecho a reclamar la paternidad de quien sería su hijo. Pero en éste caso, en virtud del principio del interés superior del niño, el juez debe tomar todas sus decisiones bajo el supuesto de que el interés que debe primar es el del hijo. De esta forma, aunque el

²⁵ *Ídem Artículo 3.*

procedimiento debiese llevarse con total normalidad respecto a las normas del código civil y de la ley 19.968 de tribunales de familia, al momento de emitir su resolución, podrá apreciarse en su fallo, la disposición de haber tenido en consideración el interés superior del niño. Para ejemplificar de mejor manera éste derecho, podemos citar las normas sobre adopción de menores, ya que respecto a ellas, según señala el artículo uno inciso primero de la ley 19.620²⁶ *“La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”* y el artículo 3 de la misma norma *“durante los procedimientos a que se refiere ésta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madures. Si fuere menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción en relación a la posibilidad de ser adoptado”*

1.1.2 Aplicación de sus derechos:

Es obligación del estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la convención, según se desprende del Artículo 4 de la CDN que además dispone que estas medidas deberán ser adoptadas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y en lo posible, si es necesario dentro del marco de la cooperación internacional ²⁷

1.1.3 Deberes de los padres:

La convención vela en el Artículo 5to por que los estados respeten las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o en su caso, de los

²⁶ Ley 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores, publicada en el diario oficial el 05 de agosto del año 1999 modificada por la ley 20.203 que modifica normas relativas al subsidio familiar y la adopción, publicada el 03 de agosto de 2007

²⁷ Ídem Artículo 4.,

miembros de la familia o de la comunidad, según establezca la costumbre local, con el fin de impartirle de acuerdo a la evolución y desarrollo de sus facultades, la dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la CDN ²⁸

1.1.5. Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo:

Los niños tienen derecho a la vida, a que se les garanticen, con todos los medios a su disposición, su supervivencia y su desarrollo.²⁹ Como habíamos mencionado, es de gran importancia que aquí los estados velen por el correcto desarrollo de los niños, y esto se hace por medio del cuidado y de la educación, la cual debe estar siempre pensada por ellos y para ellos. A la vez, cuando cometan ilícitos civiles o penales éstos deben ser reprendidos o castigados en pos de guiarlos por el buen camino y enderezar aquella rama para que no crezca torcida.

1.1.6. Derecho a la identidad

Los niños, acorde a su calidad de tales, tienen el derecho a ser inscritos después de su nacimiento y tendrán derecho a un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. ³⁰

Evidente es, para aquellos que hemos dedicado años de estudio al derecho y las ciencias jurídicas, que tanto el nombre como la nacionalidad son atributos de la personalidad y por ende, inherentes al ser humano, y que, al menos en Chile, no es posible concebir a una persona sin ellos, o sea, no pueden ser desprovistos de su nombre ni de su nacionalidad. Aquí, hay que hacer hincapié en lo siguiente, respecto de uno y respecto del otro hay reglas especiales. Respecto del nombre, éste se refiere al nombre y/o al apellido, es decir, tanto al

²⁸ *Ídem* Artículo 5 .,

²⁹ *Ídem* Artículo 6 .,

³⁰ *Ídem* Artículos 7 y 8 .,

nombre con el cual se le conoce dentro de la familia, como al nombre con que se le conoce dentro de la sociedad.

El hombre no puede ser desprovisto de su nombre, lo que no significa que no pueda cambiarlo, modificarlo, o quitar uno o más de ellos, pero no puede no tener ninguno. Existen por tanto procedimientos civiles voluntarios destinados al cambio de nombre de una persona en orden a lo atendido a la ley 17.334 y demás reglas del código civil Chileno, como también procedimientos contenciosos o no contenciosos, o incluso a través de actos jurídicos, como el testamento, destinados a lo mismo, esto es, la impugnación de paternidad, o el reconocimiento de un hijo, entre otros. Lo que se hace aquí, es cambiar un nombre por otro, cuando éste sea ridículo, contrario al buen lenguaje, las buenas costumbres, que genere confusión respecto al sexo, o que genere un perjuicio a la persona. También existen otros casos, como lo son haber sido conocido por más de 5 años con un nombre distinto, o traducir un nombre que por su nomenclatura distinta sea difícil de pronunciar o escribir según la costumbre Chilena, también para quitar uno o más cuando se tuviera más de uno o proceder a adquirir el nombre de un nuevo padre, entre otros, pero lo importante, es que en cualquiera de los casos anteriores, ninguno permite la pérdida o renuncia del total de los nombres, ya que éstos, son irrenunciables, intransferibles e intransmisibles.

El segundo caso, de la nacionalidad, requiere también de un segundo vistazo. Todo hombre (y todo niño) tiene derecho a una nacionalidad, lo que no significa que sea sólo una nacionalidad, un hombre puede tener más de una nacionalidad, o cambiar la nacionalidad, o perder una siempre y cuando tenga otra, es decir, en ningún caso podrá perder del todo la nacionalidad, por motivos de interés social y político, como también por una razón del respeto a los derechos intrínsecos de las personas, ya que resulta claro que difícilmente una persona podría quedar sin nacionalidad, ya que es el estado quien debe velar por el cuidado de las personas.

Finalmente, respecto al derecho a conocer a sus padres, la CDN ocupa la expresión “en la medida de lo posible” ya que ideal sería que todo niño tuviera uno o dos padres pero existen varios casos en que por diversos motivos los niños pierden totalmente el contacto con sus padres, y son relevados a tutores, curadores, u otros especialistas encargados en el cuidado de los niños. Resulta sin embargo de interés si éste derecho primará por sobre las normas contenidas en la ley de adopción de menores, o si aplicará la jerarquía para los casos en que un niño adoptado, que legítimamente es un hijo con los mismos derechos que uno nacido biológicamente, decida conocer sus orígenes. O bien, para los casos en que se pretende impugnar la paternidad en los casos en que por grave negligencia o descuido del verdadero padre, ya transcurridos más de 5 años desde su ausencia, quisiera “recuperar” a su hijo, bajo el entendido de que tras los 5 años aplicará la causal de posesión notoria de estado civil de hijo respecto de aquella persona que durante su ausencia, lo hubiera reconocido como hijo o cuidado como tal. Para todos esos casos, los derechos del niño primarán frente a todos los demás, ya que como dijimos anteriormente, el estado debe siempre tener, ante todo, el interés superior del niño.

1.1.7.: Cuidar el núcleo familiar

El estado está obligado a velar por que el o los niños no sean separados de los padres en contra de su voluntad, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que la separación es necesaria en el interés superior del niño.³¹

El estado debe velar por que, en caso de entablarse un procedimiento que verse sobre la posibilidad de separar al niño de sus padres, todas las partes interesadas podrán participar y dar a conocer sus opiniones. Si la separación se diera por causas de privación de libertad como, por ejemplo, el encarcelamiento, el estado deberá dar a entender a los niños el paradero o

³¹ *Ídem* Artículo 9.

cualquier información básica para la comunicación con sus padres salvo que pudiera ser perjudicial para el niño.³²

Los estados deben también velar por que, en los casos en que los niños estén en distintos estados de los que se encuentran los padres, sea tomada en consideración toda solicitud del menor o de los padres para salir del país con miras a una reunión familiar, siempre con respeto a normas de interés de seguridad nacional, orden público, salud y moral. Esto también incluye a la necesidad de brindar toda la ayuda para propiciar la comunicación directa y fluida con sus padres.³³

1.1.8. Cuidado ante traslados ilícitos

Los estados partes adoptarán medidas para evitar los traslados ilícitos de niños a el extranjero y la retención de los mismos en el país extranjero. Para ello los estados promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.³⁴ Ejemplo de ello es la obligación de los padres, en caso de trasladarse de un estado a otro, de suscribir un documento privado ante notario público en que uno de los padres autoriza al otro, o bien, que ambos padres autorizan a un menor a salir al extranjero en compañía de una persona de su extrema confianza, con la expresa mención, según manda la corte de apelaciones respectiva, que dicha autorización no autoriza en caso alguno la adopción del menor en el extranjero. Fiel reflejo de la cooperación entre estados es que no se permitirá la salida del menor al extranjero sin la presentación de dicho documento, el cual debe ser presentado oportunamente en el servicio de aduanas o policía de investigaciones. La autorización a que se hace mención, además, tendrá un plazo máximo de 3 meses, mientras que el mismo documento puede también ser suscrito por escritura pública lo que le dará una vigencia más amplia, pero en ambos casos, su ausencia constituirá una prohibición de trasladarse del país sin autorización de los padres.

³² *Ídem Artículo 10.1 .,*

³³ *Ídem Artículo 10.2 .,*

³⁴ *Ídem Artículo 11 .,*

1.1.9. Libertad de opinión y de expresión:

Los niños tienen derecho a generar su propio juicio y de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose en cuenta su opinión en función de su edad y su madurez. Se dará la oportunidad al menor de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño.

³⁵

El niño tendrá además derecho a la libertad de expresión, lo que incluye buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo sin limitaciones, y por cualquier medio. Las únicas limitaciones son las que la ley revea, el derecho a la honra o la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, orden público, salud y moral pública.³⁶ Por último, el niño gozará de derecho a la libertad de pensamiento, y de religión, teniendo por tanto el derecho a profesar cualquier religión o creencia propia.³⁷

1.1.10 Libertad de asociación

Conforme al Artículo 15.1 y 15.2 de la CDN, ésta le reconoce también la libertad de asociación y de reunión pacífica.³⁸ Aquí, la palabra “pacífica” cobra importancia toda vez que aplicando el método *a contrario sensu* la convención limita el derecho o crea restricciones cuando éstas reuniones o asociaciones no sean de carácter pacíficas. Para ello, el derecho que se reconoce al menor tendrá las limitaciones propias que contemplen el interés nacional, orden público, la moral, las buenas costumbres y las libertades fundamentales de los demás

1.1.11 Derecho a la vida privada:

En atención a éste derecho, los niños tienen por reconocidos el respeto a su vida privada. Para darle aún más fuerza a éste derecho, tan importante en la

³⁵ *Ídem Artículo 12 .,*

³⁶ *Ídem Artículo 13 .,*

³⁷ *Ídem Artículo 14 .,*

³⁸ *Ídem Artículo 15 .,*

vida de un niño, la misma disposición incluye, la vida privada de su familia, su domicilio o su correspondencia, debiendo el estado dar resguardo frente a cualquier injerencia arbitraria o ilegal, tanto frente a ello como frente a ataques ilegales a su honra o su reputación.³⁹

1.1.12. Derecho al acceso a la información:

Todo niño tendrá derecho a acceder libremente a la información de fuentes nacionales e internacionales, para promover su bienestar. Con todo, el Artículo 17 de la CDN señala ciertas obligaciones de las que los estados están obligados a cumplir en orden a velar por el interés del niño y el respeto por éste derecho: “alentar a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño”, “promover la cooperación internacional de la producción, intercambio y difusión de información y de esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales. “alentarán la producción y difusión de libros para niños”, “alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena y “promoverá la elaboración de directrices para proteger al niño contra toda información material y perjudicial para su bienestar”⁴⁰. Respecto a éste último punto, podemos afirmar que el Artículo 17 ya mencionado tiene como limitación la información que pueda generarle un perjuicio al menor.

1.1.13. Responsabilidad de los padres

No hace falta ya, a éstas alturas, arrojar luz al lector sobre la forma en cómo debe interpretarse el término “padres”, ya que claro está, que esto no hace distinción sólo a aquellas personas del sexo masculino, sino también, a ambos progenitores o personas que tienen reconocida la filiación respecto de un niño. Como tampoco cabe la duda que “niño” tampoco se cierra al “varón” sino que

³⁹ *Ídem Artículo 16.*

⁴⁰ *Ídem Artículo 17.*

a ambos, por ende, al decir niño, lo que se quiere decir, es “niño o niña”, y al decir padres, queremos decir “padres y madres”.

Lo que sucede, es que la convención internacional pone exclusivo énfasis, en el derecho que tienen los niños, de ser criado por ambos padres, garantizando su desarrollo y el respeto a todos los derechos que en la convención se enumeran⁴¹, y los que no, también, ya que la CDN no es una enumeración taxativa. En el mismo orden, los estados partes, que se hayan adherido a la convención, deberán prestar asistencia a los padres y/o representantes para el desempeño de esas funciones de crianza, y también, velarán por la creación de instituciones y servicios para el cuidado de los niños. No menos importante, resulta de promover que los niños, tengan un lugar de guarda en los casos en que los padres vean la necesidad en trabajar.

1.1.14: Protección contra los malos tratos.

Malos tratos de cualquier tipo, ya sea perjuicio, abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos, explotación, abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres o representantes. No se refiere únicamente a las medidas legales para contra los actores de dichos malos tratos, sino también, y sobre todo, medidas de protección para los niños en sí, a través de ayuda especializada de carácter médico, psicológico, y otras formas de prevención, como remisión a instituciones especiales, investigación, tratamiento y observación. Si ponemos la mira en un caso particular, el de los malos tratos, el estado a través del ministerio público estará encargado de llevar la investigación de aquella o aquellas personas que serían responsables de dichos malos tratos, o en su lugar, los tribunales de familia o cualquier otro órgano legislativo, judicial o administrativo, pero ello no significará el descuido al menor, quien puede haber sufrido graves daños de carácter físico o psicológico, por lo que el estado, debe promover el cuidado del menor,

⁴¹ *Ídem Artículo 18.*

atendiendo a todos los medios a su disposición para la recuperación de éste, y para que en el futuro, no vuelva a pasar por semejante trauma, para ello, nuevamente entra la acción penal para asegurar las medidas de protección necesarias para que el agresor no pueda generarle un perjuicio al niño.⁴²

1.1.15: Protección de niños fuera de la familia.

A Los niños que hayan sido privados de su medio familiar, ya sea por causas propias o bien por efecto de una medida tomada por la autoridad pertinente en pos del interés superior del niño, se les brindará protección y asistencia esencial del estado. Los estados tendrán que propender a colocar al menor, en caso de ser necesario, en hogares de guarda, a persuadir la adopción o bien, a internar en instituciones de protección de menores.⁴³ En el caso de Chile, la institución de cuidado de menores por excelencia, son los centros de SENAME, cuyo trato se dará oportunamente en éste estudio.

1.1.16: Protección del niño en materia de adopción.

La real academia española define la adopción como “*tomar como hijo a alguien que no lo es naturalmente, cumpliendo los requisitos legales establecidos*”⁴⁴

Si el principio del interés superior del niño, de por sí no fuera suficiente para asegurar los derechos del niño y la obligación de los estados de velar primordialmente por ellos, la CDN insiste, además, en hacer un llamado a que en los casos de adopción de menores, se reconozcan o permitan sistemas de adopción que tengan exclusivo cuidado en el interés superior del niño. La

⁴² *Ídem* Artículo 19 .

⁴³ *Ídem* Artículo 20 .

⁴⁴ *Diccionario práctico del estudiante de la Real Academia Española, Santillana Ediciones, , 2007, pp 14*

Convención, nuevamente nos otorga un catálogo de medidas que debe tener en mente el estado parte, para velar por éste refuerzo al principio del interés superior del niño en materia de adopción de menores. Dicho catálogo expresa que los estados cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) velarán por que la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes con arreglo a las leyes y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna y que cuando así se requiera, las personas interesadas, hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento en la adopción, b) reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, cuando no pueda ser colocado en un lugar de guarda o entregado a una familia adoptiva, c) velarán por que el niño que haya sido adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto al país de origen, d) Adoptarán las medidas para garantizar que en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella y e) promoverán los objetivos del presente Artículo (21° CDN) mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán para garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades correspondientes.⁴⁵

1.1.17: Derecho a refugio:

Los estados partes de la convención deberán tomar las medidas adecuadas para lograr que un niño que busque obtener el estatuto de refugiado en su país, o que sea considerado refugiado de acuerdo a la normativa nacional, reciba tanto solo, como acompañado de sus padres o de otra persona, la protección y asistencia humanitaria para que disfrute de los derechos pertinentes que recoge la CDN. Los estados deberán cooperar para poder dar la protección necesaria y

⁴⁵UNICEF COMITÉ ESPAÑOL *Convención sobre los derechos del niño, rax media, 2006 Op. Cit. Artículo 21*

ayudar a todo niño, y a localizar a sus padres u otro miembro de la familia, con el fin de obtener la información necesaria para que reúna con su familia.⁴⁶

1.1.18: Protección en enfermedad y discapacidad:

Los niños impedidos física o mentalmente deben disfrutar de una vida plena, decente, en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse por sí mismos y faciliten la participación en la comunidad. El estado debe asegurar los cuidados especiales y prestarán la asistencia que el niño o quienes estén a su cuidado soliciten, y en dentro de lo posible, de forma gratuita.⁴⁷ Los estados también deberán velar por el cuidado de las enfermedades y la rehabilitación de la salud de los niños, cuidando que ningún niño que privado de éste derecho. Los estados deben velar por adoptar las medidas para reducir la mortalidad infantil, asegurar la prestación de asistencia médica, combatir enfermedades, asegurar atención prenatal y postnatal a las madres, dar a conocer los principios de la salud, la nutrición, la higiene, etc., y desarrollar atención sanitaria preventiva. No podrán realizarse prácticas perjudiciales para la salud del menor. La cooperación internacional será esencial para lograr la plena realización de derecho aquí planteado.⁴⁸ Por último, respecto de éste punto, la CDN reconoce el derecho de los niños internados en establecimientos especiales, para la protección, atención o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido.⁴⁹

⁴⁶ *Ídem Artículo 22 .*

⁴⁷ *Ídem Artículo 23 .*

⁴⁸ *Ídem Artículo 24 .*

⁴⁹ *Ídem Artículo 25 .*

1.1.19: Derecho a la seguridad Social

Los niños tendrán derecho a beneficiarse de la seguridad social, en este sistema, las prestaciones deberán concederse cuando corresponda teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas a su cargo.⁵⁰

1.1.20: Derecho a una calidad de vida y educación dignas:

Los niños tienen derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. La responsabilidad de resguardar éste derecho compete a los padres u otras personas encargadas del cuidado del niño, quienes tienen la necesidad de brindar las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. Los estados partes deberán ayudar a los padres respecto del punto anterior. Los estados partes deben propender especialmente a tomar las medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia de aquellas personas que se encuentran en la obligación de suministrarla.⁵¹ Respecto a la educación, es también deber del estado reconocer el derecho a la educación del niño. Para que éste último derecho pueda ejercerse en igualdad de oportunidades, los estados deberán: a) implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos, b) fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria incluida la general y profesional, implementando dentro de lo posible la enseñanza gratuita, c) hacer la enseñanza superior accesible a todos, d) que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas y e) adoptar las medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. Será necesario que los estados mantengan un orden cuidado que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad del niño, y lucharán por terminar con el analfabetismo y la ignorancia.⁵²

⁵⁰ *Ídem Artículo 26.*

⁵¹ *Ídem Artículo 27.*

⁵² *Ídem Artículo 28.*

La convención de los derechos del niño, advierte, que la educación del niño debe estar encaminada a: desarrollar la personalidad y la capacidad mental hasta el máximo de sus posibilidades, a inculcar al niño el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la carta de la ONU, a inculcar el respeto a sus padres, a preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de paz, tolerancia igualdad de sexo, amistad, e inculcar al niño el respeto al medio ambiente natural.⁵³

1.1.21: Protección de minorías étnicas:

El estado debe velar por, de existir minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o de personas de origen indígena, cuidar de sus derechos, y no negarle profesar su propia cultura o religión, o emplear su propio idioma.⁵⁴

1.1.22: Derecho de recreo:

Los estados reconocen el derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad, y a participar en la cultura y las artes. Velarán por que los niños puedan participar plenamente en la vida cultural y artística propiciando oportunidades en condiciones de igualdad de participar en dicha vida.⁵⁵

1.1.23: Protección frente al trabajo:

La CDN reconoce que el niño debe estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o que pueda entorpecer su educación o nocivo para su salud. Deben los estados partes adoptar las medidas para garantizar la aplicación de éste derecho, y para ello además los estados, teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, deberán: fijar una edad o edades mínimas para trabajar, disponer de reglamentación apropiada de horarios y condiciones

⁵³ *Ídem Artículo 29 .*

⁵⁴ *Ídem Artículo 30 .*

⁵⁵ *Ídem Artículo 31 .*

de trabajo y estipular penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar el respeto a éste derecho.⁵⁶ En Chile, la edad mínima para trabajar es de 18 años por regla general, salvo las excepciones que estipulan los cuerpos legales, como por ejemplo, los menores de 18 años pero mayores de 15 para ejercer trabajos ligeros que no pongan en riesgo su salud ni los conminen a dejar la escuela o entorpezcan su asistencia, como también los menores de dichos 15 años en labores relativas al espectáculo como cine, teatro, televisión, y otros similares.

1.1.24: Protección contra todo tipo de peligro para el menor.

Este punto es bastante amplio debido a la extensión que la convención le da al cuidado de los niños en materia de ser éstos, víctima de cualquier actividad criminal que pudiera significarles un peligro, en los Artículos correspondientes se expresa de sobremanera la intención que tiene la CDN de proteger a los niños en éstos aspectos, manifestando en primer lugar que los estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educaciones para proteger a los niños contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales y evitar que se utilice a los niños como mano de obra en la producción o en el tráfico de dichas sustancias.⁵⁷ Continúa manifestando que se tomarán medidas contra toda forma de explotación o abuso sexual, tomando medidas bilaterales o multilaterales que sean necesarias para impedir la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, o que haya explotación del niño en prostitución u otras prácticas sexuales y la explotación en espectáculos o material pornográfico.⁵⁸ Luego, hace el llamado a tomar las medidas para impedir el secuestro, venta o trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.⁵⁹ Agrega, para darle una extensión aún mayor, que protegerá al menor

⁵⁶ *Ídem Artículo 32*

⁵⁷ *Ídem Artículo 33 .*

⁵⁸ *Ídem Artículo 34 .*

⁵⁹ *Ídem Artículo 35 .*

contra cualquier otra forma de explotación perjudicial para cualquier aspecto del menor.⁶⁰

Enumera las obligaciones de los estados para evitar que los niños sean sometidos a torturas o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, como también a evitar la pena capital o la prisión perpetua, evitar que sean privados de libertad arbitrariamente, y si lo es legítimamente, será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, debiendo ser separado de los adultos y tendrá derecho a mantener contacto con su familia, también tendrá derecho a asistencia jurídica, y a impugnar la legalidad de la privación de libertad.⁶¹ Invoca comprometerse a respetar las normas de derecho internacional humanitario en conflictos armados, evitando que los menores de 15 años no participen en caso alguno en las hostilidades, tampoco podrán reclutar a las fuerzas armadas a menores de 15 años de edad, y si existieran personas de mayor edad, se priorizarán éstos por sobre los que no hayan cumplido aún 18 años, deberán propender a la protección y el cuidado de los niños antes, durante y después de un conflicto armado.⁶² Por último, se adoptarán todas las medidas para la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso de los contemplados en éste punto o de cualquier otra forma de perjuicio para él, Esta recuperación se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto a sí mismo y la dignidad del niño.⁶³

1.1.25: Justicia de menores:

Llegados a éste punto, nos encontramos con el tema de mayor trascendencia para la investigación, la justicia de menores, contenido el Artículo 40 y siguientes de la convención sobre los derechos del niño. No cabe duda, ya a éstas alturas, que el tema fundamental a tratar es el de la responsabilidad de los

⁶⁰ *Ídem Artículo 36 .*

⁶¹ *Ídem Artículo 37 .*

⁶² *Ídem Artículo 38 .*

⁶³ *Ídem Artículo 39 .*

menores en materia penal, y de eso se hace cargo en gran medida, el conjunto de Artículos de que habla la convención. Entonces pues, cabe tratar con mayor firmeza ésta materia, que tanto luce lo que hemos venido diciendo a lo largo de éstas páginas, y es que la convención transmite a los estados partes el deber de reconocer por el derecho de todo niño de que se alegue la comisión de un delito o la responsabilidad en ellos o de haber infringido una ley penal a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros en la que tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad, para ello, los estados, teniendo en cuentas las leyes y otros instrumentos internacionales, deberán velar en particular que no se alegue a niños por comisiones de delitos o responsabilidad penal por acciones u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes penales nacionales o internacionales al momento de la comisión del delito.

De este punto, concuerda además nuestra constitución política de la república en su Artículo 19 numeral 7 de la constitución política de la república cuyo tenor literal expresa que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Queda aquí sentada la base de que la constitución respeta éste derecho tanto para el menor como para cualquier otra persona sin importar su edad además de promover la conocida excepción al principio de irretroactividad de la ley penal chile cuando una anterior sea más beneficiosa para el imputado. Continúa con su mandato a los estados partes la convención, diciendo que a todo niño cuya responsabilidad penal le haya sido alegada o que hubiere infringido las leyes se le deberá garantizar su presunción su presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, que será informado sin demora de los cargos que se le imputan y de que dispondrá de asistencia jurídica gratuita, que la causa será llevada por un juez y procedimiento imparcial y justo, que no será obligado a prestar testimonio o a

declararse culpable, y derecho a participación e interrogatorio en condiciones de igualdad, que en el caso de considerarse que efectivamente se han infringido las leyes penales, toda pena será impuesta por un órgano o autoridad judicial competente, que contará con asistencia gratuita de un intérprete si no habla el idioma y que se respetará su vida privada en todas las fases del procedimiento. No obstante lo anterior, se deberán tomar todas las medidas para promover el establecimiento de leyes, instituciones, establecimientos, para los niños que hayan cometido delitos y en particular el establecimiento de una edad mínima ante la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, que se adopten medidas para tratar a esos niños que no son capaces y que se les de cuidado, orientación, asesoramiento y colocación en hogares de guarda, formación profesional, internación en instituciones.⁶⁴

De ésta manera, la convención alude, en éste último punto, a la edad mínima en la que los menores no serán capaces de acciones u omisiones de carácter infraccional o de delitos, utilizando la frase “edad mínima ante la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad”. La presunción, aquí retratada, no hace más que armonizar el sentido del Artículo, ya que la convención no exige que se verifique la capacidad de infracción, sino que se presume que no la hay, es decir, es una edad mínima en que no habrá necesidad de probar nada, simplemente no podrán ser sujetos activos del delito.

Nótese que la convención llama a los estados partes a establecer una edad mínima, pero no establece por sí sola la edad mínima, lo que da pie a los estados a establecerla conforme a sus propias leyes y a su ordenamiento jurídico y respecto de ellas, modificarlas aumentando o disminuyendo dichos rangos de edad, ya que en ningún caso ésta norma sirve para establecer la edad para todos los países donde se ratificó la convención, es más bien una guía para éste caso.

⁶⁴ *Ídem Artículo 40.*

Sabemos ya, que en Chile la edad mínima para ser capaz en materia penal es de 14 años de edad, y que, en orden a lo atendido recientemente, de esos 14 años hacia abajo, o hacia atrás según se mire, no se podrán establecer penas privativas de libertad u otras sanciones de carácter penal que sí supondrían en un menor de edad pero mayor de 14 o bien, un mayor de 18 años de edad. Pero no deja del todo impune al alma infractora. En efecto, la convención retrata la necesidad de tomar otras medidas tendientes a resguardar la seguridad de la sociedad pero más aún, a darle un cuidado y reconocimiento a los derechos del niño, a promover su desarrollo saludable y su educación, por lo que, en los casos en que cometan delitos, los estados deberán promover que se tomen distintas medidas como internación en hogares de guarda o establecimientos especiales o bien, libertad vigilada y supervisión.

De lo anterior se desprende que la idea general de que los niños menores de 14 años son inimputables, tiene un matiz, ya que aun siendo inimputables, no les resta a ser sujetos de medidas de resguardo por lo que aún en una edad menos avanzada, quedarán libres de todo reproche. De dichos sistemas o medidas como hogares de guarda y demás, se tratará más a detalle en los próximos capítulos.

1.1.26: Publicidad de los derechos

En términos simples, los estados deben dar publicidad o bien dar a conocer los principios de la convención por medios apropiados tanto para los sujetos menores de edad como para sus pares mayores de edad. Es así, que los derechos de los menores consagrados en la convención, en la constitución política de la república y en cualquier otro cuerpo legal nacional o internacional, debe ser público y presentado e instruido de las maneras más

idóneas para dar a conocer a la sociedad todos los derechos que las leyes les reconocen.⁶⁵

En lo que respecta al resto de los Artículos de la convención, tratan más profundamente la organización de la misma, del organismo en sí, del comité, asambleas y demás, su entrada en vigencia, depositario, secretario general, y otros elementos a considerar pero que no se insertan en la presente investigación por entenderse que no se configuran dentro de los derechos del niño de los cuales nos estamos ateniendo.

Como pudimos apreciar, la convención de los derechos del niño alberga una gran cantidad de principios cuyo único fin es el reconocimiento y el respeto de los derechos del niño también contenido ahí mismo. Es el instrumento internacional de mayor importancia en cuanto al trato que los estados le dan a sus menores de edad en las leyes, y que sirve de igual manera en todos los aspectos que se pudieran pensar respecto de ellos, como lo son su respeto por la religión que profesen o por su raza u origen.

1.2. Reglas de Beijing:

Las reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de justicia de menores, mejor conocida como reglas de beijing es un instrumento internacional adoptado por la Asamblea General de la Organización de las naciones unidas en su resolución 40/33 del 28 de Noviembre de 1985 estructurada a través de 6 partes, que son: Primera parte : principios generales, Segunda Parte: Procedimiento e investigación, Tercera parte: De la sentencia o resolución, Cuarta parte: Tratamientos fuera de los establecimientos penitenciarios, Quinta parte: Tratamiento dentro de los establecimientos penitenciarios y Sexta parte: Investigación, planificación, formulación y evaluación de políticas. Las reglas de Beijing, en sus seis partes,

⁶⁵ *Ídem Artículo 41 .*

constan de 30 Artículos Las reglas de beijing deben ser entendidas como incorporadas en nuestra legislación ⁶⁶ y por ende los cuerpos legales Chilenos se rigen sobre la base de éstas reglas y principios que regulan diversas materias sobre el trato de menores. De esto no nos extenderemos demasiado. Ante la pregunta de si efectivamente debiesen tenerse presente en nuestro ordenamiento jurídico las reglas de beijing, el punto trece del preámbulo de las reglas de beijing insta a todos los órganos pertinentes del sistema de las naciones unidas a que colaboren con la secretaría y adopten las medidas necesarias para asegurar un esfuerzo concertado y sostenido dentro de sus respectivas esferas de competencia técnica, para aplicar los principios contenidos en las Reglas de Beijing ⁶⁷

1.3 Las Reglas de Tokio:

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o también llamadas reglas de Tokio, en el mismo modo que las anteriores reglas de Beijing, son resultado de la asamblea general de las naciones unidas, ésta vez, adoptada por dicha asamblea en su resolución 45/110 del 14 de Diciembre de 1990 y tiene como fundamento una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión ⁶⁸. Estas reglas se aplican sin distinción alguna a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia sin discriminación por edad, raza, color, sexo, nacionalidad, idioma, religión, opinión política, patrimonio o cualquier otra condición ⁶⁹

⁶⁶ *Díaz-Muñoz Bagolini Andrea Fabiola, Reglas de Beijing, su aplicación en el marco de las leyes 19.970 y 20.084 Revista de estudios de la justicia, n°19 año 2013*

⁶⁷ *Punto 13, Preámbulo, Reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de justicia de menores, 96a sesión plenaria, 29 de Noviembre de 1985*

⁶⁸ *Reglas mínimas de las naciones unidas sobre las medidas no privativas de libertad, principios Generales, Párrafo 1 punto 1.1. 14 de Diciembre de 1990*

⁶⁹ *Reglas mínimas de las naciones unidas sobre las medidas no privativas de libertad, principios Generales, Artículo 2.1. y 2.2. 14 de Diciembre de 1990*

De lo dicho anteriormente cabe hacer presente que la misma disposición de reglas de Tokio reconoce que ninguna de sus reglas será interpretada de modo que excluya la aplicación de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, de las reglas de Beijing, o de cualquier otro instrumento o norma sobre derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional y que guarden relación con el tratamiento del delincuente y con la protección de sus derechos humanos.⁷⁰

En resumen, queda de manifiesto que las reglas de Tokio, se aplicarán también para los menores de edad en materias sobre medidas no privativas de libertad.

1.4 Reglas de menores privados de libertad

Las reglas de las naciones unidas para la protección de menores privados de libertad, adoptada por la asamblea general en su resolución 45/113 del 14 de Diciembre de 1990 es en parte una sola con las reglas de Tokio. Aquí, en éstas reglas, lo que se busca es plantear principios básicos que los estados partes deben adoptar en atención a los menores de edad privados de libertad, esto es, a modo de ejemplo, evitar que los menores de edad estén detenidos en prisiones y centros junto con adultos, mismo principio se encuentra plasmado en el artículo 5⁷¹ de la convención americana sobre derechos humanos, continuando con la ejemplificación, que la privación de libertad debe ser la última ratio, que se respete los derechos y seguridad de los menores, propendiendo a sólo llegar al encarcelamiento de menores por los procedimientos establecidos en éstas reglas y en las de Beijing, entre otras.

Las reglas ya mencionadas definen al menor de edad como toda persona de menos de 18 años de edad, y continúa diciendo que la edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por la ley⁷².

⁷⁰ Reglas mínimas de las naciones unidas sobre las medidas no privativas de libertad, Cláusula de Salvaguardia Artículo 4.1.

⁷¹ Convención Americana de los derechos humanos “pacto de san José de costa Rica “ artículo 5 n° 5

⁷² Reglas de las naciones unidas para la protección de menores privados de libertad Párrafo II Artículo 11 letra A 14 de Diciembre de 1990

A rasgos generales las reglas de protección de menores privados de libertad sirve como una guía para los estados partes de reconocer los derechos y velar por el cuidado de los niños dentro de los centros de detención, cárceles, prisiones y demás instituciones y luchar por que dentro de ellos se motive su desarrollo y que tengan que estar privados de libertad el menor tiempo posible

1.5. Pacto de San José de Costa Rica:

La Convención Americana sobre derechos humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, es una convención que fue adoptada tras la conferencia especializada interamericana de derechos humanos el 22 de Noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de Julio de 1978. Es la carta de los derechos humanos por excelencia, siendo ya ratificada por veinticinco países quienes se han adherido y dentro de los cuales se encuentra Chile quien lo hizo a través del Decreto 873 de fecha 5 de Enero de 1991 en pleno gobierno del otrora presidente Patricio Aylwin Azocar⁷³ (1918-2016), decreto que se remite a declarar que el 22 de Noviembre de 1969 el gobierno de Chile suscribió en la ciudad de San José de Costa Rica la convención americana sobre derechos humanos.⁷⁴, consta de 82 artículos fraccionados en 10 capítulos más un último capítulo de disposiciones transitorias.

La convención de los derechos humanos aquí planteada, reviste una serie de derechos sobre los cuales todos los estados deben ceñirse y que están estrictamente enfocados en el respeto de toda persona humana.

Respecto a los niños, la convención reconoce expresamente que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del estado⁷⁵, esto último sin perjuicio de que la convención en su totalidad le es aplicable tanto a los adultos como a los niños. Asimismo la

⁷³ *Oficio n°458 cámara del Senado de Chile, de fecha 14 de Agosto de 1990*

⁷⁴ *Decreto 873, Aprueba convención sobre derechos humanos denominada “pacto de San José de Costa Rica”, Biblioteca del congreso nacional de Chile BCN, párrafo I pp 1*

⁷⁵ *Pacto de San José de Costa Rica, Op. Cit transcripción puesta a disposición del público por el Departamento de ética y derechos humanos de la policía de investigaciones de Chile, pp 9 artículo 19*

convención dentro de su lista de derechos le da considerable énfasis en que los menores, si fueren procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados con la mayor celeridad posible para su tratamiento⁷⁶ y que, dicho sea de paso, en el caso de Chile esto no se ha logrado a cabalidad ya que existen numerosos casos en que tanto adultos como niños se encuentran privados de libertad en iguales establecimientos y es un tema importante a trabajar como sociedad toda.

2- Relaciones Nacionales

Sin perjuicio de lo ya mencionado respecto de los países que hayan suscrito instrumentos internacionales en pos de los derechos humanos y de los derechos del niño, cabe considerar la legislación propia de cada país para hacernos una mejor idea sobre el contexto histórico actual que se vive en el mundo de hoy respecto a la edad mínima para ser imputado. Revisaremos una serie de países, particularmente de latino américa, con el fin de plantearnos un mejor análisis sobre el tema en cuestión. Para esto, hemos optado por presentar algunos países de Latinoamérica y centro américa que revisten características similares a la ley Chilena y en general, a su cultura. A continuación, se detallarán los tratos que ciertos países le dan a sus menores y el límite máximo establecido por sus leyes u ordenamientos jurídicos de edad para que se pueda presumir la responsabilidad penal en personas que aún no han alcanzado los 18 años de edad.

2.1. Argentina

En el país vecino hoy por hoy se vive la discusión respecto a la edad mínima para ser imputado, la cual actualmente se concentra en los 16 años de edad. Actualmente se está trabajando activamente para lograr la adecuación de un sistema penal adolescente, y se están realizando acciones de impulso para la aprobación de una ley que reforme la actual ley penal adolescente sustantiva y que entre otras cosas asegure una

⁷⁶ *Ídem*, pp 3 Artículo 5 n° 5

intervención conforme a un derecho penal mínimo, la implementación de un nuevo sistema de justicia, la diversidad de sanciones y la privación de libertad como último recurso.⁷⁷ En Argentina, las finalidades de la reforma son administrar justicia de forma democrática respetando el debido proceso, fomentar la responsabilidad del adolescente que ha cometido una infracción penal, promover su integración social, favorecer la participación de la comunidad en el proceso de inserción social, mediante la oferta de servicios y programas para el cumplimiento de medidas socio-educativas⁷⁸. El comité de derechos del niño, en Argentina, se encuentra en la discusión toda vez que ha considerado que la edad mínima de responsabilidad penal debiese estar entre los 14 y los 16 años⁷⁹.

Sin embargo a día de hoy la discusión no ha tenido un final, puesto que las acciones tendientes a reformar la ley no han dado frutos y aún se mantiene la discusión, frente a la oposición por quienes argumentan que lo importante es avanzar en la aprobación de una ley de justicia penal adolescente que no disminuya la edad de punibilidad y que sea acorde con el corpus iuris de protección de los derechos humanos y no empezar a establecer una edad temprana, por lo que debería mantenerse en 16 años⁸⁰, por lo que por el momento sigue vigente la actual normativa del país trasandino respecto a la edad mínima, consagrado en su código o régimen legal de la minoridad⁸¹

2.2. Perú

En la normativa de nuestro país hermano, el Perú, la edad mínima para ser sujeto de derecho es a partir de los 12 años de edad, ello se desprende de la definición que el “nuevo código de los niños y adolescentes” le da a los niños, definiéndolos como

⁷⁷ *Secretaría de Derechos humanos ministerio de justicia y derechos Humanos, Presidencia de la Nación, “Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos” 1^{era} edición, Octubre de 2011, pp. 27*

⁷⁸ *¿Qué es un sistema penal adolescente?, UNICEF Argentina, Oct. 2012 Op. Cit. P. 1*

⁷⁹ *Ibid. p 2*

⁸⁰ *Diario El Comercial Edición n°5757 de Jueves 04 de Mayo de 2017, artículo periodístico “Ratifican desacuerdo en bajar la edad de imputabilidad de menores” Argentina*

⁸¹ *Ley 22.278 Argentina, Régimen legal de la minoridad*

“todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescentes desde los doce hasta cumplir los dieciocho años”⁸².

Entendemos entonces que para éste país, son los adolescentes los responsables en materia penal, y éstos, se consideran tales a partir de los 12 años de edad. Esta ley consta de 252 artículos y regula a cabalidad todos los temas posibles respecto de los niños, a diferencia de, por ejemplo, Chile, donde los derechos esenciales de los niños están implícitos en las leyes generales para toda persona humana, aquí en cambio, se tratan de manera expresa todos los derechos de los niños, por ejemplo, respecto de la adopción, de la defensoría, sistema de policía, tratos que debe recibir el menor respecto del trabajo, alimentos, régimen de visitas, derechos civiles, deberes y obligaciones, filiación, patria potestad, y otras tantas materias que en nuestra legislación se encontrarían separadas en distintos tipos legales. No es de extrañar, que si queremos acudir a las normas sobre matrimonio de menores en Chile, tendremos que hacerlo en el código Civil Chileno y en la ley de matrimonio Civil⁸³, normas que no están hechas especialmente para niños pero que sus disposiciones se entienden aplicar también a ellos, con ciertas salvedades, a saber, respecto del matrimonio éste debe ser celebrado por una persona mayor de 16 años, por ende, al menor de dicha edad no se le aplicarán dichas normas.

Por otro lado, si quisiéramos ver en Chile materias referentes a la pensión de alimentos, tendremos que remitirnos al Código Civil Chileno y a las leyes 14.908 o 20.152, entre otras. En Perú la cosa pinta de otro color, pues todo lo referente a los niños se encuentra en un solo cuerpo legal y no dividido en distintas normas, y es precisamente ésta norma sobre menores por excelencia, que en su capítulo III del libro IV se manifiesta sobre el adolescente infractor de la ley penal, abarcando en su artículo 183 la definición de adolescente infractor de ley señalando que se entiende por tal a aquél cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o participe de un hecho

⁸² Ley 27.337 PERÚ, ley que aprueba el nuevo código de los niños y adolescentes, Título preliminar artículo 1 p 1

⁸³ Ley 19.947 CHILE, Ley de Matrimonio Civil

punible tipificado como delito o falta en la ley penal.⁸⁴. Nos remitimos a lo anterior respecto de la definición de adolescente por tanto de sobra queda sentado que la ley alude la responsabilidad penal al mayor de 12 años por ser éste, un adolescente para los efectos de la misma.

2.3. Uruguay

Si bien es cierto no tiene ninguna trascendencia, en Uruguay se ha establecido un número impar como edad mínima para ser sujeto de imputabilidad, pues la ley Uruguaya⁸⁵ establece el rango de edad entre los 13 y los 18 años de edad. Ya que para dicha legislación, se entiende por adolescente a los mayores de 13 años y menores de 18 años⁸⁶, mismo argumento se ratifica en el capítulo X del código de la niñez y la adolescencia de Uruguay al tratar el principio de responsabilidad y aclarar que solo se puede ser sometido a proceso especial el adolescente mayor de 13 y menor de 18 años de edad imputado de infracción a la ley penal⁸⁷

2.4. Brasil

La ley en Brasil no es menos estricta que la de Perú, pues para sus nacionales menores de edad también tiene señalada una edad mínima de 12 años para ser imputable, así se establece en el Estatuto de crianza de los adolescentes o “Estatuto da Criaça e do adolescente”⁸⁸, donde en su artículo 2 señala “Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze

⁸⁴ Ley 27.337 PERÚ, ley que aprueba el nuevo código de los niños y adolescentes Título IV Capítulo III Artículo 183 Op. Cit. Pp 37

⁸⁵ Ley 17.823, URUGUAY, Código de la niñez y la adolescencia, publicada en el diario oficial el catorce de septiembre del año 2004 bajo el número 26.586 por el poder legislativo de la republica de Uruguay

⁸⁶ Íbid Artículo 1 ° Inciso 2do

⁸⁷ Íbid Capítulo X, Artículo 74 Letra B)

⁸⁸ Ley 8.069 BRASIL, Estatuto da Criaça e do adolescente, 13 de Julio de 1990, actualizada el 19 de Marzo de 2015

e dezoito anos de edad”⁸⁹, aclarando que se entiende por adolescente a aquella persona entre 12 y 18 años de edad.

2.5. Ecuador

Sumándose a Brasil y Perú, llega Ecuador, país que castiga por hechos punibles a las personas que hayan cometido un delito sancionado por las leyes penales y que se encuentren entre los 12 y los 18 años de edad, así lo señala el código de la Niñez y adolescencia⁹⁰ de Ecuador, en el artículo 4 de dicha ley 100, señala que adolescente es toda persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad. A ellos por tanto, se le aplicarán las leyes penales y las disposiciones de ese código.

2.6. Colombia

El código de la Infancia y la Adolescencia del Colombia reconoce que los menores de 14 años no serán juzgados, declarados responsables penalmente ni privados de la libertad por delitos⁹¹, además, reconoce que los mayores de 14 y 18 años si serán tratados respecto de dicho código salvo aquellas personas que tengan una discapacidad psíquica o mental.

2.7. Costa Rica:

Además de Brasil, Perú y Ecuador, países como Costa Rica⁹² y El Salvador⁹³ en centro américa, también han optado por mantener una edad límite baja, de 12 años de

⁸⁹ Ley 8.069 BRASIL, Estatuto da Criaça e do adolescente, Libro I Título I “disposiciones generales” artículo 2

⁹⁰ Ley 100 ECUADOR Código de la niñez y la adolescencia, publicado por ley número 100 en registro oficial 737 de fecha 03 de Enero de 2003

⁹¹ Código de la infancia y la adolescencia, COLOMBIA, instituto colombiano de bienestar familiar, Imprenta nacional, Bogotá, marzo de 2007

⁹² Ley 7.476 COSTA Rica Ley de Justicia Penal adolescente. Asamblea legislativa de la república de Costa Rica, 30 de Abril de 1996

⁹³ Decreto n°863 EL SALVADOR, Ley penal adolescente 8 de Junio de 1994, Asamblea legislativa de la República de El Salvador

edad, respecto del primero, ha distinguido dos grupos⁹⁴ en atención a la diferencia del proceso, las sanciones su ejecución, de ello, dos grupos maneja la ley, uno, a partir de los 12 años y hasta los 15, y el otro, desde los 15 hasta cumplidos los 18 años de edad. El artículo 6 del mismo cuerpo legal hace un paralelo entre la atención que la ley le da a la penalidad de los mayores y menores de los 12 años, aludiendo a que “los actos cometidos por un menor de 12 años de edad, que constituyan delito o contravención, no serán objeto de ésta ley”⁹⁵, liberando además al menor de responsabilidad civil pero remite si su jurisdicción a los juzgados penales juveniles para que ellos refieran al patronato nacional de la infancia para que se brinde la atención y seguimiento necesarios.

En general podemos apreciar la diferencia entre los distintos ordenamientos en la materia ya planteada, apreciando en cada uno de las normas nacionales de cada país, el límite de edad allí plasmado. No cabe duda entonces, que el panorama para cada país, tiene un fundamento especial de carácter histórico y que comparte, al igual que en Chile, la intención de resguardar el desarrollo del menor.

Más importante aún es apreciar que en los países tratados, el límite de edad es de entre 12 y 14 años de edad, con la sola excepción de Argentina, donde la edad es de 16, sujeta a la incesante discusión sobre su disminución.

En Chile, el tema no está ajeno de discusión, en efecto, aún con la normativa ya vigente, hay quienes debaten la intención de aumentar la edad para ser imputado de los 14 a los 16 o bien a los 18 atendido la bondad del menor y su incapacidad para conocer el injusto de su actuar, pero por el contrario, la gran mayoría de quienes debaten éste tema, toman como fundamento las legislaciones de países como Perú y Brasil para plantear la intención de disminuir a 12 años la edad de responsabilidad penal. No queda más sino argumentar en qué medida podría ser beneficioso eso para los distintos países o hasta qué punto la internación en centros privativos o restrictivos de libertad ha disminuido la delincuencia infantil o mejorado en cierto punto el desarrollo positivo

⁹⁴ ⁹⁴ *Ley 7.476 COSTA Rica Ley de Justicia Penal adolescente. Asamblea legislativa de la república de Costa Rica, Título primero Capítulo I artículo 4 “grupos etarios”*

⁹⁵ *Ídem, artículo 6*

de los menores, tanto a nivel educacional, como social y ético, en particular, en centros del servicio nacional del menor o SENAME.

En deuda dicho análisis, brinda gran ayuda a afrontar el derecho comparado pues marca la cancha con fines de educación a nivel internacional sobre cómo manejar el control de los niños, que son las generaciones futuras de la sociedad y está en los estados la obligación de enderezar su camino.

CAPÍTULO 3: LA LEY

No debemos olvidar que las aguas en las cuales estamos sumergiéndonos parecen alejarse del tema principal de nuestra investigación. Lógico sería pensar que un análisis sobre la edad mínima para ser imputado llevaría solamente a redactar una serie de conjeturas de carácter personal creadas a partir de un razonamiento propio de quien les escribe. Carece de sentido entonces que un análisis sobre la edad mínima para ser imputado revista de tanto recorrido por las normas legales, cuando de esperarse hubiera sido, solamente comentarios y opiniones.

Equivocados estaríamos entonces, pues, ya que el análisis que se presenta en éste viaje por los cuerpos legales sobre la materia y sobre su influencia en el ordenamiento jurídico Chileno y de otros países de Latinoamérica y el mundo, goza de gran importancia para alimentarnos de conocimiento sobre el tema para así el día de mañana poder sacar nuestras propias conclusiones y tener un punto de vista más interiorizado en el tema.

Es claro que quien intenta analizar el complejo tema, tan discutido en el derecho comparado, de la edad mínima para ser sujeto activo en la comisión de un delito, debe apreciar en principio, la norma madre sobre éste nuevo hito del derecho Chileno, y no podemos dejar de contemplar que en gran medida un repaso sobre el tema nos ayudará a solucionar el conflicto resultante del debate sobre la edad mínima. Creemos firmemente que es menester de ésta investigación, introducir al lector a la normativa actual, ya que, un análisis de derecho no puede estar ajeno a dicho marco, a la ley propiamente tal, por lo que, en mérito de ésta introducción, asumimos el total compromiso de ilustrar tanto desde un punto de vista personal, como mediante fundamentos basados en derecho, nuestro análisis sobre la edad mínima para ser imputado.

Dicho lo anterior, nos resulta esencial contextualizar sobre la ley, la que llamamos la ley madre de éste nuevo procedimiento para adolescentes en el derecho penal Chileno, promulgada en Chile, el 28 de Noviembre de 2005, la ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, o “ley de responsabilidad penal adolescente”⁹⁶ que viene a dar un salto histórico a la normativa chilena en materias que no muchos se atreven a enfrentar o debatir, la cuestión referida a los menores de cierta edad que cometan delitos y la posibilidad de ejercer respecto de ellos, medidas disciplinarias que incluyan multas, reparaciones de daños, o privaciones de libertad entre otras sanciones de carácter pecuniario o restrictivos de la libertad ambulatoria. En efecto, la ley de responsabilidad penal adolescente significa el antes y el después de las leyes penales y de los procedimientos en tribunales de menores.

1. Historia de la Ley

Tras modificarse el procedimiento de justicia de menores en Chile con la creación de nuevos tribunales penales y de familia, y de la mano con la reforma procesal penal que comenzaría a regir el año 2000 en algunas regiones del país y hasta 2005 en la región metropolitana, sede de nuestra capital Santiago, se afrontaba un gran cambio y una gran modernización en el sistema penal Chileno. Con la consagración de un nuevo sistema acusatorio que terminaría con el antiguo sistema inquisitivo del anterior proceso penal, sumado a la nueva tri-fuerza del derecho procesal penal en que las funciones de investigar, procesar y sentenciar pasaron a manos de diferentes entes y no quedaron al arbitrio de un juez. Así, se daba lugar entonces al ministerio público⁹⁷, ente que destronaría el en ese entonces sistema inquisitivo y que en su Ley orgánica constitucional, artículo 4 transitorio expresa desde qué momento pasará a ejercer la acción penal pública, dirigir la investigación, proteger a las víctimas y a los testigos, a

⁹⁶ *Ley 20.084 CHILE, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada el 7 de diciembre del mismo año.*

⁹⁷ *Ley 19.640 Ley orgánica constitucional (LOC) del ministerio público, promulgada el 8 de Octubre de 1999 y publicada el 15 de octubre de 1999*

través de un listado en que la región metropolitana de Chile termina de marcar, el 16 de Junio de 2005.

Empieza entonces a tomar lugar el ministerio público como organismo autónomo estatal y jerarquizado, encargado de dirigir exclusivamente la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y en su caso ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley, también, le corresponde la protección de víctimas y testigos⁹⁸.

Del mismo modo, en ésta reforma procesal se crea la figura del fiscal y del defensor, el primero, encargado de la investigación y de llevar ante el juez a imputados que hayan sido señalados como presuntos autores, cómplices o encubridores de delitos. En el proceso, deberá representar activamente a las víctimas, denunciantes o querellantes. El segundo, un funcionario público de dar defensa al imputado en materia penal que no tengan defensor particular⁹⁹

Contemporáneo a ésta modificación al sistema procesal penal de la época, venía discutiéndose la reforma al sistema de justicia de menores, que modificaría o derogarí­a la actual ley 16.618 o Ley de Menores en Chile, realizando cambios substanciales a dicha norma, dentro de los cuales podemos mencionar la disminuci3n de 16 a 14 años de edad de aquellas personas que pueden ser imputados por delitos, adem1s de eliminar el proceso de discernimiento y con un objetivo principal de reinsertar a los j3venes dentro de la sociedad mediante un sistema de programas especializados para dicho fin.

La ley propuesta terminaría adem1s con el sistema binario entre imputabilidad e inimputabilidad de los numerales 2 y 3 del artículo 10 del código penal, y adem1s, sometería a los adolescentes a las garantías del debido proceso existentes con

⁹⁸ *LOC 19.640, ley orgánica constitucional del ministerio público artículo 1º*

⁹⁹ *Biblioteca del Congreso Nacional BCN, Guía legal sobre la reforma procesal penal que reemplazó el procedimiento que venía del siglo XIX. Actualizado al 30 de Enero de 2013*

anterioridad para los adultos¹⁰⁰ tomando como importante referencia la convención de los derechos del niño entre otros instrumentos internacionales.

Previo incluso al anteproyecto de la ley de responsabilidad penal adolescentes, el ministerio de justicia del gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-tagle respecto a un estudio sobre si los adolescentes pueden o tienen la capacidad de responder de culpabilidad del mismo modo que los adultos, intentó sentar base científica a la afirmación de esa semejanza entre adultos y adolescentes, con un análisis de los factores que inciden en el desarrollo cognitivo y moral de los adolescentes en relación a su capacidad de asumir la responsabilidad penal, análisis de gran importancia para la administración de la época¹⁰¹ y como preámbulo para la formulación de los primeros anteproyectos

Dentro del anteproyecto de la ley, (y que luego no formaría parte del texto definitivo) se tendría en especial consideración un catálogo crímenes y delitos taxativos que serían aplicables a los adolescentes, que sería destacablemente inferior al de los adultos, lo que supondría un estudio mucho más complejo sobre la materia en virtud del principio de tipicidad del derecho Chileno, y se pensaba separar las infracciones graves de las no graves.

Como la gran mayoría de las leyes, ésta debe pasar por un complejo proceso, llamado “proceso de formación de la ley” que comienza con una insinuación de parte del poder legislativo comandado por el presidente de la república, en ese entonces Ricardo Lagos Escobar, quien envía el proyecto a la cámara de diputados el 2 de Agosto del año 2002¹⁰² con el mensaje del presidente y el texto preliminar de lo que sería la ley.

¹⁰⁰ HORVITZ Lennon, María Inés, *Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal adolescente y procedimiento aplicable*, revista de estudios de la justicia, n° 7, año 2006 p.97

¹⁰¹ COUSO y DUCE, *Juzgamiento penal de adolescentes*, pie de pagina n° 5, p. 24, véase además, estudio de María Angélica Kotliarenko “estudio psicológico acerca de la edad de responsabilidad penal”, unicef, Chile, 1998

¹⁰² *Mensaje del presidente de la república Ricardo Lagos Escobar con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal*, mensaje n°68-347 del 2 de agosto de 2002

Comenzaría así entonces el trámite constitucional que daría más adelante a luz a la ley de responsabilidad penal adolescente.

El mensaje presidencial, aludía a la justificación de que el gobierno de esa época, se proponía el desafío de la reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y en especial a los principios y directrices contenidos en la constitución política de la república, la CDN y otros instrumentos internacionales en Chile¹⁰³.

Dentro de las consideraciones u observaciones planteadas por las distintas cámaras se encontró la mención al derecho comparado aludiendo a que países como España, en su código penal la mayoría de edad era de 18 años de edad y que exige la responsabilidad penal para los menores de dicha edad se regule en una ley independiente, que sería la ley de responsabilidad penal adolescente de dicho país del año 2000, en Francia, el límite es de 18 años pero no obsta a que haya una excepción respecto de los mayores de 13 y mayores de 18 por ciertos delitos, en Alemania, por su parte, la ley para menores regía entre los 14 y los 18 años de edad, condicionado a su madurez. En Italia, también se plantea una edad mínima de 14 años.¹⁰⁴, además, una serie de observaciones de carácter de forma y fondo que se alejan de nuestro análisis sobre el límite de edad.

Del otro lado, en cuanto a la mención expresa al derecho comparado que versa sobre las materias de responsabilidad de los menores en materia penal, se sostuvo en la discusión de la cámara de diputados, el comentario sobre las situaciones de Estados Unidos, Irlanda del Sur, Liechtenstein, Singapur y suiza, países cuya edad mínima para

¹⁰³ Mensaje del presidente de la república Ricardo Lagos Escobar con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal, mensaje n°68-347 del 2 de agosto de 2002, párrafo II justificación Op. Cit.

¹⁰⁴ Primer Informe comisión de constitución, legislación y justicia, boletín n°3021-07 en sesión 7, legislatura 351, del 8 de Junio de 2004, legislación comparada

ser imputado y sometido a un procedimiento penal es de 7 años, mientras que en Escocia e Irlanda del norte, de 8 años, y Jordania y Malta, de 9 años.¹⁰⁵.

Como vemos hay dos claras posturas en la normativa internacional entre quienes postulan una menor edad como quienes señalan países donde la edad es mayor como límite para su imputabilidad.

Atravesado el proceso de formación de la ley y obtenida la venia de la cámara de diputados, de senadores, se oficia al tribunal constitucional mediante oficio número 5.905 del día 19 de octubre de 2005, por medio de la cámara de diputados, el proyecto de ley, y que el tribunal constitucional aprobara con fecha 11 de Noviembre de 2005 en sesión 60 legislatura 353 pronunciándose de los artículos 29, 50, 53, 51, 62 y 63 letra d y letra f, 65 números 1 al 5, 66, 68 y 69 y del artículo 2° transitorio declarando ser constitucionales, mientras que de los demás no le corresponde al tribunal pronunciarse por no versar sobre materias de ley orgánica constitucional¹⁰⁶.

Finalmente y tras remitirse el trámite desde el TC a la cámara de diputados y luego al presidente de la república, éste promulga y publica la ley en el diario oficial el 07 de Diciembre de 2005.

Su entrada en vigencia se habría previsto para el año 2006, pero esto no fue posible por diversos problemas que requirieron modificaciones que lograran una armonía con la convención internacional de los derechos del niño, por lo que se opta por suspender su entrada en vigencia según consta en la ley 20.110 publicada en el diario oficial el 1 de Junio de 2006. Finalmente, tras las modificaciones introducidas a la ley 20.084 y 20.191¹⁰⁷ es que el año 2007 en pleno gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria entraría en vigencia la ley de responsabilidad penal de adolescentes.

¹⁰⁵ *Diputado Zarko Luksic, citando la obra de RUTTER, GILLER y HAGELL, “la conducta antisocial de los jóvenes” primer trámite constitucional, discusión en la sala de la cámara de diputados, 23 de Junio de 2004, Historia de la ley n°20.084*

¹⁰⁶ *Historia de la ley 20.084, trámite del tribunal constitucional, 11 de Noviembre de 2005*

¹⁰⁷ *Ley 20.191 Chile que modifica la ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad penal para adolescentes por infracciones a la ley penal, promulgada el 1 de Junio de 2007 y modificada el 16 de Junio del mismo año. Sus modificaciones, en particular, se orientan a*

Finalmente en lo que respecta al catálogo taxativo y expreso de crímenes y delito punibles para los adolescentes en atención a su menor desarrollo y la misión de reinserción social, el legislador optó por remitirse a los delitos contemplados en el código penal, haciendo de éste modo punible todo tipo de crímenes o simples delitos que podrían serlo para los adultos¹⁰⁸, con excepción de la mayoría de las faltas, que según veremos, no son punibles por los mismos medios.

2- Diferencias con la antigua ley de Menores.

Cabe hacer mención que en lo relativo a las sanciones, procedimiento, detención, recursos, medidas de protección y demás, se tocarán en forma individual a lo largo de la investigación, por lo que el presente título tocará temas de menor escala, y a rasgos más generales.

En ésta oportunidad resulta oportuno interiorizar al lector respecto a las diferencias substanciales de la antigua ley de menores y la actual ley de responsabilidad penal adolescente

En primer lugar, y aunque suene ya de Perogrullo¹⁰⁹, su principal modificación se encuentra contenida en su disminución de la edad de responsabilidad penal, la cual, en la antigua ley, era de 16 años de edad y que tras la modificación se disminuiría a 14 años de edad,

aclarar la aplicación de las penas contenidas en la primitiva ley 20.084 que sería aplazada en virtud de ley 20.110.

¹⁰⁸ HORVITZ Lennon, María Inés, *Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal adolescente y procedimiento aplicable*, revista de estudios de la justicia, n° 7, año 2006 p.99

¹⁰⁹ “Tan obvio que resulta una tontería o una simpleza decirlo” *Diccionario práctico del estudiante de la Real Academia Española*, Santillana Ediciones, , 2007, pp 535. En general, es una expresión de la lengua latina o española que sirve para expresar que algo es sabido o conocido por todos y por tanto, resulta tonto o innecesario volver a mencionarlo

En efecto, antes de la ley, a los mayores de 16 años y menores de 18 sólo se les aplicaba la ley de adultos, pero siempre y cuando que respecto de ellos, se demostrara que se habría obrado con discernimiento. Respecto de éste último punto, el discernimiento, el legislador a optado por desprender el proceso del discernimiento en el nuevo texto legal.

Otra modificación es que si bien la ley no crea nuevos tribunales, ordena o exige que los tribunales ya existentes se perfeccionen y capaciten en derecho penal adolescente y asimismo ocurre con el ministerio público y la fiscalía y defensoría penal pública.

Otras modificaciones dicen relación con los delitos específicos que se cometen, siendo éstos los mismos que para los adultos con excepción de ciertas faltas que se sancionan para mayores de 16 años e incluso algunas que no tendrán sanción alguna sino solo para los adultos.

Modifica el procedimiento para el esclarecimiento de los hechos y de la responsabilidad como autor, cómplice o encubridor. Modifica asimismo las manera en que los entes investigadores determinan las sanciones que se van a aplicar y la forma en que éstas se ejecutarán.

3- Ámbito de aplicación.

La LRPA se aplica a toda persona de la especie humana que haya alcanzado los 14 años de edad y no haya superado los 18. Así planteado, resulta fuera de dudas el ámbito de aplicación de la ley, sin embargo, resulta necesario hacer ciertas distinciones. En primer lugar, cabe decir que respecto de los delitos en que la ejecución del delito y la comisión del mismo o el resultado buscado no coinciden en un espacio temporal o bien, se encuentran en distintas épocas, existen 2 puntos a considerar, ya que la ley es clara en afirmar que la ley se aplicará a quienes al momento en que se dé principio de ejecución del delito sean mayores de 14 y menores de 18, y que, si se

diera inicio entre los 14 y los 18 pero se consumara o se prolongue más allá de los 18 años de edad se estaría plenamente a lo dispuesto del código penal o bien de la responsabilidad penal adulta¹¹⁰ por lo tanto es claro que si una comete un delito teniendo 17 años pero dicha persona da inicio a la ejecución del hecho por medios materiales o tangibles, alejándose de su fuero interno la maquinación delictual, estando su edad por debajo de los 18 años, pero al momento de consumarse éste, o haber alcanzado el resultado perseguido, hubiere superado el umbral de los 18 años de edad, sería responsable de la misma manera que un adulto, sin importar si el principio de ejecución hubiere sido anterior.

El segundo punto a considerar es respecto del menor de 14 años de edad cuyo delito se prolongue más allá de los 14 años de edad. La ley no solidariza con texto expreso al respecto, como si lo hizo respecto de los mayores de 18. Por lo que la discusión se ha centrado en ese punto y parece tener un consenso en que, si la ejecución del delito comienza cuando una persona tenga menos de 14 años de edad, sería irrelevante que dicho delito se prolongue en el tiempo o que sea alcanzado posterior a los 14 años de edad. La discusión, centrada particularmente en la omisión del legislador de manifestarse respecto a ello, encuentra su fin argumentando que en éstos casos, al mayor de 14 años cuyo delito se hubiere iniciado con anterioridad a dicha edad, no le serán aplicables las disposiciones de la ley de responsabilidad penal adolescente y por ende, sólo podrán aplicárseles, si hubiere lugar, a medidas de protección.¹¹¹ Expresan CORDOBA, RODA Y RODRIGUEZ MOURILLO que el cómputo de la edad se debe realizar momento a momento, así, si un hecho punible se realiza una hora antes de cumplir 18 años, se le debería reconocer la inimputabilidad¹¹² consagrada en el artículo 10 n° 2 del C.P. Chileno.

¹¹⁰ Ley 20.084 ley de responsabilidad penal adolescente Artículo 3° inciso 2do

¹¹¹ Manual sobre a ley de responsabilidad penal adolescente, corporación Opción, Unicef, Santiago de Chile, Marzo de 2009

¹¹² CORDOBA, RODA Y RODRIGUEZ MOURILLO, Comentarios al código Penal Español, Barcelona-Caracas-México, 1976, título I, p. 229

4. Forma o cuerpo de la ley

La LRPA consta de 70 artículos además de otros 4 transitorios divididos en 3 títulos, además de un título preliminar, a saber, Título preliminar, de disposiciones generales; título I de las consecuencias de la declaración de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal; título II del procedimiento y; título III de la ejecución de la sanción y medidas.

CAPÍTULO 4: DISCERNIMIENTO

1- Del discernimiento propiamente tal

Del latín “discernere”, el diccionario de la real academia española define el discernimiento como la capacidad de distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas.¹¹³

Para nosotros, el concepto de discernimiento va más allá, pues distinguir una cosa de la otra limita mucho un elemento de la concepción humana tan amplio como lo es el discernimiento. No conformándonos con el concepto dado por el diccionario sobre el discernimiento, nos resulta propio de la investigación plantearnos qué es para nosotros, qué significa desde nuestro punto de vista éste complejo punto que podía, otrora, suponer la libertad o la prisión de un menor de edad pero mayor de dieciséis años.

No es fácil, en base a un planteamiento lógico, embozar un concepto de discernimiento, ni tampoco lo ha podido hacer satisfactoriamente la escasa doctrina que versa sobre el tema, dejándonos sólo la posibilidad de retratar algunas definiciones encontradas en la literatura contemporánea. En ese contexto, podemos señalar un estudio de PEREZ VICTORIA¹¹⁴ que citando doctrina de la edad media, del derecho longobardo¹¹⁵, si un menor en aquella época mataba a otro, el juez para determinar el discernimiento, debía entregar al menor una manzana y una moneda. En caso de que el

¹¹³ *Diccionario práctico del estudiante de la Real Academia Española, Santillana Ediciones, 2007*

¹¹⁴ *PEREZ VICTORIA, Octavio. El discernimiento como fundamento de la responsabilidad de los meores, Barcelona, 1940, p.119. op cit.*

¹¹⁵ *Derecho en que, dicho sea de paso, existía ya la existencia de un juicio de discernimiento en que era necesario para castigar a un menor, que existiera certeza sobre la conciencia de su mal cometido, elevando a un plano subjetivo la posibilidad de su castigo.*

niño escogiera la moneda, se demostraba su madurez espiritual, caso en el cual el juez debería castigarlo. A contrario sensu, si elegía la manzana, por tanto, se demostraba una suerte de inocencia del menor, una falta de madurez y desarrollo que lo hacía incapaz de recibir castigo por su actuar.

Por su parte, CARRARA, entendía un concepto de discernimiento moral como la capacidad de distinguir lo bueno y lo malo¹¹⁶ argumentando que el resultado de que un menor actúe con discernimiento significará que haya actuado conociendo el mal y las consecuencias de sus actos sin guardar relación con el aspecto volitivo de la acción.

ANTON ONECA, por su parte, en el marco de un discernimiento jurídico, señalare en su obra “derecho penal, parte general” que el discernimiento es “la conciencia de antijuridicidad del acto, es decir, la conciencia de la delictuosidad de la acción como apreciación jurídica.”¹¹⁷ Elevando por tanto el concepto de discernimiento a un nivel mucho más jurista, equiparándolo a la ignorancia de la ley. De ante mano llama la atención éste contexto en atención al tenor del artículo 8 del código civil Chileno, que reza que nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que esta haya entrado en vigencia, consolidándose un marco legal solido en cuanto a la imposibilidad de eximición de responsabilidad a pretexto de la ignorancia de la ley. Existen contados casos en que la jurisprudencia a optado por desistir de condena de responsabilidad a ciertas y determinadas personas en base a una cierta imposibilidad de efectivamente conocer la juridicidad o antijuridicidad de sus actos, pero en ningún caso se aparejan a ésta oportunidad en que lo que convoca es la responsabilidad de los menores que actúan delinquiendo. No conocer la antijuridicidad del acto sería el sinónimo del error de derecho, cuya inexcusabilidad no es absoluta, citando como ejemplos el artículo 2297 del código civil respecto del cuasicontrato del pago de lo no debido, existiendo la facultad de repetir lo pagado argumentando el error de derecho en compañía de la prueba de la buena fe, o el artículo 1683 del mismo cuerpo legal que señala la

¹¹⁶ CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal, parte general, volumen 1*, Temis, Bogotá Colombia, 1988 p 162.

¹¹⁷ ANTON ONECA, José, *Derecho penal, parte general*, 1949, p 284, *op. Cit.*

posibilidad de alegar la nulidad absoluta a excusa del desconocimiento del vicio que invalida un acto o contrato.

En materia penal la cosa se complica más argumentando las teorías del error de tipo y el error de prohibición, principalmente éste último, entendido por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ como el desconocimiento en el sentido jurídico del actuar, y su carácter lícito, o bien, como elemento de la culpabilidad, en que falte en el hecho la comprensión de antijuridicidad de su conducta creyendo el último obrar lícitamente. En efecto, el artículo 340 CPP, regla primordial del proceso penal, que expresa el principio de presunción de inocencia y que señala “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él se hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”, deja más preguntas que respuesta si analizamos la frase “se hubiere correspondido al acusado una participación culpable”, que correlacionándolo con el error de derecho deja entrever la posibilidad de excusabilidad del principio referente a la no ignorancia de la ley.

En términos simples, el error de prohibición inevitable o excusable ha tenido acogida en la jurisprudencia actualmente, en gran medida por el meritorio trabajo del CURY pero que en términos generales requerirá demostrar la falta de capacidad potencial de conocer la prohibición. A su respecto podemos señalar una resolución del 6° tribunal oral en lo penal de Santiago, causa RIT 115 del 24 de Abril del año 2013, en que el tribunal señala:

“el error de prohibición se puede presentar bajo tres modalidades, la primera dice relación con el desconocimiento del mandato jurídico general, esto es, el autor no sabe que existe una norma prohibitiva general y estima que su actuar es jurídicamente indiferente, lo que es llamado error de prohibición abstracto o directo. En segundo lugar se presenta en un error en la inaplicabilidad de la norma, caso en que el autor conoce la existencia de la norma, no obstante lo cual supone estar autorizado para actuar, sobre la base de un determinado permiso,

lo que se llama error concreto o indirecto y finalmente como una representación equivocada acerca de la fuerza determinante de la norma, lo que constituye un error acerca de una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho”

Reconociendo así el error de prohibición, para la doctrina nacional, como un elemento excluyente de responsabilidad penal, que recae sobre la ilicitud de la conducta efectuada, ya sea por ignorar que se obra en forma contraria a derecho o que se está contraviniendo el ordenamiento jurídico.

Sin alejarnos más del tema, la definición de ANTON ONECA sobre el discernimiento jurídico deja atrás el miramiento moral del menor ante la maldad o bondad de su actuar, aquí el examen de discernimiento no consiste en la investigación sobre el conocimiento de la norma, sino en la verificación de la existencia de la conciencia necesaria para el conocimiento de la punibilidad del acto concreto.

A falta de dar luces a una conciencia moral, JERONIMO MONTES establece una distinción entre el discernimiento moral y el discernimiento jurídico¹¹⁸ con su idea de que el discernimiento no supone la simple conciencia abstracta de diferenciar el bien del mal, sino la conciencia de la ilicitud del hecho concreto,

Un último escenario es el que plantea GARRAUD como discernimiento social, quien explica que el discernimiento encuentra su influencia no solo en el carácter interno del menor, es decir, de su conciencia del bien y el mal o de su falta de conocimiento sobre la ilicitud, sino además en el entorno social del joven, por lo que un menor con una mejor educación o mayores posibilidades en el mercado estudiantil, podrá tener una mejor concepción del bien y el mal y al mismo tiempo, de la juridicidad de los actos.

A la luz de la nueva ley de responsabilidad penal adolescente, como ya adelantamos, nos vemos envueltos en una etapa del derecho donde el discernimiento ha quedado en segundo plano. Respecto de la ley anterior, ésta requería, como mencionamos, que el

¹¹⁸ JERONIMO MONTES, citado por la obra de MACHADO RUIZ, María Dolores, “*minoría de edad e imputabilidad, España, p 98*”

menor hubiera obrado con discernimiento, es decir, que se probara mediante una serie de estudios y peritajes que el menor de 18 pero mayor de 16 años hubiera obrado a sabiendas del mal causado o de la ilicitud de su actuar y que la sanción es la única solución para corregir su cometido. Respecto a la etapa anterior de legislación de menores, si se comprobaba el discernimiento, el menor era condenado como adulto y recluido en recintos de gendarmería y en muchas ocasiones, mezclado con adultos, y de no comprobarse dicho examen de discernimiento, el menor pasará a los centros del servicio nacional de menores o SENAME, sin derecho a defensa gratuita. Actualmente, la ley otorga un listado de derechos de los jóvenes infractores y entre ellos, se encuentra la defensa jurídica gratuita, el derecho a no ser encarcelado junto con los adultos, a educación y programas de rehabilitación especiales.

¿Qué es entonces el discernimiento?, para nosotros, el discernimiento no es solo la distinción entre una cosa u otra como señala el diccionario de la RAE, sino más bien una capacidad, propia de todo individuo, de conocer el significado ulterior de sus actos, en éste caso, de comprender en su fuero interno la bondad o maldad con la que se está actuando, el dolo o la culpa, la intención de realizar un hecho. Una capacidad, que se ve íntimamente ligada a la madurez y desarrollo mental de una persona que alcanzada una cierta etapa en su crecimiento, podrá tener control propio sobre su actuar y podrá tomar las decisiones en base a su propio raciocinio, conociendo el injusto, y el daño causado.

Obrar con discernimiento entonces, es actuar a conciencia, actuar bajo una convicción libre y espontánea, es el “querer hacer” de algo. De ésta manera, un menor de edad que de manera premeditada apuñala a otro adolescente por la espalda, y que anterior a ello se habría maquinado toda la escena, con la compra del puñal y la concertación con la víctima, no podemos sino entender que aquí, la conciencia de la ilicitud se encuentra presente. Ahora bien, en el mismo ejemplo, si aquel individuo que apuñalare a otro, sufriera de alguna enfermedad que nubla total o parcialmente su visión de la realidad, o bien, no tiene la capacidad de conocer de la misma forma sus actos, claro está que no se obra con discernimiento.

La conciencia de la bondad y maldad, como ya habríamos señalado anteriormente citando al profesor ZEPEDA, quedaría en segundo plano en atención a que, creemos, representa una característica propia del ser humano por el solo hecho de ser tal, y no una habilidad que se perfecciona con el tiempo o con el desarrollo o madurez, relegando entonces un concepto del discernimiento donde si bien la conciencia sobre la maldad no estaría ajena, el principal protagonista es la intención de querer hacer, de querer dañar, de querer matar, “querer por querer”, y a sabiendas de lo que se está haciendo.

Con la entrada en vigencia de la nueva ley, el legislador optó por eliminar el trámite del discernimiento, el cual hoy por hoy, en materia de responsabilidad penal de adolescentes ha quedado desligado totalmente, por ello, el evento de un ilícito penal se centrará en un procedimiento justo llevado a cabo por medio de relación de hechos, peritajes, testigos, pruebas y todo del mismo modo que en el proceso penal adulto.

El principal efecto del final del discernimiento en materia penal adolescente, es que actualmente, cualquier persona mayor de 14 años podrá ser sujeto de un procedimiento penal especial para menores, sin excepción, y sin mediar dilación alguna en la verificación de si se hubiere actuado a conciencia. Lo cual, si bien es un beneficio en materia de economía procesal y de fluidez del procedimiento, al mismo tiempo significa una fuerte caída al principio de presunción de inocencia, que si bien no se pierde, se limita mucho.

En general, sin el trámite del discernimiento, no significa que todos los jóvenes sean inmediatamente culpables, no, por el contrario, el sacar el trámite de discernimiento sólo significa evitar el peritaje psicológico y sociológico del individuo para ahondar en su fuero interno y determinar su actuación a conciencia, pero no significará que por ello deje de ser presumido como inocente o bien, no significará que les sean reconocidos sus derechos como niños. Claro está que se deberá llevar un proceso en que allí, se determine su culpabilidad o absolución.

Para CURY, dentro de su título sobre la inimputabilidad debidos a un desarrollo insuficiente de la personalidad, señala a los menores de edad, argumentando que se los

presume “jure et de jure” incapaces de comprender lo injusto de su actuar y de auto-determinarse conforme a ese conocimiento ¹¹⁹, según el mismo autor, el discernimiento es también una capacidad, de comprender lo injusto y auto determinarse según ésta comprensión ¹²⁰, lo cual nuevamente contrasta con el significado brindado por la RAE, pero lo interesante viene cuando expresa que el discernimiento corresponde a la privación total de la razón, y que por ello, constituye las especies del género inimputabilidad ¹²¹. No compartimos ésta opinión toda vez que incorporar dentro del grupo de personas inimputables, a un menor de 18 años pero mayor de 14, resulta ilógico atendido el hecho de que de los 14 años hacia abajo la ley es clara para declararlo inimputable, según texto expreso, pero no así de los 14 años hacia arriba.

Que el discernimiento sea una causal de privación total de la razón tampoco nos complace del todo, aquí, es más clara la contraposición, ya que posicionar a los mayores de 14 años “sin discernimiento” en el mismo grupo que a los dementes, es algo del todo exagerado.

Finalmente, para nosotros, el eliminar el trámite del discernimiento priva al menor de la posibilidad de eximirse de responsabilidad penal aún si el delito hubiese sido realizado a conciencia o con dolo delictual, pero al mismo tiempo limita la posibilidad de un menor que no podía conocer el injusto de su actuar por su menor desarrollo o su falta de capacidad mental para comprender sus actos y consecuencias, a ser liberado de un procedimiento seguido en su contra.

Lo anterior no obsta a que nuestra postura en el tema dista de la señalada por otros autores, y que si bien la discusión doctrinaria, aún terminada la vida del discernimiento en el ordenamiento jurídico, no ha llegado a un consenso. Insistimos en que la capacidad de conocer el injusto del actuar, y que el término ya poco aceptado oligofrénico, o un demente, sordo o sordomudo, esquizofrénico o alguna otra enfermedad de carácter mental grave, que significa efectivamente una privación total o

¹¹⁹ CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Décima Edición, 2011, p. 429

¹²⁰ *Íbid* p.430

¹²¹ *Íbid*, p.431

parcial de la razón y de la percepción del entorno, no se asemeja en lo más mínimo a un ser humano de 14 años de edad, o de 15, 16, 17 años que obra a conciencia en toda la maquinación de un delito o crimen.

Siguiendo con la misma línea, LABATUT, comenta que el discernimiento reviste un atisbo de peligrosidad, en virtud de las mayores o menores posibilidades de readaptación social¹²², y así se ha podido apreciar en distinta jurisprudencia que efectivamente ha dado al discernimiento un contexto de peligrosidad en que una persona que actúa con discernimiento podría llegar a ser más peligrosa que una en que se encuentra ausente dicha capacidad.

Que se actúe con discernimiento estaría significando que el que actúa, lo hace con dolo criminal, que se tiene la intención de inferir daño, o de realizar una acción penada por la ley penal, y eso en cualquier caso, significa un mayor peligro, tanto para la sociedad como para sí mismo, por lo que el trámite del discernimiento se estaría basando en un intento de resocialización del menor, del cuidado de él, de velar por su desarrollo y sus derechos, por lo que el obrar sin discernimiento, de lo cual no nos hemos explayado, significaría que el tribunal de menores podría o bien, estaría habilitado, para tomar las medidas de protección necesarias y someterlo al sistema de medidas tutelares contemplado en la otrora ley de menores 16.618.

Como última opinión, nos permitimos reproducir un pequeño discurso de don Hugo Cepeda Coll¹²³, Abogado, Teólogo y profesor universitario, quien dijo alguna vez que las verdades absolutas no existen, no hay nada que para todos sea ciento por ciento verdad, o ciento por ciento mentira, existen muchos grises pero no hay blancos tan blancos ni negros tan negros, pero para él, existe una sola verdad absoluta, que rompe con éste paradigma y constituye la única excepción a la regla, y es la percepción del bien y el mal. Expresaba Hugo Zepeda, que no hay ninguna persona, ni la hubo tampoco, que no pudiera diferenciar el bien del mal, que no pudiera saber si su actuar

¹²² LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal 9º edición actualizada*, Santiago, 2000, I, p. 263

¹²³ Hugo Zepeda Coll, *Clase de Fundamentos Filosóficos del Derecho*, Universidad Finis Terrae, Santiago, 2013

era bondadoso o vil, y que por tanto, quien actúa con maldad, lo hace a sabiendas, pues nadie está ajeno a ese conocimiento sobre el bien y el mal.

Bajo esa premisa, concordando totalmente, concluimos que el menor no puede obrar sin discernimiento, y que por tanto, todos nacemos con la capacidad de conocer lo que disponen nuestras acciones y omisiones, aunque eso no signifique conocer su reproche o su calificación jurídica.

2- Del trámite del discernimiento

Debemos entender desde ya, que la capacidad de discernir o no, debía ser declarada judicialmente, esto es, a través de un trámite y examen de discernimiento en que su efectiva existencia sería decidida por medio de una sentencia de un juez de menores. Sólo en ese entonces se declararía al menor inimputable o bien, se derivaría para ser “procesado” conforme a la ley 16.618.

Para llegar a ese punto, antes debía atravesarse una serie de estudios, análisis y peritajes en que se decidiría por medio de especialistas en la materia, en su mayoría del área de la psicología, que la persona carecía de la capacidad de discernir, sin perjuicio de los estudios sobre su entorno social y sus relaciones de familia. Aunque la decisión final será de cargo del tribunal de familia.

En conjunto con los peritajes señalados anteriormente, también requería del tribunal, que fuere escuchado el consejo técnico de la Casa de Menores, según disponga el reglamento respectivo quien deberá emitir una resolución al respecto.

Si se decretare que el menor carece de discernimiento y el delito cometido tuviere asignada pena aflictiva se deberá consultar también a la corte de apelaciones respectiva, por el contrario, si se decretara que actuó con discernimiento, tendrá plena competencia el juzgado de menores para pronunciarse sobre el procedimiento pero en

caso de ser una sentencia condenatoria, ésta deberá ser un grado inferior al mínimo señalado por el tipo penal del delito que se le imputase¹²⁴

3- Opinión Pública

En éste último apartado, hemos querido centrarnos en la opinión de las distintas personas en distintas edades y distintos conocimientos de la materia, en muchos casos, casi nulos, para comprender de mejor manera la interpretación que le da la gente a éstos elementos normativos en muchos casos complejos de entender. En otras palabras, la intención de éste tercer punto es comprender, por medio de preguntas simples y concisas a ciudadanos Chilenos al azar, cuál es la opinión de las distintas generaciones de personas sobre terminar el trámite del discernimiento y sobre la interrogante de ser los menores de 14 años inimputables y los mayores de dicha edad, totalmente capaces de ser imputados a la luz de la ley de RPA.

Para dar un primer vistazo al tema, ilustraremos éste punto, conociendo la opinión de la profesional en la materia, Catalina Olavarria Fadic, Sicóloga infantil, dedicada desde hace años al cuidado de niños en distintos colegios de la capital y ex funcionaria de SENAME, quien señala:

“El adolescente quiere ser parte de un grupo y ser aceptado como tal, se rige por lo que pueden decir los demás, asimismo, los adolescentes más que evaluar sus consecuencias, velan por sus intenciones, sin evaluar dichas consecuencias, pues están en una etapa de explorar su entorno y conocer experiencias nuevas y ser aceptado por sus pares, por lo que donde se muevan ellos, los van a seguir.

¹²⁴CURY Urzua, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Décima Edición, 2011, p. 432

En ésta misma línea, los seres humanos quieren sentirse libres, disfrutar la adrenalina de conocer cosas nuevas sin medir las consecuencias, es propio, sobre todo, de los niños.

A mi parecer, los adolescentes o jóvenes están desarrollándose dentro de familias poco afectivas, en ambientes donde los vínculos son más inseguros, donde los padres son más violentos, las familias son más vulnerables, y los niños están sujetos a mayores libertades, en algunos casos por medio de la tecnología en que tienen acceso a comunicación con personas que pudieran ser influencias negativas o incluso personas que podrían suministrar sustancias ilícitas, por ejemplo.

Lo que necesita el menor, y de lo cual en muchos casos carece, es una familia que lo quiera, buenas amistades, una autoestima alta, que está íntimamente ligado con las relaciones familiares.

Adolescencia viene de la palabra adolecer, de no tener algo, de faltar cosas. Para mí, la adolescencia tiene muchas cosas, pero si el menor no ha tenido el apoyo adecuado o una familia contenedora ese desarrollo adolezca de graves problemas. La adolescencia comienza desde el desarrollo biológico de las personas. Podríamos en términos simples decir que en las niñas comienza desde la menstruación, y en los niños desde el inicio del cambio de la voz y de crecimiento de vello en áreas que antes no tenía. Lo que finalmente se traduce en la etapa de la pubertad. Sin embargo hay discusiones al respecto, llegando algunos autores a señalar que hay quienes alcanzan su adolescencia desde los nueve años.

En relación con la capacidad del menor para conocer el injusto de su actuar, en base a los dichos de PIAYET, quien miraba la parte más biológica de una persona, señalaba “Yo me voy a poder desarrollar bien si yo tengo un buen desarrollo biológico, si puedo caminar bien o mantener una conversación o desarrollarme desde el aspecto cognitivo con una persona”. Lo cognitivo va con la estimulación temprana, por lo que si yo no tengo un cuidador cercano que me enseña a moverme, a enseñarme colores, estímulos, el cuidado de una buena alimentación y otros elementos que llevan a una mayor conexión hormonal con la persona, esa parte se va a ver disminuida, por

lo que el menor, a la hora de la adolescencia, pudiese tener menor capacidad para tomar una buena decisión debido a las pocas herramientas que haya tenido a lo largo de su desarrollo.

Luego está VYGOTSKY, que habla del contexto, quien toma parte del elemento biológico de PIAYET pero que a su vez agrega que también se debe ver al individuo respecto de su contexto, lleno de factores protectores o de factores de riesgo donde exista drogadicción, alcoholismo, pares que delinquen, padres que abandonan o la falta de educación, deserción de la misma, etc... Si ponemos el tema biológico y el tema del contexto de la mano nos percatamos de una vulnerabilidad en ésta etapa según sus condiciones tanto biológicas como contextuales. Por lo tanto, en la medida que se le presenten dificultades o que tenga que decidir sobre su persona lo va a hacer más en base a su persona o lo que entiende bueno para sí mismo en contra de las consecuencias que ello llegara a tener.

KHOLBERG, quien sigue a estos autores, habla de los estadios de la moral y que sitúa al adolescente en una moral convencional en que antes hubo una moral pre-convencional en que ellos hacían caso, como figura de autoridad, a sus padres y seguían las reglas por miedo a castigos o represalias, es decir, si se portan bien no los castigan, por lo que a contrario sensu, si se portan mal, serán castigados. Más adultos, en la adolescencia, está la etapa convencional que es donde se ven a ellos mismos como parte de la sociedad, y si en algún minuto esta ley que ellos siguen y respetan, pasa por sobre los derechos propios o de sus familiares, ellos son capaces de romper la norma porque priorizan los derechos propios en relación a la norma. Saben que existen normas pero si dichas normas no tienen relación con lo que ellos piensan o menoscaban sus propios intereses o creencias, no las van a seguir y por ende se traduce en un quebrantamiento de dichas normas. El ser humano ya no está solo sino que es parte de la sociedad y por tanto su actuar tiene consecuencias”.

En el mismo orden de los comentarios de la profesional en la materia, nos servimos de consultarle su opinión respecto al trámite del discernimiento como tal.

“Una prueba siempre puede servir de algo, pero en psicología, hablando de efectos mentales, siempre hay factores que pueden influir en un estado actual de una persona que no tiene que ver con el estado actual en que se aplique esa prueba, sino también en cómo se encuentra una persona en ese momento. Yo avalo esas pruebas pero hay que tener en cuenta que hay que estar al tanto de los traumatismos de otros factores como por ejemplo un traumatismo encéfalo-craneano, abstinencia por alguna droga, intoxicación, deshidratación, drogadicción, problemas psiquiátricos o cualquier otro factor que va a influir en el discernimiento, y en la moral del mismo y por ende, en cualquier prueba realizada.

Creo que éstas pruebas pudiesen ser importantes, pero son pruebas esencialmente superficiales que indican poco, que pudiesen ayudar al profesional como una guía, pero nada más, cuando es muy importante también conocer su historia de vida, el porqué delinque, dónde se crió, etc, que son factores que en mi opinión en la ley quedan un poco cortos. Desde la psicología se puede intentar determinar si la persona se puede desenvolver en un ambiente o no, pero es tremendamente relativo.

Yo creo que eso, ese concepto que legalmente llaman discernimiento, es muy ambiguo porque el fondo del asunto es reinsertar a la persona, apoyarla, porque es joven, es una persona a quien hay que prestarle apoyo, lo cual es más relevante que intentar determinar si puede o no discernir, eso es algo solamente de forma. Lo importante es el fondo, intentar ayudar al menor, apoyarlo, en vez de determinar si puede discernir, lo que por ende se traduce en su capacidad de ser conminado a una sanción o someterlo a un juicio.

Este niño llegará a un cread, o un centro de libertad condicionada, pero mi crítica es que el sistema está mal, debemos dirigirnos a la pregunta de si las personas están siendo reinsertadas, si están siendo apoyadas. Es un axioma que aquel menor que está en San Bernardo, una vez alcanzados los 18 años -ellos mismos saben y lo tienen clarísimo- pasarán a colina 1 o colina 2 y que toda su vida pasarán detenidos y éstos centros del SENAME es solo una preparación para la cárcel.

Cómo estos centros están mal administrados o mal regulados, los menores conviven con adolescentes que les enseñan o involucran en situaciones completamente nocivas para ellos que tienen consecuencias a futuros por lo que debemos actuar profundamente en éstas instituciones para un cambio real en la sociedad”

Del mismo modo, el común de la gente que participó en ésta investigación por medio de encuestas, - y que será profundizado en el último capítulo de la misma – comparte la opinión de Catalina, quienes manifiestan, en la gran mayoría, su descontento con el sistema actual argumentando la falta de preocupación del gobierno para con los menores.

El elemento que más se repitió a lo largo de las encuestas es el concepto “escuela del delito”, lo cual interpretamos como la forma en que la sociedad se refiere al SENAME, que a su vez corresponde a una crítica en base a ser éstos mismos centros una escuela en que los menores, quienes conviven con adolescentes delincuentes y además en muy malas condiciones, aprenden el oficio de criminales, se perfeccionan o conocen nuevos mundos en los cuales desenvolverse.

Sin alejarnos demasiado del tema discernimiento, cabe destacar que un gran número de individuos está en contra del trámite del discernimiento, fundamentado particularmente en atención al resentimiento que la población le tiene hoy por hoy a los menores infractores, sumados al miedo de los mismos. En otras palabras, para muchos, el discernimiento es solamente una traba que limitaría a los jueces o al ente persecutor a sancionar a los menores que delinquen, y que son un riesgo para la sociedad. La opinión popular concuerda con que los menores que delinquen deben efectivamente recibir sanción, y que en su actuar si está sujeto a un razonamiento lógico y no solo basado en su inmadurez, el menor si conoce si actuar y las consecuencias del mismo, pero aún así lo hace y genera daños a otros. En respuesta a ello es que la gente repele éste tipo de conductas y concuerda en que la solución es dejarlos fuera de libertad. Estimamos que la solución claramente no es la mejor, y que va mucho más lejos, en un ámbito de educación, pero que desde el punto de vista más actual y más tangible, si coincidimos en que el discernimiento no es más que un obstáculo, que dicho trámite

podía incluso ser maquinado o adulterado con facilidad por aquellos menores con mayor astucia.

En conclusión, el trámite de discernimiento por sí sólo representa una estructura del procedimiento obsoleta y poco práctica, generando dificultades en su interpretación como en su aplicación pragmática, que genera para los entes sancionadores un criterio de inseguridad de su contenido y una dificultad de que el juez llegue a un resultado óptimo en la investigación que deja el nicho jurídico para moverse por aguas de distintas ramas de la sicología o siquiatría. Si apreciamos el código español de 1928, ya desde entonces, se entendía un sistema de responsabilidad penal juvenil en que se prescindía del trámite del discernimiento como criterio para determinar la imputabilidad del menor infractor estableciéndose una edad mínima desde la cual el juez, en todos los casos, en un criterio más biológico, sometería al joven a un juicio sobre su culpabilidad y no se discutiría su inimputabilidad bajo el supuesto del discernimiento. Si tomamos como ejemplo el marco normativo de España, sentiremos una compleja sensación de un ordenamiento anticuado, que hasta el siglo XXI recién prescinde del trámite del discernimiento que incluso en el derecho Romano o Canónico ya estaba abierto al debate. Por lo que su exclusión en la nueva norma no deja de ser un elemento positivo en pos de avanzar en este sistema encaminado a la reinserción o reeducación y cuidado de los adolescentes prefiriendo optar por un límite de edad en que el juez sancione por el sólo hecho de establecerse que el adolescente se encuentra dentro de la franja de edad normada, en la cual se entenderá que el menor alcanza las capacidades intelectivas, de desarrollo moral y autorregulación que condicionan su culpabilidad o imputabilidad¹²⁵

¹²⁵ *CERVELLO DONDERIS, Vicenta, COLAS TUREGANO, Asunción, La responsabilidad penal del menor de edad, Tecnos, Madrid, 2002. p 53*

CAPÍTULO 5: LA DETENCIÓN

En miras de abarcar el amplio espectro de situaciones que podríamos considerar como “detención” y el difícil conflicto moral de resolver detener a un menor de edad, es que presentamos, como punto de partida, los datos estadísticos suministrados por la defensoría penal pública a éste respecto, en el periodo de enero a agosto del presente año 2017 respecto a la totalidad de causas ingresadas por medio de la detención y su correspondiente distribución de carácter demográfico.

Variable	% Distribución
Sexo	16,6% Mujer
	83,4% Hombre
Tramo de edad	7,2% Menor de 18 años
	92,8% 18 y más años
Etnia (autoreporte)	2,3% Indígena
	97,7% No Indígena
Nacionalidad	2,4% Extranjero
	97,6% No extranjero

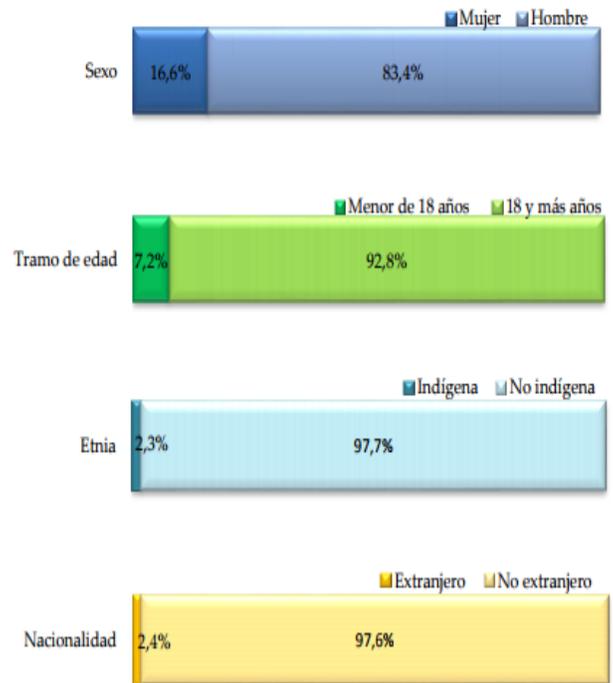


GRÁFICO 1 N°4:
Causa-imputado ingresadas, en el período.
Segmentado por variables demográficas.

Como se puede apreciar en el primer recuadro¹²⁶, de las causas ingresadas tan solo el año 2017, un 7,2% de la población ingresada a causas penales en control de detención es menor de edad, cifra infinitamente superior al de los adultos, con un 92.8%, lo que sin embargo, no entrega luces de satisfacción o admiración porque en la sociedad en que vivimos, ese número debería estar casi en cero. Sobre todo si tenemos en cuenta que el “menor de 18 años” se refiere al menor imputable, ya que para los demás casos, será competencia de los tribunales de familia que no resulta de causas penales, es decir, de los menores de hasta 14 años por lo que hay un margen de edad de entre 14 y 18 años que significa el 7.2% de los ingresados en control de detención, mientras que el rango de edad para los adultos es más amplio entre los 18 hasta los 65, quizás 70, o más. Lo que tratamos de señalar es que lo que parece ser una estadística acotada y pequeña (7.2%) tiene un trasfondo fácil de analizar en atención al poco rango que se tiene para establecer esos porcentajes, por lo que, por ejemplo, si analizáramos por rangos de edad de 4 años cada uno, lógicamente obtendríamos los mismos resultados que el 7.2% de los menores, cuando entre los 18 y los 22, o los 22 al 26 años, tendrían sus propios porcentajes que serían bajos en comparación a la sumatoria de los 18 en adelante. Por lo que es un poco injusto atender solo a éstos datos para concluir que el promedio de delitos cometidos por menores es un tema de escasa necesidad de preocupación.

Complementando lo ya dicho, y sólo a modo informativo, señalamos a su vez el promedio de causas cerradas o terminadas en el mismo estudio de carácter demográfico:

¹²⁶ Informe estadístico Enero- Agosto 2017, del portal digital de la Defensoría Penal Pública actualizado al 02 de Octubre de 2017, www.dpp.cl/repositorio/173/479 p.34, Chile

Variable	% Distribución
Sexo	17,6% Mujer
	82,4% Hombre
Tramo de edad	7,8% Menor de 18 años
	92,2% 18 y más años
Etnia (autoreporte)	2,3% Indígena
	97,7% No Indígena
Nacionalidad	2,2% Extranjero
	97,8% No extranjero

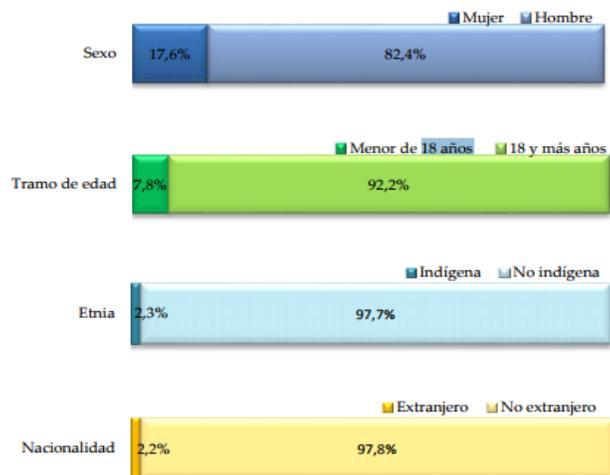


GRÁFICO 1 N°4:
Causa-imputado terminadas, en el período.
Segmentado por variables demográficas.

Por su parte en éste segundo recuadro¹²⁷ podemos apreciar que, aunque no muy significativamente, las causas que involucran menores de edad tienen un mayor porcentaje de término que para el caso de los mayores, guardando las proporciones, lo que dejaría quizás entrever la benevolencia con que el sistema procesal tiene a ejecutar para con el menor.

Para contextualizar lo expresado en los gráficos anteriores, respecto a los ingresos a control de detención de los menores de edad, es menester señalar además que de dichos ingresos por control de detención, se caracterizan los siguientes delitos para uno y otro tramo de edad:

Tramo de edad	Agrupación delitos	%
18 y más años	Lesiones	18,7%
	Delitos Contra la Libertad e Intimidad de las Personas	13,4%
	Hurto	12,8%
	Delitos ley de Tránsito	12,5%
Menor de 18 años	Hurto	23,0%
	Robos	15,3%
	Otros delitos contra la propiedad	13,6%
	Robos no violentos	13,3%

¹²⁷ Ibid, gráfico 1 n°4 p. 60

De éste tema abarcaremos con mayor profundidad más adelante, ayudados además por datos suministrados por la fiscalía, sin embargo, del último recuadro¹²⁸ podemos anticipar que los delitos más frecuentes en los mayores de edad son las lesiones, delitos contra la libertad e intimidad de las personas, hurto y delitos ley de tránsito, que a su vez serán por manejo en estado de ebriedad o daños a la propiedad contenidos en dicha ley.

Por su lado, de los adolescentes destacan los delitos de hurto (23%), robo (15.3%), otros delitos contra la propiedad (13.6%) y robos no violentos (13.3%) lo que cuanto menos refleja un carácter menos dañoso o agresivo por parte de los adolescentes, con delitos que escasamente entrañan un carácter delictivo con ánimo de causar daños o generar agresiones y dolor a otros, ejemplo de ello es la distinción entre el delito más habitual del menor, de hurto, cuyo componente distintivo del delito de robo es la ausencia de fuerza o violencia para la comisión de dicho delito, lo que a la larga se traduce en acciones de menor trascendencia como el de los denominados “lanzas”¹²⁹ o “mecheros”¹³⁰ y que según dijimos, difícilmente se aprecia un ánimo de causar dolor o daño a otro, mientras que en el caso de los adultos el delito más habitual es justamente el de lesiones, que si le significa a la víctima un daño que involucra dolor físico y que se traduce en un dolo delictivo del autor.

Luego, a falta de una mención expresa respecto de la detención de los menores o los adolescentes, sobre cómo debe practicarse ésta, o desde qué edad y por qué medios, nos atenemos a lo comprendido y señalado en el código de procedimiento penal Chileno, ya que la misma ley de responsabilidad penal adolescente en su artículo 31 inciso primero parte final señala que la detención se regulará, salvo en lo previsto en dicho artículo, por el párrafo 3° del título V del libro I del código procesal penal, que abarca desde el artículo 125 (procedencia de la detención) hasta el 138, del código procesal penal esto es, las reglas de la detención, las cuales señalan las facultades que

¹²⁸ *Íbid.* P.51

¹²⁹ Término utilizado en Chile para referirse a ladrones que, usualmente en la vía pública, realizan hurtos de forma intempestiva para luego proceder a la rápida huida

¹³⁰ Término usualmente utilizado para los ladrones que hurtan especies de tiendas o supermercados usualmente de poca cuantía.

tienen los funcionarios de carabineros para detener aún sin autorización previa, o la de cualquier ciudadano cuando se encuentre en presencia de una situación de flagrancia, o bien otros casos contemplados en dicho cuerpo legal. Debemos por tanto, asumir que a falta de texto expreso, para los menores de dieciocho años se les podrá realizar la detención de la misma forma que a aquellos mayores de dicha edad.

Hacemos un paréntesis de que la norma del artículo 31 inciso primero parte final deriva a la norma del párrafo 3° del título V del libro I del código procesal penal que llega justamente hasta el artículo 138 sin alcanzar a abarcar el artículo 139, del párrafo 4°, que respecta a la prisión preventiva.

De todos modos, podemos retratar ciertas normas a tener en consideración a la hora de la detención.

La primera es la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, que según señalamos que no retrata de manera expresa como debe practicarse la detención de los adolescentes o los límites de edad, sí maneja, en el párrafo 2° del TÍTULO II, en su artículo 30, que las instituciones policiales incorporarán dentro de sus programas de formación y perfeccionamiento, los estudios necesarios para que los agentes policiales cuenten con los conocimientos relativos a los objetivos y contenidos de la ley, la CDN y los fenómenos criminológicos asociados a la ocurrencia de éstas infracciones¹³¹.

Muy aparejada a la norma anterior en comentario, la ley 16.618, o también llamada Ley de menores, cual fuera derogada casi en su totalidad por la ley de responsabilidad penal adolescente, aún contiene una serie de artículos que mantienen su vigencia a la fecha, como por ejemplo el artículo 15 del Título II “de la policía de menores y sus funciones”, cuyo tenor literal señala que se crea una institución denominada policía de menores, con personal especializado en el trabajo de menores, y que se establecerá un departamento en cada ciudad cabecera de provincia y en los lugares que sean asiento de un juzgado de letras de menores, comisarías o subcomisarías de menores, señalando además algunas atribuciones propias de su labor.

¹³¹ Artículo 30, ley 20.084

Lo anterior sirve de pretexto para entender de mejor manera la diferencia entre la legislación de menores y la adulta, pero no aclara sobre la detención de los menores, como si lo hacía el otrora vigente artículo 16 de la misma ley, que especificaba de gran manera la posibilidad de detención de menores y las reglas para su retención, y los lugares en los que debían ser retenidos, sin embargo, ésta norma fue modificada por el artículo 63 la ley 20.084 el 07 de diciembre de 2005, derogándola en su totalidad. Lo anterior se estipula sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 29 y 30 de la LRPA, que señala la especialización de la justicia penal adolescente y la capacitación de las policías, de lo cual, hemos decidido no profundizar en ésta oportunidad remitiéndonos a ellos posteriormente en la etapa del procedimiento penal de los adolescentes.

Otro elemento a considerar es el artículo primero inciso segundo de la misma ley, que reconoce que en caso de duda acerca de la edad de una persona, en apariencia menor, se le considerará provisionalmente como tal mientras se le compruebe su edad. Esto tiene una gran importancia, ya que es fácil interpretar que en aquellos casos en que los funcionarios policiales o aquellas personas que realicen la detención en situación de flagrancia tengan dudas sobre la edad de la persona, esto es, si tienen dudas si es menor de edad, se le entenderá como tal. Claro es, entonces, que existen razones para ésta distinción y para que ella no haya sido derogada, sin embargo, esto solo se enuncia en razón de dar competencia a los juzgados de menores o bien, para que las personas en apariencia menores, puedan recibir un trato en relación a las normas de la ley de menores, y que por alcance, también para los adolescentes contemplados por la ley 20.084. Así se desprende del inciso primero del mismo artículo 1 de la ley 16.618, que expresa que la ley (de menores) se le aplicará a los menores de edad, sin perjuicio de las disposiciones especiales que establecen otra edad para efectos determinados.

Siguiendo con la detención, otra regla especial se contiene en el artículo 17 de la ley de menores, que prohíbe mantener a los menores de edad en comunicación con los mayores de edad presos o detenidos, so pena de una sanción hasta por el término de un mes para el funcionario o funcionarios responsables, sin embargo, dicha separación y prohibición de comunicación, como veremos en los próximos capítulos más en profundidad, no se produce en la realidad.

Finalmente, cabe citar el artículo 58 de la ley 20.084 sobre la restricción de libertad de menores de catorce años. Ya avanzados en éste punto, es evidente que los menores de 14 años no se encuentran sometidos a la ley de responsabilidad penal adolescente, y por consiguiente, habría sembrado las dudas de que ocurría con ellos. Éste artículo sirve de ayuda para resolver todas nuestras dudas, pues señala que si se sorprendiere a un menor de catorce años en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales ejercerán todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad pública y dar la debida protección a la víctima en el amparo de sus derechos. Luego se podrá poner al niño a disposición del tribunal de familia, pero si se tratara de delitos menores, se buscará poner al menor a disposición de algún familiar o adulto responsable prefiriendo a sus padres o a quienes tengan un grado de parentesco.¹³² De lo anteriormente expresado, podemos desprender las siguientes apreciaciones.

a. Que los menores de edad, menores de 14 años, también podrán ser detenidos por funcionarios policiales, es decir, que ellos están autorizados para detener a los menores de catorce años que cometieren delitos o se encontraran en situación de flagrancia. Esto sin embargo nos plantea más dudas que respuestas pues no reconoce una minoría de edad desde la cual pueden ser detenidos, ni tampoco los medios mediante los cuales se puede aplicar la detención, o si ella incluye las distintas acepciones de detención como el control de identidad o la citación, entre otras.

b. Que respecto a la detención de los menores de edad menores de 14 año, estos podrán ser detenidos con el único fin de restablecer el orden y la tranquilidad pública, descartando la teoría de la detención como castigo del menor.

c. Que el ente responsable de velar por los derechos de los menores en la detención será el tribunal de familia y no los tribunales de menores o los juzgados de garantía con competencia en materia de RPA.

¹³² *Artículo 58 incisos 1 y 2 de la ley 20.084*

Continuando con lo anterior, respecto de la letra A de las apreciaciones anteriores, cabe señalar que la detención realizada por funcionarios policiales o por cualquier persona que se encontrare en presencia de un delito flagrante, tendrá que ser realizada con expreso respeto a los derechos del niño, así, una persona manifiestamente menor de edad, deberá ser detenido cuidando su integridad física y psíquica, promoviendo un trato justo para ellos.

Si bien, como mencionamos, no existe norma en el código procesal penal que disponga la distinción entre menores de edad o mayores en cuanto a la detención, así, por citar un ejemplo, el párrafo 3° del TÍTULO V del nuevo código procesal penal, de la “detención”, en su artículo 125 señala que ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le fuera intimada de en forma legal, a menos que fuera sorprendida en delito flagrante, y en ese caso, con el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere¹³³, así mismo, el artículo 129 del mismo párrafo, que retrata la detención el flagrancia y detalla su contenido, tampoco nos resuelve el conflicto, toda vez que señala que “cualquier persona” podrá detener “a quien” sorprendiere en delito flagrante, aclarando que los agentes policiales estarán obligados a detener “a quienes sorprendieren infraganti en la comisión de un delito”.

Previo al análisis del tema, debemos recordar que la detención el flagrancia, o los tipos de detención de forma física no son las únicas hipótesis de detención que conoce el derecho penal chileno, doctrina o jurisprudencia, sin embargo, abarca la mayoría de los casos y funciona como forma de retratar el problema de mejor manera, sin perjuicio de que los demás tipos de detención tampoco retratan la distinción que buscamos.

Ahora bien, si estudiamos a conciencia el artículo 129 del código procesal penal ya citado, el cual pese a ser promulgado con anterioridad a la ley de responsabilidad penal adolescente, no presenta modificaciones en esta materia, reconoce que los funcionarios policiales detendrán a quien se encontrara cometiendo delito flagrante. La

¹³³ Artículo 125 del código de procedimiento penal Chileno, del 12 de Octubre del año 2000,

nomenclatura “ a quien” nos deja más que claro que se refiere a todo ser humano, sin excepción, por lo que es fácil apreciar que no señala un límite de edad respecto a la posibilidad de los funcionarios de detener.

Más claro resulta el análisis, si tomamos en consideración que, aún pudiendo hacerlo, el legislador ha optado por otorgar la facultad o el derecho a “cualquier persona” a detener en caso de flagrancia, nuevamente sin establecer el promedio de edad respecto del cual se podrá detener. ¿Qué debemos entender? ¿Qué cualquier persona podrá detener a quien cometiere delito flagrante aún cuando éste fuera manifiestamente menor de edad?, y que incluso si sus características físicas someten al razonamiento de “cualquier persona” a dar por sentado que es una persona de 7, u 8 años de edad, que está cometiendo un delito, ¿debe ser tratado de la misma manera que un mayor?, y para terminar ¿Existe alguna sanción para aquella persona que detenga a un menor de 14 años, siendo que éstos son inimputables?. Esas y muchas otras preguntas dejan un agujero profundo en la investigación difíciles de saldar desde el punto de vista legal.

Sin embargo, funcionarios policiales han declarado, al auxilio de la presente investigación, que aún cuando la ley no hace distinción alguna sobre la edad mínima o máxima para detener, la costumbre de su institución y sus principios rectan que los menores de edad, aún a falta de norma expresa, en la práctica no son detenidos por los medios convencionales, es decir, ellos son tratados de manera muy distinta procurando el cuidado y respeto por sus derechos, sin ser esposados, o tratados con violencia más allá de lo estrictamente necesario, no pueden ser video-grabados o fotografiados.

Esto es un arma de doble filo pues en un principio significa un crecimiento institucional al advertir los derechos de los menores por sobre los demás, velando por el cuidado de nuestras generaciones futuras evitando un trato violento que podría significar en secuelas graves para ellos o un trato indigno que pudiera crear una estigmatización para los menores, sin embargo, el trato “blando” en el actuar de funcionarios policiales, ha significado en muchos casos, la impunidad total de los pequeños civiles cuando éstos, en circunstancias de evitar un control de detención o la dirección frente al tribunal, realicen maniobras evasivas violentas forcejeando el actuar

de carabineros, significado la huida de ellos o bien el permiso por funcionarios o por el fiscal a cargo, de dejar en libertad a los menores. Creando un incierto sobre su juzgamiento y la desprotección de los derechos de los demás civiles al no velar por el principio de seguridad de la sociedad.

En conclusión, el tema no está zanjado, la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, frente a las modificaciones realizadas a los distintos cuerpos legales, no aclaró quienes pueden ser detenidos, ni tampoco la edad máxima o mínima para de ello, pues de querer, podríamos incluso abrir el debate sobre la detención de las personas de la tercera edad en situación de su detención, a la luz de las demás normas que versan sobre materias penales, pero no es parte de nuestra investigación, claro está.

Pese a todo, el párrafo 3° del TITULO II de la ley 20.084, que trata de las medidas cautelares personales –las cuales serán tratadas más a fondo en el capítulo VII de ésta investigación- en su artículo 31, si se hace cargo, en éste único artículo, de la detención en caso de flagrancia de los adolescentes, y aunque sigue sin responder la duda sobre los menores de dicha edad o la forma en como debe ser la detención, sí nos reza lo siguiente, muy a considerar: *“carabineros de chile, y la policía de investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código de procedimiento penal (situación de flagrancia y plazos de detención, respectivamente) a disposición del juez de garantía de manera directa y en el menor tiempo posible. Agregando en su inciso 2^{do} que la detención de una persona visiblemente menor en un establecimiento distinto a los centros de internación provisorio de que se trata la presente ley, constituirá una infracción grave y será sancionada con la medida disciplinaria que proceda de acuerdo al mérito de los antecedentes, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pueda haber incurrido el infractor.* De esto abarcaremos a mayor profundidad más adelante.

De lo anteriormente expuesto, podemos sacar las siguientes conclusiones:

-Que la ley expresamente le brinda competencia a los funcionarios policiales como carabineros y PDI para la detención de los adolescentes, sembrando la duda si

corresponde la detención en flagrancia respecto de los demás individuos reconocidos por el artículo 129 del CPP. Aquí, contrario a lo que nosotros comentamos anteriormente, la ley si hace mención a la detención de los menores, pero es sólo una breve pincelada que no mejora la confusión.

-Que dichos funcionarios con la competencia correspondiente deben poner a los adolescentes a disposición del juez de garantía en el menor tiempo posible. Reconoce por tanto la competencia de los funcionarios para detener a los adolescentes, sin abarcar la forma en que pueden actuar para su detención, señalando además que la competencia para conocer de su juzgamiento corresponde a los tribunales de garantía, confirmando que a contrario sensu, los menores de 14 años serán destinados a la competencia de los tribunales de familia.

- Que en los casos en que los funcionarios realicen la detención en otras instalaciones distintas de los centros de internación provisoria, incurrirán en sanciones para ellos, y que deja entrever que la detención propiamente tal es factible para los menores de 14 años, (no adolescentes), pero que éstos deben ser puestos a disposición de ciertos y determinados centros de internación provisoria, so pena de sanciones para los funcionarios que realicen la detención. Por tanto sí se puede detener a los menores de edad, pero procurando su internación en dichos centros y además procurando el respeto a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 16.618, que prohíbe juntar a los menores con los mayores en los centros de detención.

La duda continua, sobre todo ante lo dispuesto por la constitución política de la república y su principio de legalidad, pero lo que si tenemos claros es que la ley no ha separado o distanciado a los menores de los mayores en el ámbito de la detención lo cual de por sí ya es la respuesta a nuestra principal interrogante de éste capítulo V en comento, pues, para nosotros, los menores de edad pueden ser detenidos, legalmente hablando, por cualquier medio y del mismo modo en que se lo detendría a cualquier ciudadano de la república de Chile.

Su detención no supone un conocimiento adicional sobre materias o normas especiales, ni un estudio profundo que perfeccione el actuar policial o de cualquier

civil para el tipo de medidas con las que se debe poner al menor de edad en presencia del tribunal. Por lo que su detención es una detención cualquiera, que no merece tampoco un procedimiento que involucre a las policías especializadas en tratos de menores como sí lo menciona la ley 16.618, ya que en la práctica, según ha comentado el jefe de turno de la institución de seguridad ciudadana de la Ilustre municipalidad de Las Condes, en la capital, Daniel Zapatta Bergez, añadiendo que su actuar ante las detenciones debe someterse únicamente a las normas sobre flagrancia contempladas por el código de procedimiento penal destinadas para todo ciudadano, sin tener las potestades especiales de carabineros, y que al momento de detener, deben poner inmediatamente a los detenidos en presencia de carabineros de Chile, cualquiera que esté de turno o en el sector próximo al lugar de comisión del delito, sin que medie necesariamente la búsqueda de un funcionario de carabineros especializado en materias con tratos de menores. Por lo que la detención, finalmente, no supone tampoco de la especialización, sino sólo un breve cuestionamiento a los principios y derechos que versan sobre el cuidado y respeto por el menor de edad.

CAPÍTULO 6: SENAME

Fruto de una comisión especial formada por el ministerio de justicia en colaboración con jueces abocados a materias de menores de edad, en particular, de tribunales de familia, y otros profesionales de distintas ciencias que versan sobre el trato con niños, niñas y adolescentes, es que en el año 1977, en nuestro país, se comenzaría a discutir, la posibilidad de formar un organismo especializado y encargado de desarrollar de manera satisfactoria los deberes y obligaciones del Estado con el cuidado de los menores de edad.¹³⁴

La idea de la creación de éste ente público era modificar las facultades del consejo técnico de menores y mejorar su falta de eficiencia proponiendo la potestad de administrar los centros de atención de menores a lo largo del país, facultad de la cual carecía por no ser otorgada expresamente por la antigua ley de menores.

Ante la falta de esas facultades por parte del consejo, y las de implementar sanciones en beneficio de los menores infractores de la ley penal, se optó por expandir dichas facultades en centros de protección, asistencia de los funcionarios del cuerpo de carabineros de Chile a través de las comisarías de menores e incluso con hogares de menores bajo la asistencia del ministerio de educación.

Por todas esas deficiencias estructurales y administrativas es que, en pleno gobierno del presidente Augusto Pinochet Ugarte, es que toma forma el proyecto de creación del organismo dependiente del ministerio de justicia conocido como servicio nacional de menores.

¹³⁴ ALVAREZ CHUART, Jorge, *La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social*, P. 265, *op. cit.*

Creado por decreto Ley número 2.465 promulgado el 10 de Enero de 1979, nace el Servicio Nacional de Menores o SENAME como un “organismo dependiente del ministerio de justicia, encargado de ejercer las acciones necesarias para asistir y proteger a los menores de que trata la ley y de estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollen las entidades públicas o privadas que coadyuven con sus funciones”¹³⁵ según señalara su artículo primero, el cual sería posteriormente modificado por la ley 20.032 de fecha 25 de Julio de 2005 que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención, reemplazando dicho inciso primero del artículo 1 del decreto ley por “contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal, de conformidad al artículo 2° de la ley, para dicho efecto corresponderá especialmente al SENAME diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como estimular, orientar y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados”¹³⁶

Para antes de la entrada en vigencia de la ley de responsabilidad penal adolescente, en plena vigencia de la antigua ley de menores, se tenía por entendido al SENAME como aquella institución cuya misión es la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes, vulnerados en el ejercicio de los mismos y la atención a los adolescentes que han infringido la ley, en cuanto a su inserción social. Pese a no establecerse el sistema de responsabilidad penal adolescente, el SENAME ya era el encargado, otrora, de la atención de los adolescentes, de ello da cuenta Loreto Ditzel, socióloga, en ese entonces jefa del departamento de protección de derechos del SENAME quien señalaba en el seminario internacional sobre prevención de drogas, hacia el año 2003, previo a la LRPA, que ya se reconocía el panorama de un proceso de reforma que buscaba integrar un enfoque de derecho de los niños y adolescentes y

¹³⁵ Artículo 1° inciso 1° Decreto Ley n° 2465 del 10 de Enero de 1979.

¹³⁶ Artículo 41 numero 1 Ley 20.032 del 25 de Julio de 2005

respecto de los adolescentes infractores, se tenía una atención vinculada a la privación de libertad, con programas administrados en forma directa con el SENAME¹³⁷

Cabe hacer mención que el reglamento del servicio nacional de menores, n°356 del año 1980 señala en su artículo 4^{to} que el SENAME prestará atención a los menores que no tengan persona natural alguna de quien exigir la obligación de tuición, de menores que hayan sido abandonados por sus padres en algún establecimiento de protección o en otro lugar, menores que se encuentren bajo la tuición de personas afectadas por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 42 de la ley 16.618 (ley de menores), menores que se encuentren en peligro moral o material o que presenten desajustes conductuales y menores que se encuentren inculcados de hechos constitutivos de crimen, simple delito o falta y que hubieren sido remitidos por los tribunales de menores a objeto de aplicarles alguna de las sanciones o medidas de protección contempladas en la ley 16.618. Finalmente, agrega a los menores inculcados de hechos constitutivos de crímenes, simples delitos o faltas, y que fueren declarados con discernimiento y remitidos por los tribunales del crimen respectivos.¹³⁸

La llegada del SENAME como organismo público a nuestro país significó nuevos centros de menores y establecimientos en varios organismos públicos, y respecto de las em's instituciones privadas, las cuales el mismo decreto ley del SENAME cataloga de instituciones colaboradoras del consejo nacional de menores, mantuvieron intacto su rol sin necesitar de un nuevo reconocimiento.

Tras una serie de modificaciones, en su mayoría de carácter tributario con expreso énfasis en las subvenciones, el SENAME tomaría un reconocimiento propio, creándose así en Chile, una reputación de, en palabras de ALVAREZ CHUART, ser el único país en el cual la atención era brindada principalmente por el sector privado y el estado realizaba una mera labor fiscalizadora.

¹³⁷ *Abriendo Calles, seminario internacional, prevención del consumo de drogas en niños, niñas y adolescentes en situación de calle, 18 a 20 de Noviembre de 2017, pp 42-43*

¹³⁸ *Artículo 4, Decreto supremo número 356 del 03 de Abril de 1980 que crea reglamento del servicio nacional de menores*

En vista de la relevancia del Servicio nacional de menores, por sus siglas SENAME, cabe hacer una acotación al margen de la situación actual que se vive en nuestro país pues el SENAME está hoy por hoy, a la fecha en que se redacta esta memoria, en boca de todos por las duras situaciones que están viviendo los niños internados en éstos centros del SENAME, y que era un secreto a voces hasta entonces, pero que aún a sabiendas de la situación, poco se hacía al respecto. Sin embargo, el silencio de la gente ante la situación del SENAME cambiaría abruptamente cuando con fecha 11 de Abril del año 2016 se diera muerte a la niña de 11 años, Lissette Villa, en una de las dependencias del SENAME, cread Galvarino.

La investigación preliminar y teoría de la fiscalía lleva a la conclusión de que fueren dos cuidadoras quienes dieran muerte a la niña por asfixia por sofocación producto de compresión mecánica externa, según relataría el informe del servicio médico legal al Diario La Tercera en diciembre 2016.

La triste noticia movió las redes sociales y los medios de comunicación, transformando éste caso, llamado también “caso SENAME” como uno de los más importantes a los que se ha sumido ésta institución del Estado y que llamó a la investigación de la fiscalía y los propios medios. A raíz de ésta investigación se solicitó a la ministra de justicia Javiera Blanco que informara el número de niños que ha muerto en los centros del SENAME, y tras su mala gestión, sería la directora del SENAME, Solange Huerta, quien daría una cifra al parecer exacta, de 1.313 niños en total, 210 de ellos dentro de las inmediaciones del SENAME, mientras que 216 estaban en procesos de justicia Juvenil y 33 cumpliendo penas privativas de libertad.¹³⁹

Sin ir más lejos, ni profundizar más en la noticia, nuestra misión es ejemplificar de qué manera el servicio nacional del menor está tan mal catalogado por parte de la sociedad, que día a día ésta y otras noticias pueden ser halladas en los periódicos de papel o electrónicos, aquí citaremos sólo algunos titulares que llamaron nuestra atención:

¹³⁹ “*Muertes en el SENAME: Denuncian ante fiscal Emilcork responsabilidad de ex directores del organismo, Noticia Diario Electrónico El Muro*”, Jueves 07 de Septiembre de 2017

“Caso SENAME: Los Cargos que el ministerio público imputará por la muerte de Rechel Contreras. En esta jornada el fiscal Patricio Poblete comunicará los cargos en contra de una cuidadora y la directora del centro que tenía bajo su cuidado a esta menor, la que sufría de Lupus, junto al cuasidelito de homicidio se indaga la presentación de documentos falsos a un tribunal”¹⁴⁰

“Menor fugada del centro SENAME provocó corte de energía en dos líneas de metro. La joven se escapó el viernes desde el Cread de Pudahuel y habría tenido una pelea con su pololo éste miércoles, Fue rescata en la estación Moneda sin sufrir lesiones”¹⁴¹

“Niños del SENAME aprovecharon toma de funcionarios para fugarse, Los jóvenes subieron al techo del Cread Galvarino para escaparse. Los trabajadores están movilizados acusando falta de mejoras”¹⁴²

Como se puede apreciar, éstas son tan solo unas pocas noticias, las más recientes y con un margen de distancia temporal muy cortas, que dan luz al problema que se vive hoy con estos centros del SENAME.

La propia central WEB de la institución reconoce como misión institucional la responsabilización y reinserción social de los adolescentes infractores de la ley, así como sus objetivos de reinsertar socialmente a los adolescentes imputados y/o condenados conforme a la LRPA y la rehabilitación de los mismos a fin de adecuarlos a las políticas nacionales e internacionales sobre la materia y mandatos legales aprobados por el Estado de Chile.¹⁴³ y es aquí justamente donde genera conflicto por la falda de concordancia entre sus objetivos a nivel nacional y su propia visión como institución versus la visión que tiene el público sobre la misma.

¹⁴⁰ *“Caso Sename: Los Cargos que el ministerio público imputará por la muerte de Rechel Contreras” Teletrece, Miércoles 13 de Septiembre de 2017, Página Web www.t13.cl*

¹⁴¹ *“Menor fugada de centro SENAME provocó corte de energía en dos líneas de Metro, Cooperativa.cl, 13 de Septiembre de 2017*

¹⁴² *Niños del SENAME aprovecharon toma de funcionarios para fugarse. Cooperativa.cl Miércoles 30 de Agosto de 2017*

¹⁴³ *www.Sename.cl Misiones y objetivos*

Por dar un ejemplo, hemos encontrado en Edison Gallardo, escritor del libro “Ansias de libertad” un modelo exacto de la incongruencia entre el discurso del SENAME y de los funcionarios a su cargo, y lo que piensan aquellas personas que han vivido de cerca el encuentros con estos centros. Edison escribe en su libro, sobre su llegada al SENAME, así lo relata en una entrevista a la revista “Qué Pasa” hace ya un año, rompiendo el silencio tras el escándalo por la muerte de la menor Lissette Villa en Cread Galvarino, comentando su pasado donde aprendió, en sus términos, a sobrevivir a los maltratos, abusos, la falta de comida, azotes y la indiferencia, y que la única forma de mantenerse vivo era el silencio. Señala entre sus páginas distintos maltratos y situaciones horribles a las que tuvo que verse enfrentado toda su infancia; “yo vi morir a varios niños allí dentro, y el sename nunca abrió una investigación. Recuerdo a una niña que era violada todos los días por los internos (...) Al revelárselo a una cuidadora, me dieron vuelta la cara a cachetadas” recordó el ex “niño SENAME”¹⁴⁴

Ésta y otras historias más se repiten día a día en los centros, y cabe preguntarse ¿Por qué?, acaso el problema está en la mala fiscalización, o en la falta de fondos, analizarlo no forma parte de ésta investigación pero queda en deuda la respuesta a esa interrogante ante la crisis actual en Chile. Amén de lo anterior, cabe precisar que un análisis del centro de estudios públicos de la universidad católica, señala que el 44% de los menores que llegan a parar al SENAME son víctimas de algún tipo de maltrato dentro del recinto e incluso un 10% ha sido abusado sexualmente por lo que para ese tipo de situaciones se necesita un conjunto de profesionales especializados para poder revertir esa situación y contener los traumas a que están sometidos y amenazados los menores, ya que “resulta paradójico para los expertos que la institución que debe protegerlos y restituir sus derechos, sea la que perpetúa su situación de vulneración y desventaja”. Hoy por hoy existen más de 6 proyectos de ley que plantean cambios al actual sistema de protección infantil y que “duermen en el senado”, paralelamente con los abusos que siguen generándose. Los expertos del centro de políticas públicas UC sostienen que para revertir o remediar la crisis en comento, debe aumentarse la

¹⁴⁴ “Yo sobreviví al SENAME” Entrevista a Edison Gallardo, Paula Comandari, Revista *Qué Pasa*, 02 de Septiembre de 2016, Chile.

subvención que entrega el estado a las residencias especializadas a \$800.000 (ocho mil pesos chilenos) por cada niño, lo cual aún así es poco, pero beneficioso de todas maneras. La propuesta de los expertos en trabajo social, economía, psicología, derecho, medicina y gobierno de la UC no tiene nada de descabellada en consideración al gasto público, y los estándares internacionales contemporáneos, más aún ante la situación de que en el caso de los adultos privados de libertad, al estado le resulta un gasto de alrededor de \$600.000 (seiscientos mil pesos). Por su parte, en la misma línea, Patricio Walker, Senador demócrata cristiano del congreso Chileno coincide con la opinión del centro de políticas públicas UC, argumentando a raíz del anuncio del gobierno actual (03 de Octubre de 2017) de promulgar la ley de presupuesto que significaría un incremento del 24% en la subvención del área, de los hogares del SENAME. Lo cual, en palabras del senador, le significaría al estado el desembolso de US\$ 60.000.000 (sesenta millones de dólares), que son un aproximado de 38 billones de pesos chilenos, y que es lo mismo que requiere el estado para financiar la compra de un avión de combate F-16 para la fuerza aérea Chilena. Esperamos que el proyecto se apruebe y se promulgue ya que a la fecha, como hemos podido apreciar urge un cambio drástico al sistema actual del SENAME

Por ésta y otras razones es que se firmó un mensaje presidencial proponiendo el proyecto al congreso nacional, en el año 2013 bajo el comando del presidente Piñera, destinado a poner fin al SENAME y crear un nuevo organismo encargado de realizar la administración del sistema de protección especial para los niños y adolescentes, la promoción de sus derechos, la prevención de la vulneración de dichos derechos y facilitar la adopción de niños y adolescentes que no cuentan con una familia que los acoja y asimismo como ente público encargado de administrar el sistema de ejecución de sanciones en materia de responsabilidad penal adolescente. Este nuevo proyecto, que sería despachado el 01 de Agosto del 2012 tendría como fin modernizar y dividir al SENAME en cuanto “el actual sename cumple dos labores de distinta naturaleza y muchas veces el juntar esas dos labores le resta eficacia y le resta capacidad para

mejorar la calidad de vida de nuestros niños”¹⁴⁵ Este nuevo organismo encargado de suplir la labor del SENAME y por tanto suprimirlo, sería dividido en un Servicio Nacional de protección de la infancia la adolescencia, a cargo del ministerio de desarrollo social y un Servicio Nacional de responsabilidad penal, a cargo, claro está, del ministerio de justicia¹⁴⁶. El primero, servicio nacional de protección de la infancia tiene como objetivo prevenir los abusos, las vulnerabilidades y promover los derechos de los menores de edad que no cuenten con una familia que se haga cargo, y que todos los niños tengan la posibilidad de poder crecer en un ambiente sano, incluyendo la necesidad de que el servicio al cual hacemos mención se haga cargo del sistema de adopción de menores¹⁴⁷, mientras que el segundo, servicio nacional de responsabilidad penal, de administrar el sistema de responsabilidad de adolescentes con infracciones a la ley, para que, como señala el mensaje presidencial “los niños y jóvenes que hayan infringido la ley no queden impunes porque la impunidad le hace mal al propio niño y la sociedad”. Finalmente el mismo organismo o ente público especializado en la materia de responsabilidad penal de adolescentes quedará especialmente a cargo de la rehabilitación y reinserción de los adolescentes en sus familias, sus recintos educacionales, su trabajo y en la sociedad.

Apostamos por éste proyecto, asumiendo el total acuerdo con la propuesta del presidente Piñera, que resulta un efectivo movimiento cambiando la legislación actual, regida por servicio nacional de menores, cuyo desempeño ha sido notoriamente

¹⁴⁵ PIÑERA ECHEÑIQUE, Sebastián, *Mensaje presidencial n°31.-360 del año 2012*

¹⁴⁶ “Gobierno firma proyecto de ley que moderniza y divide al SENAME”, *Diario La Tercera*, Agosto de 2012

¹⁴⁷ *Sistema el cual es extremadamente deficiente en la actualidad con un marco exigente y selectivo muy limitante para las familias que desean adoptar o de los menores en busca de una familia. El actual proyecto de ley de matrimonio igualitario de la presidenta Michelle Bachelet, (Agosto de 2017) busca modificar la actual ley de adopción y demás normas pertinentes a la luz de además, incluir la posibilidad de que los matrimonios compuestos por dos personas naturales del mismo sexo, puedan también adoptar. Cabe hacer mención que con fecha 07 de Agosto del presente año 2017, el fallo de la corte suprema concede, por primera vez en la historia de nuestro país la tuición de mellizos a un padre homosexual quien convive con su pareja del mismo sexo, revocando la sentencia de la corte de apelaciones que entregaba la tuición a la madre, marcándose así un hito histórico de gran relevancia para efectos de modificar las actuales leyes que privan de la posibilidad de adoptar a familiar homosexuales.*

heterogéneo y con una dudosa reputación y pese a que actualmente el gobierno Chileno está presidido por Michelle Bachelet, se espera una posible reelección del candidato de renovación nacional, esperando que así se potencie el proceso de formación de la ley en el congreso nacional y pronto tengamos éste cambio radical al sistema actual con ésta división del organismo público, con la plena convicción de que el nuevo sistema propuesto retomaría los ideales significativos de los cuales nuestro país se enorgullece en fomentar en materia del cuidado de menores, protegiendo la aplicación y el reforzamiento del debido proceso para los menores infractores de ley, el digno respeto por los derechos esenciales que la CDN y demás normas de derecho internacional junto a la CPR y las leyes especiales y generales de nuestro ordenamiento jurídico les reconocen y el cuidado y fiscalización por que las instituciones correspondientes tengan el trato con los menores que corresponda en base a los referidos derechos.

Como último comentario a éste capítulo, señalamos la difícil situación en la que se encuentra a la fecha el SENAME, pues, acorde con lo que hemos podido investigar, en el periodo actual (cerca a las fechas navideñas de fin de año), los menores manifiestan un cambio de humor muy tangible y notorio, según nos ha señalado la profesional Catalina Olavarría, sicóloga infantil que en más de una oportunidad se ha tenido que ver enfrentada a éste efecto que se genera en los menores que se encuentran privados de libertad o bien bajo el cuidado de los centros del SENAME. En efecto, éste cambio de humor se debe, a saber, principalmente por la dificultad de los menores de no encontrarse en compañía de sus familias en aquellas fechas de tan importante trascendencia, lo cual se ha visto reflejado en una actitud de resentimiento, hostilidad e intranquilidad, acompañados de la tristeza y rabia que se manifiesta a través de violencia, desmotivación o simplemente falta de obediencia y respeto a superiores o adultos. A éste cambio drástico en el menor, quienes trabajan en los centros, lo denominan “descompensación”. Dicho de otra manera, para éstas fechas, los menores se descompensan y modifican su carácter por uno más agresivo y a la defensiva, razón por la cual los centros del SENAME son más herméticos en ciertas fechas particulares del año.

Hemos tenido la mala fortuna, desde el punto de vista de la investigación, de no poder acercarnos a los centros del SENAME a conocer en terreno, más allá de lo ya señalado, a razón de encontrarse los centros en una posición difícil de dialogar o como preferimos llamarla, “hermética” toda vez que se han tomado todas las medidas posibles para gestionar una visita al centro, hablando con toda clase de abogados y administradores, e incluso con funcionarios del área de cuidado o de la mutual de seguridad, e incluso con los coordinadores regionales y coordinadores nacionales de la institución, sin resultado alguno. Manifestamos que se nos negó, tácitamente el ingreso a los centros, sin explicación ni respuesta alguna más allá de derivar al siguiente funcionario hasta llegar a un punto muerto donde la solicitud de formalidades excesivas no bastó para recibir una respuesta. En dichos términos, se nos comunicó por distintos funcionarios de los cuales ninguno tiene potestad para admitir visitas de investigación, que el SENAME se muestra reacio a admitir las ya dichas visitas tanto por la dificultad que ello representa como también a raíz del periodo específico en que más complicado se encuentra el panorama en los centros.

Pese a ello, tanto en los testimonios de distintos profesionales funcionarios de la institución, como lo que pudimos recabar de distintas fuentes, nos damos por satisfechos con lo presentado precedentemente teniendo como fin único reflejar la visión que tiene hoy por hoy la gente sobre el SENAME y que, más aún, los puntos a considerar para una futura reforma o un mejor funcionamiento del servicio.

CAPÍTULO 7: MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

En el contexto histórico en el que nos encontramos, con las leyes sobre la materia relativamente recientes, podemos distinguir varios tipos de medidas cautelares personales que se encuentran tanto en el código de procedimiento penal Chileno, como también en otras normas como el artículo 71 de la ley 19.968¹⁴⁸ o la misma ley de responsabilidad penal adolescente.

En primer término, analizando el tenor literal de la expresión “medidas cautelares personales” debemos señalar que las medidas cautelares personales son aquellas medidas que tienen por objeto garantizar la sujeción del imputado a los procedimientos penales correspondientes en pos de asegurar su asistencia o presentación frente al tribunal, ya sea para garantizar su declaración o bien, para no entorpecer la investigación.

Las medidas cautelares personales deben ser únicamente ejercidas en los delitos de acción penal pública, descartando así los delitos de acción privada, señalados en el artículo 55 CPP. Respecto de los delitos de acción penal pública, cabe recalcar que el inciso segundo del artículo 53 del código procesal penal reconoce que siempre se concede la acción penal pública para delitos cometidos contra menores de edad, es decir, no por menores, sino contra menores. Por lo que no obliga a la ley a decretar siempre las medidas cautelares personales ni aún a excusa de ser realizado el delito por un menor de edad.

¹⁴⁸ Ley 19.968, que crea los tribunales de familia, promulgada el 25 de Agosto del 2004

En concordancia con el principio de especialidad del ordenamiento jurídico Chileno, podemos reconocer que las medidas cautelares personales señaladas en la ley sobre tribunales de familia y la ley de responsabilidad penal adolescente deben primar por sobre las señaladas en los artículos 140 y 155 del código procesal penal Chileno, cuando éstas no sean compatibles las unas con las otras, lo que no significa que las del artículo 155 no sean aplicables al procedimiento penal de adolescentes sino que de hecho éstas suelen aplicarse para asegurar los fines de la investigación y el procedimiento y como forma menos severa de hacerlo, reemplazando a la internación provisoria, que a su vez reemplaza a la prisión preventiva. Ejemplo de ello es la sentencia de la corte suprema causa rol n° 6911-08 11 de noviembre de 2008, que sustituye la internación provisoria por las medidas cautelares personales a, b y d del 155 CPP. Dicho esto, podemos comprender de ésta forma, que las medidas cautelares personales de que pueden ser objeto los menores de edad primordialmente por sobre las otras medidas cautelares personales del artículo 155 del código de procedimiento penal son:

1- Medidas cautelares especiales contempladas en la ley 19.968 que crea los tribunales de familia.

Pese a que no son medidas cautelares personales propiamente tal, ni tampoco son medidas referentes a la comisión de delitos por menores, hemos decidido incorporarlas en éste punto en base a la relevancia de su aplicación práctica, El artículo 71 de la ley 19.968 nos otorga un catálogo de medidas cautelares especiales cuando sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente:

1.1. Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado. Es decir, su aplicación puede ser tanto para delitos cometidos por menores de edad sometidos a la competencia de los tribunales de familia, como también para otros procedimientos realizados por adultos que versen materias que involucren a menores de edad, y que no tienen especial relación con el ámbito penal, como pueden ser los juicios de filiación, cuidado personal, violencia intrafamiliar, adopción, tuición, etc.

1.2. Confiarlo al cuidado de una persona o familiar en casos de urgencia. Prefiriendo a sus parientes consanguíneos o personas de su confianza. Lo anterior tiene estrecha relación con lo señalado anteriormente respecto de los incisos primero y segundo del artículo 58 de la ley 20.084 cuando se trate de infracciones menores y sea difícil ponerlo en presencia de las personas a su cargo o cuidado, debiendo ser entregado a un adulto responsable prefiriendo a quienes tengan algún grado de parentesco

1.3. El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia por el tiempo que sea estrictamente indispensable.

1.4. Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes a sus padres, o a las personas que los tengan bajo cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que midieren encontrarse e impartir las instrucciones pertinentes;

1.5. Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido. Guarda lo anterior muy poca relación con el tema principal, más si le damos una mejor interpretación nos atrevemos a decir que la misma situación podría darse en los casos en que un delito cometido por un menor de edad podría significar la suspensión de un adulto a tener relación directa o regular con él.

1.6. Prohibir o limitar la presencia el ofensor en el hogar común, lo cual se asemeja sobremanera a la medida cautelar personal de la letra G) del artículo 155 del código procesal penal establece la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y en su caso, la obligación de abandonar el hogar común que compartiere con él.¹⁴⁹

1.7. Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o éste permanezca, visite o concurra habitualmente.

¹⁴⁹ Artículo 155, letra G, CPP

1.8. La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que estos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud y

1.9. La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección. Concordante con el llamado “arraigo nacional” del derecho penal Chileno.

Agrega el artículo 71 que en ningún caso podrá ordenarse como medida de protección el ingreso de un niño, niña o adolescente a un establecimiento penitenciario para adultos, al igual que ya se ha mencionado en varias oportunidades respecto a la prohibición de internar niños en centros penitenciarios para adultos (art 17, ley 16.618)

Las medidas cautelares especiales de éste artículo 71 tienen un fondo que vela sobre la protección a las normas sobre la familia, pero que tienen una leve conexión con la comisión de delitos por esos pequeños menores de 14 años que aún siguen sometidos a la competencia de los tribunales de familia y que según dijimos, está más ligado a otros tipos de procedimientos como filiación o cuidado personal, pero no olvidemos otros tipos de delitos contra el orden legal de la familia del título VII del código penal Chileno y que contemplan a los niños en su tipicidad, entre los que resaltan por ejemplo, la sustitución de un niño por otro¹⁵⁰, el ocultamiento o exposición de un niño¹⁵¹, la no presentación de un menor por el encargado de su persona¹⁵², inducir a abandonar el hogar común a un menor¹⁵³, o el cargado de un menor que lo entrega a un establecimiento público o a terceros.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Artículo 353, Código Penal Chileno

¹⁵¹ Artículo 354 inc 2^{do} Código penal Chileno

¹⁵² Artículo 355 Código penal Chileno

¹⁵³ Artículo 357 Código Penal Chileno

¹⁵⁴ Artículo 356 Código penal Chileno

2- Medidas cautelares personales contempladas en la ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente

Distintas a las “otras medidas cautelares personales” señaladas en el código procesal penal, y a las medidas cautelares especiales previamente enumeradas, aquí se presentan un conjunto de medidas para los casos en que la comisión de un delito haya sido realizada por un adolescente. Las medidas cautelares personales prescritas en la ley de responsabilidad penal adolescente constituyen parte importante del título sobre el procedimiento en materia adolescente, y que el párrafo 3° de la ley procede a enumerar de la siguiente manera:

Detención en caso de flagrancia: Carabineros de Chile y la policía de investigaciones en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones del artículo 129 y 131 del código procesal penal a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente solo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Dicha detención se regulará por el párrafo 3° del Título V del libro I del código procesal penal¹⁵⁵, que no alcanza a considerar a la prisión preventiva, del párrafo 4°. Además, si el hecho imputado al menor fuera alguno de los señalados en el artículo 124 CPP (exclusión de otras medidas cuando la imputación se refiere a faltas o delitos que la ley no sancione con penas privativas o restrictivas de libertad) carabineros se limitará a citar al menor a presencia del fiscal y lo dejará en libertad previa citación según el artículo 26 del mismo cuerpo legal.

La internación provisoria de un adolescente en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por un mayor de edad serían calificadas como crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados por el inciso primero del artículo 155 CPP no pudieren ser

¹⁵⁵ Artículo 31 Ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente

alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales¹⁵⁶. Importante es, pues, ya que en primer lugar la ley penal adolescente remite la internación en un centro cerrado sólo cuando las conductas fueran constitutivas de crímenes por adultos, es decir, le da una magnitud mayor o una exigencia superior a la posibilidad del encierro de los menores, y en segundo lugar, dificultando más la posibilidad de internar al menor en un centro cerrado añadiendo que además de ser constitutivo de crimen, debe ser imposible alcanzar los objetivos del inciso primero del artículo 155, esto es, presupuestos materiales y necesidad de cautela, a través de las otras medidas cautelares personales.

Que la internación provisoria tenga lugar en la ley de responsabilidad penal adolescente, aún a pesar de lo complejo que es para el marco legal y constitucional el encierro de un menor de edad, tiene su fundamento en el derecho internacional, de modo que éste contempla el uso de la prisión preventiva en el proceso penal, para los estados, ejemplo de ello se encuentra en el artículo 37 de la Convención de los derechos del niño o CDN, que si bien, limita en gran medida el uso o sujeción a la prisión preventiva, da lugar a ella, aludiendo a que la prisión preventiva se utilizará como medida de último recurso, mientras que otros cuerpos internacionales también atañen a que la prisión preventiva no puede ni debe ser la regla general. Esta misma situación puede apreciarse en la imposición de las penas para los adolescentes, las cuales no pueden exceder de 5 años para los adolescentes menores de 16 años de edad ni de 10 para los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad.

Queda claro entonces que la ley de responsabilidad penal adolescente no señala, como si lo hacen otras normas, un catálogo de medidas cautelares personales, aplicables en los casos en que se vulneren los presupuestos materiales y necesidad de cautela. Por el contrario, si tomamos en cuenta el principio de especialidad, veremos que en lo no señalado por la ley de responsabilidad penal adolescente, regirá supletoriamente el código procesal penal, así lo expresa el artículo 1^{ero} de la ley 20.084 al manifestar que lo no previsto por ella serán aplicables supletoriamente las disposiciones contenidas en

¹⁵⁶ *Artículo 32 Ley 20.084*

el código penal y en las leyes penales especiales. Por lo que respecto de lo no contemplado en el artículo 31 LRPA, sobre las medidas cautelares personales, deberán aplicarse entonces las otras medidas cautelares personales como el arraigo nacional, arresto domiciliario, entre otras, incluyendo la prisión preventiva, denominada aquí como “internación provisoria”, que es justamente la señalada en el artículo 31 cuya utilización está restringida a los crímenes, “por lo cual se reafirma el carácter subsidiario que debe tener respecto de las otras medidas cautelares personales y el principio de proporcionalidad”¹⁵⁷.

Sobre éste último principio de responsabilidad, el artículo 33 LRPA señala que el juez jamás, en caso alguno podrá decretar una medida manifiestamente desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena, lo que a nuestro juicio resulta redundante e intrascendente toda vez que la mención a éste precepto o su omisión no genera diferencia alguna ya que el principio de proporcionalidad es un principio propio del derecho penal chileno aún sin norma expresa, aludiendo a que no por no señalarlo el juez se encontrará habilitado para dar lugar a medidas desproporcionadas, sin embargo el legislador, en un propósito aparente de crear una institución “antibalas”, decide redactar éste artículo.

La internación provisoria, que a nuestro juicio no hace más que ser un homónimo de la prisión preventiva señalada en los artículos 139 y siguientes del código de procedimiento penal, aquí tiene una regla especial. Los adolescentes sujetos a ésta internación provisoria podrá optar o gozar, con expresa autorización del juez correspondiente, de un permiso para salir del centro de detención en el que se encuentran. A este beneficio se le conoce como permiso de salida diaria y se encuentra consagrado en el artículo 34 de la LRPA. La regla en comento, señala que el juez podrá autorizar al adolescente, en casos calificados, a salir por el día del recinto penitenciario siempre y cuando esto no vaya en contra de los “objetivos de la medida”. Lo que debemos entender es que el juez en casos calificados, podrá conceder ésta oportunidad a los adolescentes siempre y cuando esto no contradiga las razones de

¹⁵⁷ *Gonzalo Berríos Díaz, el nuevo sistema de justicia penal para adolescentes, Revista de Estudios de Justicia n°6 año 2005*

hecho que llevaron a decretar la medida en un principio, es decir, que si la medida cautelar fue considerada en atención a la necesidad de cautela por peligro para la sociedad, difícilmente encontraremos una solución viable para la salida del adolescente, salvo que así lo decida el juez y lo hará “en casos calificados” por lo que reafirma el carácter de excepcional de ésta medida.

Para enmarcar lo expuesto, respecto a la internación provisoria, presentamos al lector dos cuadros comparativos sobre la actual situación de la internación provisoria en Chile:

REGIÓN	TOTAL INFRACTORES INGRESADOS		
	TRAMO DE EDAD		TOTAL
	14 - 15	16 - 17	
I	180	366	546
II	181	595	776
III	145	319	464
IV	207	503	710
V	673	1.444	2.117
VI	276	732	1.008
VII	358	671	1.029
VIII	538	1.255	1.793
IX	337	769	1.106
X	245	555	800
XI	44	100	144
XII	43	100	143
XIV	139	276	415
XV	108	232	340
RM CENTRO NORTE	587	1.375	1.962
RM ORIENTE	488	959	1.447
RM OCCIDENTE	488	1.111	1.599
RM SUR	446	945	1.391
TOTAL NACIONAL	5.483	12.307	17.790

Fuente: Información obtenida del SAF.

En el primer cuadro¹⁵⁸, podemos apreciar el número total de infractores a la ley penal que se encuentran dentro de los rangos de la responsabilidad penal adolescente, en el

¹⁵⁸ Tabla n°20 infractores menores de edad ingresados al ministerio público, periodo 01 enero 2017 a 30 junio 2017, dispuesto al público por la boletín estadístico I semestre Enero – Junio de la Fiscalía, Ministerio público de Chile

primer semestre del año 2017, es decir, un total de 17.790 adolescentes ingresados al ministerio público por la comisión de uno o más delitos, los cuales en su notoria mayoría se concentran en la región metropolitana seguidos de la región de Valparaíso. A continuación mostramos un segundo cuadro para apreciar la diferencia entre los infractores de la ley de responsabilidad penal adolescente, y aquellos que además, en base al proceso, son sujetos a medida cautelar personal de internación provisoria, de acuerdo a los datos estadísticos del primer semestre de éste año 2017:

REGIÓN	INTERNACIÓN PROVISORIA	
	INFRACTORES	PORCENTAJE
I	39	6,02%
II	44	6,79%
III	18	2,78%
IV	13	2,01%
V	67	10,34%
VI	22	3,40%
VII	35	5,40%
VIII	47	7,25%
IX	30	4,63%
X	20	3,09%
XI	2	0,31%
XII	7	1,08%
XIV	18	2,78%
XV	10	1,54%
RM CENTRO NORTE	75	11,57%
RM ORIENTE	69	10,65%
RM OCCIDENTE	38	5,86%
RM SUR	94	14,51%
TOTAL NACIONAL	648	100,00%

Fuente: Información obtenida del SAF.

El cuadro anterior¹⁵⁹ retrata de nueva cuenta, que el número de adolescentes sometidos a internación provisoria es bajo, aún más lejos de la región metropolitana, sector en que se concentra el mayor número de infractores sujetos a internación provisoria.

Por otro lado, si consideramos que la etapa de investigación tiene una duración máxima de 6 meses ampliable por 2 más a solicitud expresa del fiscal, muy inferior a los 2 años de la investigación del CPP, toma importante relevancia los datos compartidos por la defensoría penal pública luego de los primeros 3 años de la entrada en vigencia de la LRPA, la cual tan solo los primeros años alcanzó 81,6 días el promedio de internaciones provisorias decretadas por los tribunales el primer año, 99.6 el segundo y 118.9 el tercer año¹⁶⁰, que evidencia un gran aumento en la intención de los jueces de disponer de la internación provisoria, lo que representa una contradicción a la idea de brevedad del procedimiento para adolescentes.

Finalmente, en lo que compete a la mención de las medidas cautelares personales señaladas en la ley de RPA y que son protagonistas de éste capítulo, tenemos que señalar una última norma que el legislador optó por incluir y que cobra mucha relevancia; estamos hablando del principio de oportunidad.

En el derecho como lo conocemos, tras la entrada en vigencia del nuevo procedimiento penal convencional, el principio de oportunidad ha sido entendido, como lo dispone el artículo 170 CPP, como una facultad especial, propia de la fiscalía, por la cual puede no iniciar una investigación o persecución penal, o abandonar la ya iniciada, cuando considere que no comprometiére gravemente el interés público, con excepción de los casos en que la pena mínima señalada en abstracto para el delito que se hubiere cometido o que se investigare fuere superior a la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, y que se tratare de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. De lo anterior.

¹⁵⁹ *Tabla n°21 infractores menores de edad sometidos a internación provisoria, periodo 01 enero 2017 a 30 junio 2017, dispuesto al público por la boletín estadístico I semestre Enero – Junio de la Fiscalía, Ministerio público de Chile*
www.fiscalíadechile.cl/fiscalía/estadísticas/index.do, título IV, información ley 20.084, responsabilidad penal adolescente, p.55

¹⁶⁰ *Vease Couso y Duce, pp. 223 y 224*

La norma antes reseñada tiene un especial vínculo subjetivo en manos de la fiscalía quienes pueden decidir en base a un criterio especial si seguir o no con una investigación, pero además, para frenar una investigación ya iniciada, claro está, que esto debe hacerlo, emitiendo una decisión motivada que debe ser comunicada oportunamente al juez de garantía quien a su vez debe notificarla a los intervinientes¹⁶¹, por lo tanto, aún cuando el criterio queda a disposición de la fiscalía, su decisión no puede ser arbitraria o llevada solamente por un capricho de opiniones personales descuidando las normas y otros criterios legales. Con todo, la norma, menos positivista que otras del mismo código, deja en manos del juez de garantía la decisión de aceptar o no la propuesta del ministerio público.

Para la ley de responsabilidad penal adolescente, no sufre muchos cambios el principio de oportunidad, pues la atribución especial de la fiscalía se mantiene en su esencia, agregando la mención de que, además de las ya nombradas consideraciones que debe tener el ente persecutor para optar por el principio de oportunidad, debe tener especial consideración en la importancia o incidencias que puede tener la medida en la vida futura del adolescente, y además, respecto de la pena, se tendrá como base lo resultante de la aplicación del artículo 21 de la misma ley¹⁶² (reglas de determinación de extensión de la pena) de lo cual trataremos más adelante.

No es por tanto un nuevo principio de oportunidad, lo que tenemos aquí más bien es una adecuación a dicha facultad en que motivaremos un razonamiento mucho más objetivo y ceñido a una visión más ética y moralista en vistas a pensar en el contexto interno que vivirá la persona imputada y lo que podría significar su medida cautelar, esto es, la estigmatización, la disminución de oportunidades en el mercado laboral, la violencia o desamparo a lo cual estaría expuesto, entre otros muchos factores, lo que conduce a la discusión de que está en manos de la fiscalía que un adolescente pueda, en “su vida futura”, sufrir traumas irreparables, o bien, ser calificado por sus pares como delincuente llevando a una discriminación o incluso, simplemente significándole

¹⁶¹ Artículo 170 inc. 2^{do} Código de procedimiento penal

¹⁶² Artículo 35 Inciso 1^{ero} y 2^{do} de la ley de responsabilidad penal adolescente

otros daños de carácter moral o patrimonial de los cuales no se hará cargo nadie más que el sujeto mismo.

La norma es muy humana, aún cuando no es clara en un sentido de especificar que debemos entender por “vida futura”, ya es un paso grande el solo hecho de contemplar un aumento significativo en el rol protector de los derechos de los menores en la tipicidad de la ley.

A modo de resumen de éste entramado de medidas cautelares, apreciamos un simple adicionado a las medidas cautelares personales del código de procedimiento penal, creando una subsidiaridad para dichas medidas, las cuales se aplicarán en los mismos casos que para los demás imputados pero asumiendo la limitación propuesta por la ley de RPA en el capítulo analizado, velando así por el respeto a los derechos de los adolescentes y la preocupación del estado por una protección, pero sin dejar lejos de sanción o de cuidado los delitos cometidos por ellos o las formas necesarias para el cumplimiento de las sanciones o para el cuidado de la investigación, es decir, la ley es más blanda, pero no olvida que aquellas personas en la situación en la que se encuentran, son o pueden ser un peligro para la sociedad o la víctima.

CAPÍTULO 8: SANCIONES

El punto primigenio de ésta investigación tiene como objetivo principal ilustrar al lector sobre un análisis sobre la edad mínima para ser imputados. Explicando las medidas cautelares o sanciones o incluso el procedimiento no creemos alejarnos mucho de ese objetivo. Ya lo dijimos, en una introducción al Capítulo III de ésta misma investigación, que para nosotros es igual de importante dar una opinión personal sobre la materia, como internalizar en el lector, los contenidos del derecho en esta materia. Es justamente en el entendimiento sobre la ley de responsabilidad penal adolescente y su distinción con las demás normas vigentes y derogadas, donde podremos encontrar respuesta a nuestro análisis primitivo, por lo que es un factor del todo indispensable entender éstos apartados.

Con todo, entender sobre las sanciones que el legislador ha propuesto para nuestras generaciones futuras no puede más que resaltarnos un punto que venimos debatiendo desde el principio, sobre la edad mínima desde que una persona es sujeto de imputación y por tanto, objeto de sanciones privativas o restrictivas de libertad. Debemos entender en un primer término que no todas las sanciones, como veremos, son privativas de libertad, lo cual pese a ser obvio, es objeto de comentario pues, casual o a propósito, se le dará más énfasis en las sanciones privativas de libertad en los próximos párrafos.

Dicho lo previo, asumiremos la postura de analizar los tipos de sanciones señaladas por el legislador para los adolescentes, y su ejecución, a continuación:

1- TIPOS DE SANCIONES

1.1. Marco general

Posterior a las disposiciones generales de la ley de responsabilidad penal adolescente¹⁶³, es el turno de presentar, por medio de un catálogo contenido en el párrafo 1° del título I de la ley, sobre las consecuencias de la declaración de responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal, párrafo que lleva por nombre “de las sanciones en general” y en que señala, los distintos tipos de sanciones a las que pueden quedar sujetos los adolescentes, sustituyendo así a las penas del código penal y demás leyes.

A dicho catálogo, contenido en el artículo 6°, se lo denomina “escala general de sanciones penales para adolescentes” y que, en términos literales, se redactó de la siguiente manera:

- a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social;
- b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social;
- c) Libertad asistida especial
- d) Libertad asistida
- e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad
- f) Reparación del daño causado
- g) Multa, y
- h) Amonestación

Penas accesorias:

¹⁶³ *Título preliminar, artículos 1 al 5 Ley de responsabilidad penal Adolescente, Chile.*

- a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados, y
- b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el código penal, el código procesal penal y las leyes complementarias.¹⁶⁴

Agrega además el siguiente artículo 7 de la misma ley, que como sanción accesoria el juez estará facultado para establecer, de manera accesoria a las sanciones recién reseñadas, cuando sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente, la obligación de someterlo a tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o el alcohol¹⁶⁵

Las sanciones estipuladas en el artículo 6 de la ley de responsabilidad penal adolescente no fueron dictadas con fines de castigo para los menores, ni como una forma de desincentivar al resto de la población adolescente de cometer delitos, las sanciones por el contrario, dicese en el artículo 20 LRPA, tienen como finalidad hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. Entiéndase la diferencia entre castigo y responsabilidad, pues la responsabilidad es el método no correctivo de “responder” por los daños, “hacerse cargo” de ellos, de los hechos delictivos, y además, con miras a progresar en un desarrollo socioeducativo.

Por de pronto, las sanciones recién expuestas, y que gozarán aquí de una profundización individual para cada una de ellas, son sanciones sustitutivas de aquellas contenidas en otras leyes, según se dijo, y que por tanto, se aplican única y exclusivamente en los casos en que los delitos contemplados en las correspondientes leyes, hayan sido realizadas por adolescentes. Dicho sea de paso, que las sanciones entonces, no serán las del “tipo penal” del delito en cuestión, sino que habrá que remitirse a lo contemplado en éstas reglas especiales, pero que en lo referente al iter

¹⁶⁴ *Letras A a la H, como las siguientes A y B, todas desprendidas del tenor literal del Artículo 6 inciso segundo, ley de responsabilidad penal adolescente, Chile*

¹⁶⁵ *Artículo 7, Ley de responsabilidad penal adolescente, Chile*

criminis, grado de participación, y demás reglas de determinación de la pena o circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, si se estará a lo atendido por dichas leyes.

Las circunstancias de las sanciones en general están íntimamente ligadas a que el individuo que actúa (u omite) sea un adolescente. La situación de ser un adolescente quien comete uno de los delitos contemplados en el código penal o demás leyes, se traduce en la significación de algunas de las sanciones ya previstas, salvo en ciertos casos, que analizaremos a continuación, en que la sola comisión por un adolescente no arrojará como resultado inmediato una sanción en abstracto de las expuestas en el artículo 6 de la LRPA, pues en esos casos, los adolescentes quedarán liberados de toda sanción penal al igual que de la posibilidad de persecución penal en su contra o bien, serán sancionados de forma diversa.

1.1.1 De las faltas

De nueva cuenta, adolescente es aquella persona cuya edad se encuentra entre los 14 y los 18 años, y la ley de responsabilidad penal adolescente, por ende, acuña su nombre en atención a éstos sujetos cuya edad se encuentra dentro de dichos márgenes. Así, todo adolescente que cometa un delito se rige por la ley de responsabilidad penal adolescente, simple, sin necesidad de mayor profundidad en el tema. Ahora bien, mucho cuidado, pues la misma ley reconoce una excepción sobre la edad mínima para ser imputado, que cobra mucho sentido a la luz del tema principal de nuestra investigación y que desmiente todo lo ya estudiado, que es el exclusivo caso de las faltas.

Para las faltas, la ley le resta total responsabilidad penal a los menores de 16 años, señalando que “sólo serán responsables [...] los adolescentes mayores de dieciséis años”¹⁶⁶, infinitamente contradictorio a lo ya visto a lo largo de éstas páginas, y es, hasta ahora, la única situación en que la ley o el derecho penal en general, separa a los mayores de 16 y menores de 16 en relación a una sanción.

¹⁶⁶ Artículo 1° inciso 3^{ero} Ley de responsabilidad penal adolescente, Chile

Para una mayor excepcionalidad de las faltas en la ley de responsabilidad penal adolescente, el mismo artículo primero inciso tercero de la ley señala que además de solo ser responsables de las faltas los adolescentes mayores de 16 años, también deberán ser ciertas y determinadas faltas las que sea constitutivas de reproche para los adolescentes:

a) Las contenidas en los numerales 1, 4, 5 y 19 del artículo 494 del código penal chileno, que tipifica la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:

- El que asistiendo a un espectáculo público provocare algún desorden o tomare parte de él¹⁶⁷

- El que amenazare a otro con armas blancas o de fuego y el que riñiendo con otro las sacare, como no sea con motivo justo¹⁶⁸

- El que causare lesiones leves a otro¹⁶⁹¹⁷⁰

- El que ejecutare alguno de los hechos penados en los artículos 189¹⁷¹, 233¹⁷², 448¹⁷³, 467¹⁷⁴, 469¹⁷⁵, 470¹⁷⁶ y 477¹⁷⁷ del código penal, pero solo en relación con el artículo 477, siempre que el delito se refiera a

¹⁶⁷ Artículo 494 numeral 1° CP, Chile

¹⁶⁸ Ibid, numeral 4°

¹⁶⁹ Ibid, numeral 5°

¹⁷⁰ La ley se ocupa de interpretar el contenido del tenor literal de la expresión “lesiones leves” señalando que por tales deben entenderse aquellas que no se hallaren comprendidas en el artículo 399 (lesiones menos graves), aclarando además que nunca se podrá dar la calificación de lesión leve a las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5 de la ley de violencia intrafamiliar

¹⁷¹ Fraude de estampillas

¹⁷² Malversación de caudales públicos

¹⁷³ Hurto por hallazgo

¹⁷⁴ Estafa

¹⁷⁵ Estafa

¹⁷⁶ Estafa

¹⁷⁷ Respecto del delito de Incendio

valores que no excedan de una unidad tributaria mensual. La ley hace sólo mención al artículo 477 y no a los demás¹⁷⁸

b) Las contenidas en el artículo 494 bis respecto del hurto simple de cosas cuya cuantía no exceda de media unidad tributaria mensual

c) Las contenidas en el artículo 495 número 21, respecto de la pena de multa de una unidad tributaria mensual para quien intencionalmente o con negligencia culpable cause daño que no exceda de una unidad tributaria mensual en bienes públicos o de propiedad particular.

d) Las contenidas en el artículo 496 numerales 5 y 26 del código penal Chileno, respecto de la pena de multas de una a cuatro unidades tributarias mensuales para:

- El que ocultare su verdadero nombre y apellido a la autoridad o a persona que tenga derecho para exigir que los manifieste, o se negare a manifestarlos o diere domicilio falso¹⁷⁹¹⁸⁰

-El que tirare piedras u otros objetos arrojados en parajes públicos, con riesgo de los transeúntes o lo hiciera a las casas o edificios en perjuicio de los mismos o con peligro a las personas¹⁸¹

e) De las tipificadas en la ley 20.000, también conocida como ley de drogas. Esta es una de las excepciones más importantes dentro de las señaladas anteriormente pues los menores de 16 años no serán responsables por las faltas contempladas en la ley de drogas, correspondientes al artículo 50 y 51 de dicho cuerpo legal, y que por tanto, estaría dejando sin reproche, por dar un ejemplo, el consumo de drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas en lugares públicos o abiertos al público o en

¹⁷⁸ Artículo 494 numeral 19 en relación con el 477 CP, Chile

¹⁷⁹ Artículo 496 numeral 5 CP, Chile

¹⁸⁰ Poco se habla de la importancia de éste precepto pues dentro de quienes tienen derecho a exigir que una persona manifieste su nombre se encuentran las policías, quienes además son los encargados de realizar el control de identidad o la detención, aquí, los adolescentes menores de 16 años no serán sancionados si se negaren a señalar su nombre o domicilio o dieran uno falso.

¹⁸¹ Artículo 496 numeral 26 CP, Chile

lugares de detención, recintos militares o policiales quedando en la total inimputabilidad los menores de 16 años.

1.1.2. De los delitos sexuales

Símil de lo expuesto sobre las faltas, otra excepción a la regla de las sanciones del artículo 6 se encuentra aparejada a lo prescrito en el artículo 4 de la ley RPA, que reza “*no podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quater y 366 quinquies del código penal cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 de dicho código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos dos años de edad tratándose de la conducta descrita en el artículo 362 o de tres años en los demás casos*”¹⁸².

En principio, respecto de los delitos de violación impropia, violación sodomítica, y demás actos de carácter sexual con un menor de catorce años señalados en el código penal, estos no serán objeto de reproche en ciertos y determinados casos a analizar. Esta regla de por sí, previo a especificar sus requisitos, no representa absolutamente ninguna excepción respecto de los mayores de edad, quienes, en todos los casos señalados en los artículos precedentes, estarían en plena comisión de delito.

La regla antes señalada tiene sin embargo varios requisitos para que no sea considerada un delito por los adolescentes, el primero de ellos, es que dichos actos de significación sexual con menores de 14 años deben ser realizados sin mediar los requisitos del artículo 361 o 363 del código penal Chileno, que podemos señalar como realizar el acto de carácter sexual con un menor de 14 años utilizando fuerza, intimidación, provecho de su privación de sentido o incapacidad para oponerse o de su enajenación mental¹⁸³ o bien cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental de la víctima, de una relación de dependencia de la víctima, del grave desamparo o

¹⁸² Artículo 4 ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente, Chile

¹⁸³ Artículo 361 numerales 1, 2 y 3 CP, Chile

engañando a la víctima aprovechando su inexperiencia o ignorancia sexual¹⁸⁴. Una vez evacuada esa posibilidad, es decir, que el acto sexual sea realizado sin el contenido de actos o hechos que pudieran considerarse dentro de los recién expuestos, tendremos que atenernos al siguiente requisito, esto es, que además, que exista una diferencia de edad entre la “víctima” y el adolescente de menos de 2 años, en los casos de la violación impropia o de 3 años, en los otros casos.

La doctrina Chilena ha dividido los tipos de violación comprendidos en los artículos 361 y 362 del código penal Chileno, considerando la violación propia como aquella en que se tienen relaciones sexuales con un menor de edad mayor de 14 años mediando los requisitos de dicho artículo, ya enumerados, y la violación impropia, en que dicha relación sexual, o acceso carnal, por vía anal, bucal o vaginal, sea realizada con un menor de 14 años de edad, caso en el cual no distingue requisitos algunos, sancionando la acceso carnal con el menor de 14 años por sí sola, la cual, siempre será violación impropia.

Para los adolescentes, el artículo 361, o violación propia, tendrá el mismo trato que para los adultos, conservando la sola “posibilidad” de sanción si se cumplieren los requisitos no copulativos allí plasmados, y respecto de los del 362, o violación impropia, tendrá también el mismo reproche que los adultos pero con una excepción única para ellos en que estarán libres de culpa cuando no concurren los requisitos del 361 y 363 y además haya una diferencia de menos de 2 años para el delito de violación impropia y 3 años para los demás.

Así visto, entendemos que si Juan, quien es adolescente accede carnalmente a María de 13 años de edad, tendremos que, forzosamente, aplicar estos preceptos. Si Juan accediere a María, engañándola en base a su ignorancia sexual, no importará la edad de María pues se cumpliría uno de los requisitos del estupro, por lo que Juan sería sujeto activo del delito de violación impropia por el acceso carnal con María, quien tiene 13 años. Pero si Juan accede carnalmente a María, de 13 años, sin mediar ninguna de las conductas, o bien, que haya pleno consentimiento de María, habrá que estudiar qué

¹⁸⁴ *Artículo 363 numerales 1,2,3 y 4 CP, Chile*

edad tiene Juan. Aquí en el ejemplo, si Juan tiene 14 años y medio y María 13 años, no habría delito alguno, por lo que el acceso carnal consentido entre Juan y María sería totalmente lícito. Por el contrario, si en el mismo ejemplo Juan es adolescente, pero de 15 años y medio, y María de 13, su internación carnal sería constitutiva de delito de violación impropia, totalmente punible, pero no lo serían otro tipo de conductas de significación sexual con María. Finalmente si Juan tuviere 17 años, y María 13, no habría objeto a discusión pues aún con el consentimiento de María o de la persona a su cuidado, la diferencia de edades dará como resultado la conducta punible de Juan.

La situación legal en Chile no nos deja muchas opciones de ejemplificación en los escenarios de violación, en cuanto a la distinción entre hombres y mujeres, pues podría resultar discriminatorio para los hombres quienes resultan afectados en un margen estigmatizador respecto a sus pares del sexo femenino al ser considerados estos, como los sujetos activos en estos delitos atroces.

La respuesta a que sea Juan quien viola a María, y no el ejemplo contrario, es porque el legislador, en el tenor literal del código penal Chileno, ha optado por un concepto de violación en que el verbo rector sea la accesión carnal, y bien sabemos, éste solo puede ser realizado por un hombre, ya que la mujer queda ajena a esa posibilidad por motivos de carácter físico o fisiológico, por lo que su máximo reproche en los delitos de carácter sexual, será para los casos de abusos sexuales distintos a la accesión carnal, salvo en los casos en que participen en los delitos de violación como cómplices penados como autores, o bien, cómplices o encubridores.

Continuando, hemos dejado claro que el legislador sindicó un caso especial y excepcional para los delitos sexuales en que si se aplica bien la regla, un adolescente que accediera carnalmente a un menor de edad, podría ser absuelto o evitar la persecución penal si la hubiere, lo que no deja de tener extrema relevancia respecto de “la edad mínima para ser imputado” pues aquí, la edad mínima para ser imputado podría no ser los 14 años como se ha dicho anteriormente, sino que aquí, del mismo modo que las faltas del código penal y de la ley de drogas, estamos en un caso en que la edad mínima para ser imputado es otra, y que dependerá del caso a caso. Más aún

cobra relevancia si tomamos en cuenta que en el acontecer actual los delitos sexuales cometidos por adolescentes constituyen el 2.45% de los delitos cometidos por adolescentes a lo largo del país con más de 439 infractores a las leyes penales de carácter sexual, sólo en el primer semestre del año 2017¹⁸⁵ y que, según demostraremos según tabla estadística del ministerio público, a lo largo del año 2016 (enero-diciembre) alcanzaron un total de 929 infractores siendo nuevamente la región metropolitana la que aventaja el número de infractores:

CATEGORÍA DE DELITOS	RM CN	RM OR	RM OCC	RM SUR	Total Nacional
CUASIDELITOS	10	6	6	8	105
DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA	25	18	20	11	267
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INTIMIDAD DE LAS PERSONAS	369	172	355	487	4.017
DELITOS CONTRA LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL	14	3	18	1	99
DELITOS DE JUSTICIA MILITAR	0	1	2	0	23
DELITOS DE LEYES ESPECIALES	97	58	59	61	601
DELITOS DE TORTURA, MALOS TRATOS, GENOCIDIO Y LESA HUMANIDAD	1	0	0	0	2
DELITOS ECONÓMICOS Y TRIBUTARIOS	34	19	15	15	236
DELITOS FUNCIONARIOS	2	1	2	0	9

¹⁸⁵ Tabla n°18 delitos ingresados por región y categoría de delitos, referente a responsabilidad penal adolescente, periodo 01 enero 2017 a 30 junio 2017, boletín estadístico I semestre 2017, título IV, información ley 20.084, responsabilidad penal adolescente, p.53

DELITOS LEY DE DROGAS	90	60	82	50	1.117
DELITOS LEY DE TRÁNSITO	24	13	27	15	306
DELITOS SEXUALES	90	39	62	82	929
FALTAS	506	345	355	302	6.330
HECHOS DE RELEVANCIA CRIMINAL	54	44	67	43	610
HOMICIDIOS	13	8	4	17	101
HURTOS	612	1.499	554	536	6.702
LESIONES	535	271	523	569	6.032
OTROS DELITOS	328	187	174	168	1.933
OTROS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	533	418	292	311	3.926
ROBOS	555	453	316	381	3.260
ROBOS NO VIOLENTOS	271	327	195	165	3.126
TOTAL NACIONAL	4.163	3.942	3.128	3.222	39.731

Como vemos, en el cuadro estadístico^{186*}, al igual que en el caso del primer semestre del año 2017, apreciamos que los delitos sexuales no son menores en el derecho penal de los adolescentes, alcanzando un 2,34% de los delitos cometidos por adolescentes, y eso solo sin considerar los casos en que por la regla especial de los delitos sexuales ya manifestada, pudieron quedar impunes varias más conductas.

¹⁸⁶ Tabla 18 boletín estadístico anual, enero- diciembre 2016, fiscalía, ministerio público, enero de 2017. *en el cuadro se tomaron en consideración todas las regiones, pero para efectos de enseñar dicho cuadro, se optó por presentar solamente la región metropolitana, meramente por temas de estética*

1.2. Derecho comparado

Previo a analizar a fondo los distintos tipos de sanciones, echemos un pequeño vistazo, muy breve, a los tipos de sanciones de otros cuerpos legales extranjeros en el marco internacional para ver en qué medida se asemejan o no a las sanciones del catálogo del artículo 6 de la ley de responsabilidad penal adolescente.

Por ejemplo, y sin que exista un orden especial de prelación para la selección de los países objeto de comentarios, en Brasil¹⁸⁷, las sanciones o “medidas socioeducativas” son o pueden ser la advertencia, obligación de reparar el daño, prestación de un servicio a la comunidad, libertad asistida, internación en régimen de semi-libertad e internación en establecimiento educacional. Las cuales guardan cierta similitud con las sanciones de nuestro país.

Por su parte, en Perú¹⁸⁸ se llevan la amonestación, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, libertad restringida e internación en establecimiento para tratamiento, nuevamente coincidiendo en muchos aspectos con nuestra legislación.

Finalmente en Ecuador¹⁸⁹ el escenario es más complejo pues existen un catálogo más amplio que en los países recién comentados, y son la amonestación, amonestación e imposición de reglas de conducta, orientación y apoyo familiar, deparación del daño causado, servicios a la comunidad, libertad asistida, internamiento domiciliario, internamiento de fin de semana, internamiento con régimen de semi-libertad e internamiento institucional.

Además de éstos países, de los cuales ya habíamos hecho mención en el capítulo II de éste texto, COUSO y DUCE plantean una interesante distinción en materia de sanciones y procedimiento para los países de España, Estados Unidos, Costa Rica y Alemania que serán puestas en escena en el capítulo correspondiente al procedimiento.

¹⁸⁷ Ley 8.069 sobre estatuto de crianza de los adolescentes, artículo 112, Brasil

¹⁸⁸ Ley 27.337 sobre código de los niños y los adolescentes, artículo 217, Perú

¹⁸⁹ Ley 100, Código de la niñez y adolescencia, Artículo 369, Ecuador

Conforme con ésta etapa, saldadas las distintas situaciones en que el legislador optó por no estimar sanción alguna, y habiendo dado un pequeño resumen por legislaciones que comparten estricta similitud con nuestro catálogo de sanciones, pasamos entonces a ver las sanciones propiamente tal que la LRPA ha dictado para los jóvenes.

2. Sanciones no privativas de libertad:

Las primeras sanciones que veremos son las “no privativas de libertad” entendiendo por tales aquéllas en que la sanción impuesta en abstracto por el legislador no contempla la internación en centros de régimen cerrado o semi cerrado, sino que vela por otro tipo de sanciones ya sea de carácter preventivo o pecuniarias. Las sanciones no privativas de libertad son:

2.1. La amonestación: El párrafo 2° del título I de la ley RPA nos introduce a las sanciones no privativas de libertad y en primer término nos expone la amonestación, señalando, en su artículo 8^{vo} que consiste la amonestación en la reprensión enérgica al adolescente hecha por el juez, en forma oral, clara y directa, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos y sus consecuencias, instándole a cambiar de conducta y formulándole recomendaciones para su futuro.

Este tipo de sanciones resultan ser las más blandas de todas, pues claramente consisten únicamente en el “reto” que el juez, realiza al adolescente, esto además de notificársele a los padres o cuidadores del menor si ellos no estuvieran en la audiencia. Es decir, la reprensión oral o reto sólo puede ser realizada por el juez, y además, se le notificará a sus padres o a quienes tengan a cargo el menor, sobre las conductas realizadas y sus correspondientes consecuencias.

Es difícil considerar a la amonestación como una verdadera sanción, más si entendemos que los resultados de ella son inciertos, ya que podría no ser suficiente para cambiar la conducta de un menor. La gravedad de ésta sanción es mínima o casi nula pero es muy adecuada atendido que los adolescentes son aún niños y su trato debe ser distinto que para los adultos, no solo por el contenido de la carta de los derechos

del niño sino además por un simple rol de reinserción social y cuidado de los niños de la justicia chilena.

Será el juez quien decida los casos en que ésta sanción sea la idónea para ser ejercida ante el actuar ilícito de un adolescente, pero además, debe darse como presupuesto que el adolescente haya previamente asumido su responsabilidad en la infracción cometida. No olvidemos que no hay perjurio en causa propia, y no podremos tampoco obligar al menor a reconocer su culpabilidad ni aún excusados en el supuesto de una sanción menor como podría ser la amonestación. Podría por tanto, ser el reconocimiento de culpa un atenuante de responsabilidad penal buscado con el fin de conseguir como única sanción la amonestación, pero que atendida la gravedad del delito no se llegue a dicho reproche del juez sino a una sanción más grave. Ante ello, no compartimos lo expuesto en el inciso segundo del artículo 8 de la ley 20.084 que existe como único requisito esencial que el menor reconozca la culpa, por lo anterior, y además porque podríamos estar en la situación de adolescentes que cometan delitos motivados por la razón de que su aceptación de culpa los liberará de sanción pecuniaria o privativa de libertad.

2.2. Multa: Otra de las sanciones que expresa la LRPA es esta sanción de carácter pecuniario y que definiremos como “pena patrimonial que obliga al condenado a pagar cierta cantidad de dinero por la comisión de una falta”¹⁹⁰ y que también “se podrá aplicar para aquellos casos en que por aplicación de atenuantes se debe rebajar la pena a un condenado en tal forma que ya no hay más grados inferiores sobre que aplicar la sentencia, se aplicará la pena de multa”.¹⁹¹.

El artículo 25 inciso 6^{to} del código penal, además, se encarga de aclarar que respecto de los crímenes, la cuantía de las multas no podrá exceder de 30 unidades tributarias mensuales, en los simples delitos, de 20 unidades tributarias mensuales y respecto de las faltas, de 4 unidades tributarias mensuales. Lo anterior salvo en los casos en que

¹⁹⁰ *Diccionario jurídico, círculo legal de editores, 7^{ma} edición agosto de 2016, actualizada año 2017, p. 88*

¹⁹¹ *Ídem.*

por determinadas infracciones, atendida su gravedad, contemplen penas de multa superiores.

La LRPA contempla que las multas que pueden servir de sanción para un adolescente, no podrán exceder de 10 unidades tributarias mensuales y además, establece una serie de reglas especiales¹⁹² a tener en cuenta por el ente sancionador, la primera de ellas, respecto a su aplicación y determinación de su monto, en que el juez tendrá que además considerar la situación económica del menor y de las personas a su cargo, resultando en un pormenor pues admitiremos que cuando A y B cometan el mismo delito, ambos tendrán sanciones de multa distintas ya que A y B gozan de diferente situación económica, llegando a ser casi discriminador atendido a que quien tiene más dinero deberá pagar más, y a contrario sensu, quien se encuentre en una situación más vulnerable se podrá excusar del pago total de la multa de su par adolescente. La segunda regla especial es que el juez, a petición de parte podrá aceptar el pago de la multa en cuotas, y como tercera regla, el juez podrá conmutar la multa, a petición de parte, por la sanción de servicios de beneficio de la comunidad a razón de 30 horas por cada tres unidades tributarias mensuales.

2.3. De la reparación del daño¹⁹³: Sin adentrarnos en lo que podemos entender por daño y el eventual principio de responsabilidad del derecho Chileno, la misma ley anticipa aquello y define por su cuenta lo que por reparación del daño debemos entender, señalando que la reparación del daño consiste en la obligación de resarcir a la víctima del perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor. Además, para el último caso, el servicio no remunerado en favor de la víctima, que será una suerte de salida alternativa, requerirá de la aceptación previa de la víctima y del condenado, lo cual no deja de ser lógico pues no podría, a contrario sensu, obligarse a la víctima a recibir servicios de su agresor.

¹⁹² Artículo 9 Ley 20.084, Chile

¹⁹³ Artículo 10, ley 20.084, Chile

La reparación del daño es algo complejo de digerir, sobre todo si entendemos que no siempre es posible reparar el daño, pues si lo vemos desde el punto de vista civil en materia de reparación del daño moral, íntimamente ligado a la comisión de delitos, no podremos reparar la pérdida de un ser querido, ni un trauma vivido a raíz de un delito, o las secuelas de por vida de la víctima, como lesiones graves de carácter físico o psicológicos. En otras palabras, no todo daño es susceptible de reparación, ni siquiera en los casos de la indemnización de perjuicios del artículo 1489 del código civil Chileno de la condición resolutoria tácita o demás normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual del mismo cuerpo legal. Como decía BERMUDEZ¹⁹⁴, no podemos reparar un bosque quemado, o una especie extinta, o un río contaminado, por lo que la reparación no siempre es posible y mucho menos “devolver a su estado anterior” aquello que ya fue destruido o vulnerado.

La reparación del daño por tanto, en el derecho civil será por medio de un monto en dinero que lleva por nombre “indemnización” o bien, en el derecho ambiental, por ejemplo, intentando devolver al medio ambiente dañado, a un estado anterior o al menos a una calidad similar, y cuando ello no sea posible, al menos indemnizar los perjuicios. En el caso de la LRPA la reparación del daño será intentando resarcir a la víctima del perjuicio causado mediante la prestación en dinero, restitución o reposición de la cosa o un servicio no remunerado en su favor. Para aquellos casos en que el daño sea de tal manera emocional, que no pueda ser reparado por el dinero pues se escapa del simple perjuicio patrimonial, no quedará más remedio que ceñirse a lo dispuesto por ésta norma que sirve sólo como una alternativa a la reparación del daño moral causado a la víctima, pareciendo que sólo se pone en la situación de ocurrir daño patrimonial.

La ley es clara en confirmar que existiendo la posibilidad de que la reparación en dinero u otras de las propuestas por la norma, fueran insuficientes, podrá perseguirse por la vía civil, la responsabilidad contemplada en el artículo 2320 del código civil

¹⁹⁴ Bermudez Soto, Jorge, *fundamentos de derecho ambiental*. 2^{da} edición, octubre de 2014, Chile

chileno referente a la responsabilidad de los padres o u otras personas, respecto de los daños que sus hijos o a quienes tengan a su cuidado, pudieren causar a las víctimas.

2.4. Servicios en beneficio de la comunidad: La cual consiste en realizar actividades no remuneradas en favor de la colectividad, o beneficio de personas en situación de precariedad. Respecto de la primera, no podrá exceder de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con sus estudios o trabajo¹⁹⁵, además de que podrá tener una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120 horas.

Se utiliza también para éste tipo de sanción la misma posibilidad de que los adolescentes puedan realizar actividades no remuneradas en favor de otros, aunque en éste caso, a diferencia de lo referente a la sanción de reparación de daño, incluye a una colectividad y no solo a una persona, pero manteniendo el mismo presupuesto en que deberá haber un acuerdo entre unos u otros para la decisión de éste tipo de sanción.

Además, esta sanción debe ser aprobada por el condenado, siendo una mena sustitutiva de otra sanción superior no privativa de libertad, es decir, que éste tipo de sanción podrá dictarse en reemplazo de otra, siempre y cuando no sea de aquellas privativas de libertad previstas en los artículos 15 y siguientes de la ley 20.084.

2.5. Prohibición de conducir vehículos motorizados¹⁹⁶: sanción que se impondrá en los casos en que la infracción se haya ejecutado mediante la conducción de dichos vehículos. El inciso segundo de éste artículo 12, agrega que la sanción se hará efectiva desde la sentencia condenatoria y podrá extenderse hasta el periodo que le faltare al infractor para cumplir 20 años, por lo que sin importar el delito cometido en que para su comisión haya sido parte importante la conducción de vehículos motorizados, la sanción no podrá exceder más allá de los 20 años de edad del imputado.

2.6. Libertad asistida: Rozando el límite entre la libertad y la privación de la misma, acercándonos cada vez más con las sanciones privativas de libertad,

¹⁹⁵ Artículo 11, Ley 20.084, Chile.

¹⁹⁶ *Íbid*, artículo 12

encontramos la libertad asistida simple (o solo libertad asistida) y la libertad asistida especial. La primera, es la del artículo 13 de la ley 20.084 que consiste en la sujeción a control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social¹⁹⁷. Este sistema de control por parte de un delegado, será por medio de la supervigilancia que sea aprobada por el tribunal, que incluirán en todo caso, asistencia obligatoria del adolescente a encuentros periódicos previamente fijados por el juez, sin mermar su participación a su jornada educacional, Esta sanción de libertad asistida no podrá exceder de 3 años.

La libertad asistida del artículo 13 LRPA funciona como una pseudo-detención, pues aún cuando no conmina a un régimen cerrado o semi cerrado al adolescente, si lo sanciona con la asistencia obligatoria a encuentros periódicos de diversa índole so pena de sustituir dicha sanción por una privativa de libertad.

El carácter (re) socializador aquí es evidente, sobre todo en miras a beneficiar al menor con programas o servicios personalizados del tipo socio-educativo, terapéutico o de protección de sus derechos, medida que adopta varios de los fundamentos propios de la misión de los estados de velar por el cuidado de los derechos del niño.

2.7. Libertad asistida especial: A diferencia del caso anterior, el legislador pretende “asegurarse” de la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas que permitan la capacitación educacional, o laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados. Tendrá una duración, también, de hasta 3 años.

Se reafirma más aún el afán resocializador de la justicia chilena en el ámbito de las sanciones impuestas a los adolescentes, fomentando su mejor educación o capacitación laboral para afrontar de mejor manera el mercado laboral en miras de una futura consecución de un puesto de trabajo para poder progresar, pero más llamativo nos resulta, la instauración de la posibilidad de obligatoriedad de asistir a tratamientos de rehabilitación de drogas en centros especializados, fomentando la pérdida del vicio.

¹⁹⁷ *Ibid*, artículo 13

Resulta alentador, en principio, que exista ésta medida, para aquellos casos en que los adolescentes, de escasos recursos y nulo poder adquisitivo, que no tiene acceso a la educación y no goza de una familia del todo constituida y funcional, pueda optar, a través de éstos medios, por una educación u otro tipo de programas tendientes a su mejoramiento mental y espiritual que simboliza lo ya preceptuado en el mensaje del máximo mandatario LAGOS ESCOBAR que pretendía “considerar al adolescente como un sujeto de derecho que debe ser protegido en su desarrollo e inserción social y lograr objetivos de prevención de delitos”¹⁹⁸, sin embargo, dándole una segunda vuelta al asunto, creemos que entre líneas se encuentra que los establecimientos públicos que imparten éste tipo de beneficios a la comunidad suelen ser de pésima reputación o calidad, incluido los mismos centros del SENAME, y que finalmente, no logran su cometido sino que por el contrario, sirven como una escuela del delito para los jóvenes infractores. La solución está en mejorar el sistema del SENAME y lo referente a los servicios públicos destinados al trato con menores sujetos a medidas de reinserción social o en éste caso, de libertad asistida o asistida especial.

3. Sanciones privativas de libertad

Solo en el año 2014 el 15% (19.667) de los niños ingresados al SENAME fueron adolescentes ingresados por justicia juvenil, mientras que el 84% (111.440) fueron niños ingresados por protección de derechos y solo un 1% ingresados a adopción (715)¹⁹⁹ lo que indica que el ingreso a los centros del SENAME para los regímenes privativos de libertad constituye un margen bastante bajo en comparación al ingreso de otros niños por situaciones de pobreza, vulnerabilidad, abandono de familia, situación socio-ambiental en la que se desenvuelven u otros problemas que constituyen un desamparo a la protección de sus derechos. Lo que aquí se plantea, es que niños, de aún más baja edad, deben convivir en iguales condiciones, en los centros del

¹⁹⁸ Mensaje del presidente de la república Ricardo Lagos Escobar con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal, mensaje n°68-347 del 2 de agosto de 2002, página 4, op. Cit.

¹⁹⁹ Justicia proporcional a los niños, niñas y adolescentes, discusión proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de abuso sexual, 14 de Abril de 2015, SENAME, ministerio de justicia, página 4 www.senado.cl

SENAME con adolescentes sometidos a sanciones privativas de libertad específicas o bien, con niños que de acuerdo a otras normas de los tribunales de familia, también son puestos a disposición de esos centros luego de cometer ilícitos penales sin formar parte de la gama de niños cuya edad se rige por la LRPA.

El párrafo 3° del Título I (de las sanciones en general) de la LRPA trata a las sanciones privativas de libertad, las cuales definiremos como aquellas que someten a los adolescentes infractores a las leyes penales, a un régimen cerrado o semicerrado acompañadas de un programa de reinserción social.

La reinserción social propiamente tal es un programa destinado a las mismas finalidades vistas respecto del delegado encargado de la sanción no privativa de libertad de “libertad asistida” y “libertad asistida especial” y que, *se realizará, en lo posible, con la colaboración de la familia*”²⁰⁰

A continuación analizaremos las diferencias entre ambos tipos de regímenes privativos de libertad:

3.1. Régimen semicerrado

Al igual que aprendimos en la escuela de derecho, hay ciertos casos en que cada concepto jurídico debe ir acompañado de su correspondiente apellido, por ejemplo, en materia hereditaria, el orden de sucesión constituido por la cónyuge y los hijos, estaría claramente erróneo y desubicado, pues el correcto debiese ser “la cónyuge sobreviviente” y “los hijos, personalmente o representados por su descendencia”, pues si aceptamos el término “cónyuge” a secas, crearíamos un orden sucesorio para el cónyuge aún fallecido, por lo que operaría respecto de sus órdenes sucesorios, y estaríamos restándole importancia al hecho de que si el cónyuge hubiere fallecido antes, éste sucedería, cuando en la actualidad, eso no ocurre, perdiendo cualquier posibilidad de suceder una vez que fallece. Asimismo, si consideramos que “los hijos” sucederán al causante, no daríamos respuesta a la situación de que el hijo hubiere fallecido antes que el padre, caso en el cual su descendencia no obtendrían herencia

²⁰⁰ Artículo 15 inciso 2° Ley de responsabilidad penal adolescente, 20.084, Chile.

alguna, por lo que en ambos casos es de suma importancia la inclusión de “cónyuge sobreviviente” e “hijos personalmente o representados por su descendencia”.

Un ejemplo más aterrizado en el derecho penal es el parricidio, ya que el artículo 390 del código penal chileno expresa que si la víctima del delito de parricidio, es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor tendrá el nombre de femicidio. ¿Cuál es la importancia en el correcto uso del lenguaje jurídico? Pues sólo será femicidio quien mate a “la” conyuge o “la” conviviente, por lo cual, un equivocado uso de ello, podría traer graves consecuencias, al decir, por ejemplo, que quien mata a su cónyuge comete femicidio, estaría incurriendo en falta grave al lenguaje jurídico pues el cónyuge que es sujeto pasivo del delito de femicidio es y debe ser “la” mujer.

Lo anterior es solo un preludeo para entender que en éstos casos de régimen cerrado y semicerrado debe ir siempre aparejada, a raíz de lo estipulado en los artículos 16 y 17 de la LRPA la expresión “con programa de reinserción social” según veremos, la cual, no queda ajena en ningún caso al régimen de privación de libertad, por lo que el legislador a optado por incluir en el tenor literal de ambos artículos, dicha expresión.

De estos regímenes de privación de libertad, el primero es el régimen semicerrado con programa de reinserción social y cuya función es ser una sanción consistente en la modalidad de residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad con un programa de reinserción social que será desarrollado dentro o fuera de dicho centro. Así como dicho programa de reinserción social puede ser desarrollado dentro de las cuatro paredes del centro de privación de libertad, también podrá serlo al aire libre, lo cual es la principal característica del régimen cerrado que posteriormente tocaremos.

Para el primer año tras la entrada en vigencia de la LRPA el SENAME contaba con 17 centros cerrados, hoy ya son muchos más, y su infraestructura, aseo y ornato no es de la mejor. Es en cierta forma positivo que los adolescentes gocen de ese beneficio de salida al aire libre para realizar sus programas de reinserción social.

El director del centro respectivo deberá proponer al tribunal un programa personalizado de actividades para el adolescente considerando para ello las medidas a adoptar para la asistencia del adolescente al proceso de reescolarización o educación, el desarrollo periódico de actividades de formación y las actividades a desarrollar en el medio libre, las cuales contemplaran a lo menos 8 horas sin contar el horario de entre 22:00 y 07:00 horas del día, salvo motivos fundados²⁰¹. Para la consecución de todos los fines propuestos al tribunal, será además obligación del director informar periódicamente al tribunal acerca del cumplimiento y evolución de las medidas a que se refiere la letra a) del artículo 16 de la ley 20.084 que tienen por fin controlar el cumplimiento de la obligación de las medidas para la asistencia y cumplimiento del proceso de educación del menor manteniendo además una comunicación permanente con el respectivo establecimiento educacional.

3.2. Régimen cerrado

Para tocar éste punto, hacemos un pequeño inciso destacando que el encierro, en la etapa de desarrollo en que se encuentran los adolescentes no es poca cosa, por diversos factores traumáticos y con un alto impacto negativo a futuro, un ejemplo de esto es que los adolescentes, según diversos estudios, tienen una concepción del tiempo distinta a la que tienen los adultos, es decir, los adolescentes y los adultos tienen distintas formas de vivir un espacio temporal, ya que para un adulto, un año puede hacerse muy corto, mientras que para los adolescentes un año es un espacio temporal gigante. La diferencia entre estas dos concepciones del espacio temporal no está saldada por la ciencia pero se especula que se debe a la existencia de una vida rutinaria por parte del adulto. Sin ir más lejos, el adolescente percibe el tiempo con mayor lentitud²⁰², lo que se traduce en que una sentencia privativa de libertad en régimen cerrado pueda llegar a ser, desde un punto de vista psicológico, extremadamente más amplio que para un adulto. Ésta es además una de las razones por las que los límites de la privación de

²⁰¹ *Artículo 16 Ley de responsabilidad penal adolescente, Chile.*

²⁰² *COUSO Salas, Jaime y DUCE Julio, Mauricio, Juzgamiento Penal de adolescentes, LOM ediciones, colección derecho en democracia, Chile 2013, p 33.*

libertad para los adultos sufra una distinción tan pronunciada con la de los adolescentes en cuanto a su extensión temporal pues los adolescentes solo pueden ser condenados a penas de privación de libertad que no excedan de 5 años cuando son menores de 16 y de 10 cuando son mayores de 16 años pero menores de 18 años. Así también lo reconoce el panorama internacional ya mencionado en capítulos anteriores cuando señala que los niños deben ser en un periodo razonable. Por su lado, el artículo 37 b) de la CDN establece que la detención, encarcelamiento o prisión de un niño se llevará a cabo durante el periodo más breve que proceda.

Añadido lo anterior, analizamos la internación en régimen cerrado desde la concepción del derecho penal adolescente en Chile.

La internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, de acuerdo al artículo 17 de la ley, consiste en el encierro en un centro especializado para adolescente, bajo un régimen orientado al cumplimiento de los objetivos de hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes haciendo que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.²⁰³

La internación en régimen cerrado debe realizarse teniendo en consideración la plena garantía de la continuidad de los estudios básicos y cualquier otra participación en actividades de carácter socioeducativas²⁰⁴

Un punto importantísimo a considerar, que constituye una excepción a toda regla propuesta por el código penal y procesal penal Chileno, se encuentra en lo prescrito en el artículo 18 de la LRPA que tipifica un límite para la imposición de las penas, tanto para los regímenes cerrados como semi-cerrados, los que no podrán exceder de 5 años si el infractor tuviere menos de 16 años o de 10 años si tuviere más de 16 pero menos de 18, lo cual dice mucho del respeto del estado por los derechos del menor ratificados en la CDN. En Costa Rica, al ser un país que en las materias de responsabilidad penal adolescente se asemeja mucho a la de nuestro Estado, la cosa es distinta. En el Estado costarricense la edad mínima para ser imputado son los 12 años, y para aquellos entre

²⁰³ Artículo 20 Ley de responsabilidad penal adolescente, 20.084, Chile

²⁰⁴ Artículo 17 Ley de responsabilidad penal adolescente, 20.084, Chile

12 y 15 años el límite máximo de privación de libertad es de 10 años y para los mayores de 15 y menores de 18, de 15 años de privación de libertad, lo cual es ciertamente polémico.

3.3. Sanciones mixtas

En ciertos casos, para determinar la naturaleza de la pena, se deberá regir por las reglas del artículo 23 de la LRPA, que consta de 5 numerales dentro de los cuales el primero señala que si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social²⁰⁵, asimismo el artículo 19 de la misma ley dice que dicho numeral será solo aplicable después del segundo año de tiempo de la condena.

Posterior a ello, señala que en los demás casos en que fuere procedente la internación en uno u otro de los regímenes de privación de libertad, el tribunal podrá imponer complementariamente una sanción de libertad asistida en cualquiera de sus formas por un máximo de tiempo no superior a la condena principal,

Agrega además que esta regla se cumplirá bien con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad siempre que no supere la duración máxima de ésta o bien en forma previa a su ejecución²⁰⁶

En lo que respecta a la determinación de las sanciones y la ejecución de las mismas, no serán tratadas debido a que no revisten mayor importancia para la investigación y para comprender el panorama actual de los adolescentes que cometen delitos, ni tampoco para comprender el presupuesto madre de la investigación que versa sobre compartir una idea respecto a la edad mínima para ser imputado, por lo que prescindiremos de ese trayecto.

A fin de continuar, nos resta únicamente decir que el tema sanciones es uno de los más controvertidos debido a que es quizás el elemento más importante y distintivo de la ley de responsabilidad penal adolescente, toda vez que si bien, no detalla un catálogo de

²⁰⁵ Artículo 23 n° 1 LRPA

²⁰⁶ Artículo 19 LRPA

delitos que serían objeto de sanción como se había propuesto en el anteproyecto de la ley, sí se distingue y distancia bastante de la actual legislación para adultos la cual entre otras cosas, sí contempla la punibilidad de las faltas y de todos los tipos de delitos sexuales además de tener un sistema distinto de sanciones privativas o no de libertad. También se marca la diferencia respecto al límite máximo de tiempo para ser privado de libertad, el cual en el caso de los adolescentes será de 5 o 10 años respectivamente mientras que para los adultos está regido por el presidio perpetuo e incluso pudiendo exceder de eso dependiendo de las circunstancias.

CAPÍTULO 9: NUEVO PROCEDIMIENTO

1. Introducción

Nuestro último punto importante del cual analizamos en la ley de responsabilidad penal adolescente, es respecto al procedimiento que la misma ley ha establecido a lo largo de 15 artículos, del título II de la ley 20.084, comenzando con el artículo 27 hasta el 41, procedimiento a simple vista especial para el trato con los adolescentes infractores de la ley penal que debiera consistir en normas procedimentales, valga la redundancia, como hace de gran manera nuestro código de procedimiento penal a partir del libro segundo de su codificación, específicamente de manera sistemática y ordenada el procedimiento penal ordinario, comenzando con el inicio de la investigación, del título I del Libro II, comenzando en su artículo 166, luego en el artículo 259 con el procedimiento de la preparación del juicio oral y su artículo 281 del juicio oral propiamente tal, terminando dicha codificación del procedimiento en su artículo 351²⁰⁷.

Que el procedimiento ordinario en materia penal para adultos tenga una extensión entre los artículos 166 al 351, es una extensión amplia aún sin perjuicio de las demás normas procedimentales especiales y de ejecución del libro cuatro del mismo código, que incluyen los procedimientos más comunes como el simplificado, abreviado y monitorio, y otros procedimientos especiales como el procedimiento para los delitos de acción privada, y el procedimiento especial para las personas que gozan de fuero constitucional, la extradición, querrela de capítulos, y el procedimiento para la

²⁰⁷ *Código de Procedimiento Penal Chileno, Galas Ediciones, Ley número 19.696, publicada en el diario oficial el 12 de Octubre del año 2000, cuya última modificación fue el 05 de Julio de 2016, por la ley 20.931.*

ejecución exclusiva de medidas de seguridad. Todo lo anterior convierte al procedimiento penal adulto en un sistema seguro, sólido y cómodo en su tipificación, lo cual se encuentra sumamente ausente en la LRPA.

Una simple mirada nos basta para apreciar que la regulación que la LRPA le da al procedimiento penal para adolescente deja mucho que desear, restándole un mucho más complejo enunciado de artículos que regulen el procedimiento, algo de lo cual carece. En orden de ello, podemos apreciar que de los 15 artículos que regulan el procedimiento, los primeros artículos del título en cuestión solo son disposiciones generales por lo que de 15 artículos inmediatamente disminuye su regulación a 11 artículos, empeorando peor la manera en que el legislador trató éste tema tan relevante, obligando al interprete y a los jueces a detenerse en aplicar supletoriamente las normas del código del procedimiento penal Chileno, que como pudimos apreciar, es ampliamente más completo si de procedimiento se trata. Dicho descanso en la norma procedimental en materia penal en nuestro país no es propia de los objetivos de la LRPA. Sin perjuicio de que el artículo 1 de la misma, en su inciso 2^{do} proclama que en lo no previsto por ella sería aplicado supletoriamente el código penal y leyes penales especiales. ¿Debemos entender que el inciso segundo del artículo 1 de la ley señala también al código de procedimiento penal?, pues a falta de una mención más expresa que resuelva las dudas, nos obliga a interpretar los términos “y en las leyes penales especiales” y preguntarnos si esa disposición incluye al CPP, encontrando, en nuestra opinión, una respuesta negativa.

Por lo mismo, y en base a la poca doctrina que trata éstas materias, se debe acudir mucho a la jurisprudencia en la materia, la cual reconoce al CPP cómo la norma procedimental supletoria de las normas del procedimiento adolescente. Con todo, el artículo 27 de la LRPA sí aclara nuestras dudas. Señalando en el inciso primero del artículo 27 que la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y “supletoriamente por las normas del código procesal penal”, misma mención que extrañamos al comienzo de la LRPA.

Para afrontar lo pertinente al procedimiento de los adolescentes, haremos un breve vistazo por los pocos artículos que versan sobre la materia, advirtiendo desde ya, que descartaremos de dicho vistazo a las medidas cautelares personales por haber sido éstas ya analizadas precedentemente. De dicho análisis, además, se tocará casi exclusivamente el escaso y escueto procedimiento de la LRPA y no lo preceptuado por la CPP, aún cuando sobra a la vista que debiese ser al contrario, pues el procedimiento penal para adultos es el cual realmente es el ejercido para la tramitación de los juicios que involucran adolescentes. La razón de analizar únicamente lo escasamente regulado en la LRPA alude a la intención de que éste estudio sirva como una distinción entre el trato que la ley le da a los adultos, en contraposición a lo que el legislador ha querido para los adolescentes.

2. El procedimiento penal de adolescentes

2.1. Disposiciones generales.

El procedimiento penal adolescente señalado en la LRPA, que desplaza su investigación, juzgamiento y ejecución (etapas más importantes del proceso penal) supletoriamente al código de procedimiento penal, en el inciso primero del artículo 27, contempla además, en el inciso segundo, que el conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el ministerio público requiera de una pena no privativa de libertad se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio del mismo CPP.

Este es nuestro primer punto a analizar en base a la geografía de la ley de responsabilidad penal adolescente. Un punto importante al que atenerse es respecto a los procedimientos especiales propuestos por la misma ley de responsabilidad penal adolescente que señala a los procedimientos simplificados y abreviados como formas supletorias de afrontar el proceso penal al que se encuentran sujetos los menores de edad. En efecto, la misma ley promueve la utilización de éstos procedimientos para los casos en que se cumplan con las exigencias que éstos mismos tienen estipulados en el título I del libro IV del CPP, lo cual alude a los principios rectores de los cuales se sostuvo la promulgación de la ley, como lo es la necesidad de un procedimiento

liviano y flexible para los adolescentes, en particular, con miras a una simplificación del procedimiento consistente en estructurar el procedimiento desde un modelo más sencillo que el proceso de adultos, eliminando etapas procesales evitando trámites excesivos que signifiquen una extensión innecesaria del proceso.

El procedimiento simplificado es un procedimiento especial destinado al conocimiento y fallo de las faltas y de los simples delitos que no tengan estipulada una pena en abstracto superior a 540 días, según señala el artículo 388 del CPP, pero además la ley incluye que también será menester de un procedimiento simplificado cuando el ministerio público requiera una pena no privativa de libertad. Las cifras obtenidas en los primeros 3 años de la ley de responsabilidad penal adolescente denotan que el procedimiento simplificado es utilizado para penas privativas de libertad pero bajas o leves²⁰⁸

El procedimiento simplificado entonces, representa un punto positivo para el procedimiento juvenil en nuestra opinión, toda vez que representa fielmente los derechos de los niños a un trato justo y un procedimiento más breve que el de los adultos y de lo prescrito en el artículo 235 del código de procedimiento penal, que señala la necesidad de un juicio inmediato cuando el fiscal lo solicite y siempre que esté de acuerdo el juez, y que además el artículo 37 LRPA agrega que será aplicable también para los casos en que se haya detenido en situación de flagrancia al adolescente.

Otro de los procedimientos penales especiales a que pueden estar sometidos los adolescentes, es el llamado procedimiento abreviado. Del artículo 406 y siguientes del CPP se desprende que el procedimiento abreviado es una forma especial de procedimiento que sustituirá al juicio oral en los casos en que el fiscal requiriere una pena en abstracto que no exceda del presidio menor en su grado máximo²⁰⁹, pero

²⁰⁸ *Vease Couso y Duce, pp 266.*

²⁰⁹ *Salvo otros casos excepcionales en que el legislador señaló expresamente en el mismo artículo 406 del código de procedimiento penal, como los párrafos 1 al 4 del título IX del libro segundo del código penal Chileno, caso en el cual la regla de presupuesto para la tramitación del abreviado será de 10 años.*

además se señala expresamente la necesidad de que exista una suerte de acuerdo entre el fiscal y el imputado para poder optar por éste procedimiento, para lo cual se requiere que el imputado, una vez formalizado y a conciencia de los hechos que se le imputan y los antecedentes de su investigación, acepte expresamente los hechos, consintiendo en la tramitación de dicho procedimiento.

Este es el punto que más nos genera conflicto toda vez que la legislación para adolescentes ha sido clara en señalar el derecho de los mismos a un juicio justo, y a su posibilidad de no autoincriminarse so pena de transgredir el principio básico del derecho procesal chileno de presunción de inocencia, al igual que el texto constitucional, artículo 19 numeral 7 letra f de la carta fundamental que pone en la mesa el principio particular de que la constitución asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y la seguridad individual en orden a que en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio, o de sus ascendientes, descendientes, cónyuge (el cual podría haberlo desde los 16 años)²¹⁰ y demás personas que señale la ley, como también nos acompleja la falta de texto expreso ante la duda si éste procedimiento debe ser optado en los casos en que no hubiere aparejada una pena privativa de libertad.

Tenemos como resultado de una investigación que hemos planteado a lo largo de éstas páginas, que los adolescentes, aún con una capacidad de conocer el ilícito de los actos en que se vieran involucrados, no tienen la misma capacidad cognitiva de que gozan los adultos, pero aún más, carecen de la experiencia y del conocimiento sobre las consecuencias que sus decisiones podrían traer en el futuro. De ésta manera, darle la posibilidad a un adolescente de autoincriminarse, o aceptar los hechos que se le imputan, pondría gravemente en riesgo la presunción de inocencia de que gozan los menores, sobre todo considerando que para los casos en que el imputado tuviere menos de 16 años, la pena máxima que podría sufrir sería la misma a la que estaría siendo solicitada por el fiscal en su oportunidad, para cumplir con el presupuesto básico del procedimiento abreviado, es decir, de 5 añitos. En efecto, los menores

²¹⁰ Artículo 5° Ley 19.947 sobre matrimonio civil.

desconocen al cien por ciento la trascendencia de las decisiones que toman en el transcurso del proceso por lo que aceptar los hechos podría ser ampliamente perjudicial para ellos. De cierta forma, podemos entender el derecho a no autoincriminarse como un derecho a guardar silencio o a no declarar en contra de su persona, reflejada en el artículo 31 LRPA y que significa una necesidad de que el adolescente preste declaración desde las primeras etapas del procedimiento pero siempre en compañía de su defensor, teniendo por tanto la posibilidad de mantener una conversación con él, instruyéndose sobre los pro y contras de las decisiones que puede tomar, debiendo el abogado asegurarse de que el menor conozca su derecho a guardar silencio, y las consecuencias de declarar, y en otros términos, debe velar por que el menor esté en condiciones de ejercer los derechos que la CDN, la CPR y las leyes le confieren.

Igualmente importante, resulta que para éstos casos, se requerirá la presencia del defensor en el proceso de los adolescentes para toda diligencia en que se requiera la colaboración del imputado, incluyendo todas aquellas declaraciones que pudiere prestar al fiscal y que posteriormente pudieran ser utilizadas en su contra. La jurisprudencia mayoritaria en éste punto reconoce la importancia de ésta disposición a la luz del principio del debido proceso que debe ser aún más fuerte tratándose de los adolescentes, por su madurez y desarrollo,, toda vez que COUSO y DUCE, señalan a modo ejemplar sentencia de la corte de apelaciones causa rol 110-2007 del 11 diciembre de 2007 que rechaza un recurso de apelación de una sentencia que habría rechazado prueba en juicio por ser contraria al artículo 31 LRPA, más precisamente, prueba obtenida sin mediar defensor del adolescente. El motivo del rechazo de la apelación es que la corte de apelaciones coincide con el juez de garantía en su oportunidad, argumentando que la diligencia va más allá de una facultad de la policía de identificar al imputado sino que constituye una prueba incriminatoria en juicio, relevante para la trascendencia del mismo, y que fue tomada sin presencia del abogado²¹¹. En efecto constituye un respeto al derecho a la defensa y un procedimiento

²¹¹ *COUSO Salas, Jaime y DUCE Julio, Mauricio, Juzgamiento Penal de adolescentes, LOM ediciones, colección derecho en democracia, Chile 2013, pp 249-250.*

justo. La doctrina y jurisprudencia además han señalado que el artículo 31, no solo debe entenderse para los casos en que se haya detenido en flagrancia sino para todas las situaciones que involucren a los adolescentes.

Si seguimos analizando desde la perspectiva de la geografía de la ley, el artículo 28 del mismo cuerpo legal presente un concurso de procedimientos, que confiere dos reglas cuando hubiere un mismo procedimiento en que dos o más personas estuvieren involucradas o bien, si varios delitos tipificados en el código penal o leyes especiales, distintos entre ellos, hubieran sido cometido por una misma persona, La tipicidad del artículo 28 en comento es compleja, si se mira a simple vista, pues en primer lugar que si a una misma persona se le imputa un delito sancionado por la LRPA y un delito siendo mayor de 18 años, la investigación y juzgamiento se regirá por las normas del CPP. En otras palabras, para los casos en que una persona fuere sancionada por la ley 20.084 y además, teniendo 18 años o más, fuere imputado por un delito, la tramitación de ambas sanciones se regirá por lo previsto en las normas pertinentes al procedimiento para adultos, dejando el amparo de la ley de responsabilidad adolescente, de ahí el concurso que procedimiento del que refiere la ley y que constituye la primera regla. En lo que respecta a la segunda regla, aún más compleja, refiere a que si en un mismo delito se investiga la participación de distintas personas mayores y menores de edad, tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 185²¹² y 274²¹³ del CPP, si se hubiere determinado la sustanciación conjunta de los procesos, se dará cumplimiento respecto del menor, de las normas que conforme a la LRPA son aplicables al juzgamientos de los adolescente. El artículo 185 se refiere a la facultad del fiscal de investigar separadamente los delitos que conociere o investigarlos conjuntamente si le fuera conveniente, como también separar en cualquier etapa de la investigación, todas las demás investigaciones que llevara en forma conjunta, además de señalar que si dos o más fiscales llevan la investigación se podrá solicitar que el juez decida uno de ellos para que se haga cargo. A su vez el 274 CPP reza que en los casos en que el MP realizara dos o más acusaciones, el juez tendrá la facultad de juntar

²¹² *Agrupación y separación de investigaciones*

²¹³ *Unión y separación de acusaciones*

dichas acusaciones en beneficio del imputado y del curso del procedimiento, sometiéndolas a un solo juicio oral.

En atención a lo anterior, consideramos que el primero de los casos constituye un beneficio a los adolescentes en virtud de encontrarse el fiscal en la posibilidad de que sobre un mismo delito existieren personas mayores y menores de edad, de separar dicha investigación tramitándola en canales separados, constituyéndose así la separación entre mayores de edad y menores, que la ley 16.618, y la nueva LRPA además de la CDN han hecho el llamado a proteger en el sistema de privación de libertad y que ahora, además, antes de dicha privación, en el proceso de investigación. Respecto del segundo caso, nos cae la duda la efectividad de esa disposición toda vez que si encontrándose mayores y menores de edad como autores de distintos delitos pero que tuvieren un nexo en común, el juez podría, siempre que lo considerare relevante y no perjudicare a la defensa, solicitar que se promueva un mismo juicio oral para ambos. La duda se resuelve si tomamos en cuenta la idea de flexibilidad y brevedad que dispone el derecho del adolescente a ser juzgado brevemente sin dilaciones innecesarias. Así, se postula la posibilidad de que, para evitar trámites innecesarios, que demoren la tramitación de un procedimiento en que el adolescente podría verse involucrado y que por consecuencia, significara una privación de libertad por internación provisoria o bien, un estrés innecesario a raíz de los trámites propios de un proceso, y que a largo plazo significaran un trauma o una estigmatización en el menor, pudiendo evitarse, el juez optare por apurar el proceso.

Una última pincelada que da a éste tema es la regla especial del artículo 8 letra h del decreto supremo número 64 como norma especial para eliminar antecedentes o anotaciones pronturiales para los adolescentes que haya cometidos delitos bajo el requisito de que la pena esté cumplida, hayan pasado 3 años y el adolescente goce de irreprochable conducta anterior. No es relevante señalar éste punto, que aunque breve, arroja muchas luces a la discusión respecto al trato diferente que tienen las leyes penales con respecto a los adolescentes.

2.2. Sistema de justicia especializada

Por su parte el artículo 29 LRPA se limita a señalar lo que venimos diciendo a lo largo del escrito, un sistema de justicia capacitado para el trato con menores de edad, conforme con el proceso señalado en la antigua ley de menores 16.618 sobre las comisarías especiales, y de acuerdo a las exigencias que la propia CDN plantea en su artículo 40, cuyo fundamento es el derecho de todo niño de que se alegue la comisión de un delito o la responsabilidad en ellos o de haber infringido una ley penal a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros en la que tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad²¹⁴, y en ese sentido, la ley plantea éste sistema de justicia especializado cuyo tenor literal señala que los jueces, fiscales y defensores que sean intervinientes en causas de RPA, deben estar capacitados con estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la CDN, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en la misma ley²¹⁵ promoviendo que cada institución tome las medidas necesarias para asegurar dicha especialización. Asimismo el artículo 30 señala la necesidad de la capacitación de las policías quienes deberán incorporar dentro de sus programas de formación en las respectivas instituciones policiales los estudios necesarios para capacitar a los funcionarios y agentes policiales con los conocimientos necesarios para los objetivos de la ley y la CDN y otros fenómenos criminológicos.

Es menester hacer el señalamiento que lo leído aquí contrasta y se contradice con lo que hemos podido apreciar a lo largo de la investigación, toda vez que consultado a los órganos correspondientes y apreciada la doctrina en cuestión, no hemos podido corroborar la existencia de una diferencia substancial en el sistema de distribución de causas de los juzgados en razón de asignar a agentes o funcionarios con una

²¹⁴ UNICEF COMITÉ ESPAÑOL *Convención sobre los derechos del niño, rax media, 2006, Art. 40.*

²¹⁵ *Artículo 29 ley 20.084*

capacitación superior, ni tampoco agentes policiales especializados en el trato con menores, mucho menos ante la detención en flagrancia. De lo anterior, coincidimos en que si bien el trato que se da a los menores en el proceso penal es distinto al de los adultos, esto es en gran medida por los derechos, principios y prerrogativas que los documentos internacionales y las leyes chilenas han reconocido a los menores, y no tanto por su tramitación por especialistas en el trato con menores.

En síntesis, la ley de responsabilidad penal adolescente anticipa la necesidad de un staff de funcionarios y agentes que se encuentren instruidos y especializados en el trato con menores, con pleno conocimiento de sus derechos y de las normas que los protegen, lo que incluye, a nuestro parecer, un trato digno y justo, un sometimiento no violento y un cuidado a su integridad física y psíquica velando por que tengan a su disposición además personas que presten servicios psicológicos y de tutoría, educación y cuidado de las actividades laborales o socioeducativas, y cuidando por su desarrollo propio en virtud de su menor edad.

Como anticipamos, en lo que respecta al artículo 31 y siguientes de la LRPA no nos pronunciaremos al respecto en atención a que ello ya fue explorado oportunamente en lo concerniente a las medidas cautelares personales por lo que resta analizar lo correspondiente al párrafo 4° y 5° del título II de la ley.

2.3. Persecución penal.

El párrafo 4° se encarga de incorporar a la LRPA un conjunto de reglas especiales a los que debe ceñirse los juzgados en el ámbito del inicio de la persecución de la responsabilidad penal por infracción a la ley penal por parte de un adolescente, comenzando en el artículo 36 que señala la regla de la primera audiencia en términos tales que en dicha primera audiencia a que deba comparecer el imputado, deberá notificarse a sus padres o a la persona que lo tenga bajo su cuidado, incorporando la mención de que el juez permitirá la intervención de éstos si estuvieren presentes en la audiencia.

Del tenor literal de lo leído, podemos concluir las siguientes características:

- Que la notificación de que hace mención el artículo reseñado será únicamente en la primera audiencia, por lo que a contrario sensu, en el resto de las audiencias éstos no debieran ser notificados, configurándose su asistencia en algo meramente voluntario, aún cuando ello podría entenderse contradictorio en atención a los artículos 10.1, 10.2 y 11 de la CDN que versan sobre el cuidado del núcleo familiar, pero que a su vez resulta ser la notificación en las demás diligencias del procedimiento algo innecesario y que atentaría además con el principio de la brevedad del procedimiento y la economía procesal.
- Que la notificación debe ser a sus padres o a quien lo tenga a su cuidado, lo que indirectamente señala un orden de prelación siendo los padres los primeros quienes deben ser notificados por sobre otra persona y excepcionalmente a quienes los tengan a su cargo, que podría ser algún otro familiar u otra persona, o bien, algún representante en un centro de privación de libertad.
- Un tercer alcance es que si el juez lo considerare necesario permitirá la intervención de éstos, por lo que si no lo considera necesario, por ende, podría no permitir o incluso denegar la intervención de ellos, cuando estuvieren en la audiencia.
- Finalmente, que la notificación de los padres o a quien tenga al menor a su cuidado, es un trámite esencial del procedimiento, pero su asistencia no lo es, pues de lo prescrito por el artículo 36 de la LRPA el juez debe notificar a los padres, pero no asegurar su asistencia, y en caso de no apersonarse los individuos en cuestión, la audiencia no será suspendida ni adolecerá de nulidad lo obrado en ella. Por el contrario, según el estudio de COUSO y DUCE, en la mayoría de las causas los jueces preguntan a gendarmería, o a los funcionarios del tribunal presentes en la audiencia si está presente alguno de los padres o persona a su cargo, y de no ser así, manda a notificar nuevamente, o bien, continua con la audiencia, aunque en otras circunstancias ni siquiera hace la pregunta, pero son la minoría de los casos. Con todo, en ninguna de las causas se suspendió la audiencia o se reprogramó, lo que es prueba clara y

contundente de que el presupuesto de la notificación a los padres es parte primordial del proceso de la primera audiencia pero su asistencia no lo es, y no entorpece en caso alguno el transcurso del proceso.

Por su parte la ley dispone de la necesidad de un juicio inmediato para los menores²¹⁶, reconociendo que las normas que regulan el juicio inmediato en el CPP también regirán absolutamente para ellos, agregando que el juicio inmediato además, se tendrá como objetivo fundamental en los casos en que el imputado sea detenido en situación de flagrancia y en dicho caso, el juez sólo podrá autorizar diligencias específicas, solicitadas y fundadas por la fiscalía, hasta por un máximo de 60 días. Sin perjuicio de ello, el plazo de la investigación tendrá un máximo de 6 meses²¹⁷, por lo que terminado dicho plazo desde que se formalizó la investigación, el fiscal deberá cerrar dicha investigación si no ha acusado o si no ha decidido sobre ello. Éste precepto nos es gratificante por el gran beneficio que el legislador en ésta oportunidad otorga a los menores en el entendido de que para el caso de los adultos la investigación tendrá una extensión de hasta 2 años, es decir, que los menores pueden ser sometidos a una investigación hasta por un cuarto del máximo que el de sus pares adolescentes, evitando así los traumas y problemas propios de ésta etapa. Sin perjuicio de dicho plazo máximo, el fiscal tendrá la facultad de solicitar, fundadamente, la ampliación de dicha investigación hasta por un máximo de 2 meses más lo que cierra un total máximo de 8 meses que puede durar la investigación en el caso de los adolescentes si el juez accede a los fundamentos del persecutor. En todo caso, la extensión del plazo es una mera excepción siendo la regla general la señalada de los 6 meses, lo cual se puede apreciar además por la mención expresa del artículo 38 al señalar la obligación del fiscal de cerrar la investigación transcurridos 6 meses agregando la frase “a menos que el juez le hubiere fijado un plazo inferior” dejando de manifiesto la predisposición del artículo de que los plazos sean lo menores posibles.

²¹⁶ Artículo 37 Ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente.

²¹⁷ Ídem, artículo 38

2.4. Juicio Oral y sentencia

Propio del procedimiento penal actual en nuestra legislación, el procedimiento penal es la etapa más importante del proceso de responsabilidad penal por los delitos cometidos por las personas, etapa en la que se va a resolver el conflicto penal suscitado entre distintas personas o entra unas con el estado u otros entes. En palabras de MATURANA, “el juicio oral es la etapa del procedimiento ordinario que se desarrolla en forma oral, pública, continua y concentrada ante el tribunal oral en lo penal competente”. Dicho tribunal oral es un tribunal colegiado constituido por 3 jueces y que pese a ser un tribunal colegiado no se encuentra catalogado como un tribunal de segunda instancia sin considerarse como un tribunal superior, lo que se constata con la terminología para referirse a los jueces como magistrados y no como “ministros” o ilustrísimas. Sin embargo, que no sea un tribunal superior no obsta a que las sentencias definitivas emanadas del tribunal colegiado en cuestión no serán objeto del recurso de apelación, constituyéndose de esa forma en un tribunal de única instancia.

Una de los principales principios rectores de éste juicio oral es justamente su componente de oralidad, por lo cual todos los planteamientos, las pruebas y las decisiones deberán hacerse en forma verbal, con la sola excepción de la sentencia definitiva, que es escrita, sin perjuicio de darse a conocer a las partes mediante su lectura en una audiencia²¹⁸.

Hacemos hincapié en éste principio en particular por la importancia del principio de oralidad del juicio en el procedimiento penal, el cual en el caso de los adolescentes, se ve mermado en varias disposiciones, por ser contradictorio a la necesidad de la privacidad de los menores, como también, por la discusión que manejamos respecto de la posibilidad que el legislador le otorga al menor para renunciar al juicio oral en

²¹⁸ MATURANA Miguel, Cristian, MONTERO López, Raúl, *Derecho procesal penal Tomo II*, Legal publishing, 1era edición, Julio 2010, P. 719, op. Cit.

circunstancias de optar por un procedimiento especial abreviado como también por ejemplo el inciso primero del artículo 33 de la ley 19.733²¹⁹ que prohíbe la divulgación de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices o encubridores o testigos del delito o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella y que por tanto, le resta más que sumarle al principio de oralidad ya que un presupuesto que va de la mano con la oralidad es también el juicio público y ahí es donde entra en conflicto esta norma de los medios de comunicación pues además de impedir una oralidad plena, se contradice con el principio de un juicio público, lo que tendría como beneficio el respeto de sus derechos sin diligencias injustas o arbitrarias.

Presentes en éste punto veremos ciertos matices en que es propio señalar las diferencias que existen entre el juicio oral de adultos con el de adolescentes y para ello es preciso comenzar con el artículo 39 de la LRPA que señala que el juicio oral deberá tener lugar no antes de los 15 días ni después de los 30 siguientes a la notificación de la remisión del auto de apertura del juicio oral, norma que contraría la regla del procedimiento para adultos en que el artículo 281 inciso 3^{ero} del CPP, cuyo plazo es de 15 a 60 días. Del mismo modo, el inciso segundo del artículo 39 señala que la audiencia de juicio oral no podrá suspenderse o interrumpirse por un periodo superior a 72 horas, sin señalar la cantidad de veces que puede suspenderse, mientras que el artículo 283 inciso 1^{ero} y 3^{ero} del CPP señala que podrá hasta por dos veces y por un plazo máximo que no exceda de diez días, caso en el cual se entenderá que es impide su continuación decretando la nulidad de todo lo obrado y oficiando su reinicio.

Parece bastante obvio a éstas alturas, desde un punto de vista empírico, las razones de ésta diferencia, ya que justamente una de las misiones de la reforma procesal en materia de responsabilidad adolescente es evitar las dilaciones innecesarias y los procesos extensos, y ¿que podría ser más extenso, innecesario, y poco flexible, que el reinicio del juicio a consecuencia de un mal obrar del sistema procesal ajeno a la voluntad del menor?, del mismo modo, el legislador opta por un periodo más breve para establecer un límite máximo en que podrá suspenderse la audiencia, pasando de

²¹⁹ Ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo publicada en el diario oficial el 04 de Junio de 2001. Chile.

10 días (240 horas), a un total de 72 horas, transformándolo en un trámite más breve y menos tortuoso para el adolescente imputado, lo que es nuestra opinión es un gran acierto para el proceso de adolescentes.

En la misma línea, la LRPA señala que aquella audiencia de decisión sobre absolución o condena del inciso final del artículo 343 CPP deberá siempre llevarse a cabo en caso de dictarse sentencia condenatoria, agregando que para dicho caso el juez podrá requerir la opinión de peritos.²²⁰ Audiencia en que deberá además resolverse sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal pudiendo incluso abrir debate sobre dichas circunstancias.

Por último, el artículo 41 LRPA advierte que cuando haya mérito para aplicar sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días (presupuesto del procedimiento simplificado) pero concurrieren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable su imposición, el juez podrá dictar la sentencia y disponer de ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. Transcurrido el plazo previsto de 6 meses sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de investigación el tribunal dejará sin efecto la sentencia y en su reemplazo decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Nos detenemos aquí, parada obligatoria, en atención a la importancia de éste último artículo referente al trato que la ley da al procedimiento especial de los adolescentes pues debemos apreciar con atención el beneficio sin precedentes que la ley le otorga a los adolescentes. De lo anteriormente leído, podemos distinguir que:

- En los casos en que la pena en abstracto solicitada por el ente persecutor no excediera de presidio menor en su grado mínimo y las circunstancias de ese delito arrojaran antecedentes favorables que hicieran trabajar el raciocinio subjetivo del juez para considerar desaconsejable la imposición de dicha medida sancionatoria, éste podrá dictar la sentencia, sí, pero podrá disponer en ella la

²²⁰ Artículo 40 Ley 20.084.

suspensión hasta por 6 meses. Entonces, si el juez lo considera oportuno y la pena que arriesga el imputado no excede de 540 días, podrá suspenderse hasta por 60 días la audiencia, quedando al arbitrio del juez dicha decisión.

- Si cumplido ese plazo el adolescente imputado no hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o formalizado por otro delito, es decir, que goce de conducta irreprochable, el tribunal tendrá la expresa facultad de dictar sobreseimiento definitivo de la causa. El artículo no expresa la posibilidad de abrir debate con la fiscalía o la parte denunciante o querellante, ni tampoco con la defensa o con el adolescente, quien cabe una mínima posibilidad, casi nula de verse perjudicado con ésta disposición, según comentaremos. Siendo decisión unilateral de juez de optar por ésta medida.

- La suspensión de la sentencia no significara que del mismo modo se extinga la responsabilidad civil contractual o extracontractual derivada del actuar delictivo del adolescente por lo que dicha suspensión comprende únicamente la responsabilidad penal adolescente, lo cual no es sorpresa.

- Aún con todo, la opción de suspender la audiencia no desestima ni deniega la posibilidad de decretar la suspensión condicional del procedimiento del artículo 237 y siguientes del CPP, lo que además, es una buena forma de acreditar que el procedimiento de adolescente también contempla las facultades de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios.

En resumen, el adolescente, de un salto, podría pasar de una pena de hasta 540 días, a la absolución por sobreseimiento definitivo, lo cual es un magnifico acierto de la ley facilitando el trabajo del juez quien podrá tomar la decisión amparado por su propia conciencia, sin perjuicio que posteriormente, como es propio del procedimiento, deberá fundar su decisión de sobreseimiento.

Existe una mínima posibilidad de considerar negativa ésta norma si nos ponemos a contemplar la necesidad de un procedimiento breve, y lo contradictorio que de ello derivaría el hecho de suspender la sentencia por 6 meses para luego, en caso de no confirmarse una conducta irreprochable, someter nuevamente al menor a un procedimiento para determinar su sentencia, la que no sería un procedimiento como tal pero sí una audiencia de determinación de sentencia que no estará ajena al debate, caso en el cual si podría ser perjudicial para el adolescente.

Sin embargo éste es el único caso que se nos viene a la mente y no nubla la sensación positiva que nos genera la disposición ya reseñada como un especie de principio de oportunidad del juez.

En resumen, las reglas del procedimiento penal de adolescentes no se diferencian mayormente de las de los adultos, ya que para todos aquellos casos en que no se haya contemplado en esos 15 artículos se regirá por las normas del CPP. Sin embargo, se ha podido constatar a lo largo del estudio e investigación que la diferencia substancial en el procedimiento de adolescentes con su homónimo de adultos, se encuentra no en las normas que lo contemplan, sino en el trato que los intervinientes le dan al proceso, consignándose una costumbre en que el trato con los adolescentes es más blando, los procedimientos más breves, las sentencias más bajas y persiguiendo en particular penas no privativas de libertad; el respeto por sus derechos se ve más acentuado manifestándose de forma muy tangible por medio de atenciones expresas a procedimientos o diligencias que recaen sobre dichos principio, e incluso, se aprecia una benevolencia de los entes sancionadores para con los adolescentes atendido su edad y mínimo desarrollo.

La diferencia entonces no radica en la tipificación de las normas que componen el proceso, las cuales son muy escasas, sino que se puede casi tocar, a lo largo de un procedimiento donde por ejemplo, un derecho a la defensa será tan pronunciado que será imposible ignorar, o un derecho a un debido proceso en que la exageración de cada una de sus etapas será visible aún para legos.

En nuestra opinión personal, si bien la falta de un catálogo expreso de delitos de los cuales serían responsables los adolescentes o un mayor ahondamiento en las normas procedimentales es notoria y denota un serio problema y error de parte de la comisión legisladora de la época, no es menos cierto que para cada delito en particular el trato será distinto en los adolescentes, sobre todo en delitos que contemplen actitudes propias de ellos, en que el tipo penal exija actitudes emocionales o intuitivas susceptibles de ser cometidas por adolescentes, como ocurrirá en el caso de la agravante de pluralidad de malhechores que contempla en código penal pero que de agravante tendrá solo dicho carácter en los adultos porque desde el punto de vista del adolescente, quien suele actuar en grupo y es ahí donde encuentra su zona de confort como también la motivación o influencia para cometer delitos, no se le puede exigir el mismo actuar reprochándosele la comisión de un delito en que actúa con otros, sustituyéndose dicha regla de la agravante del artículo 456 bis número 3 del código penal por lo contemplado en el artículo 63 inciso segundo del mismo código, en que se entenderá que la pluralidad de malhechores, según CARNEVALI y KÄLLMAN es una circunstancia inherente en el delito de robo cometido por adolescentes, por lo que no puede ser tenida en cuenta para agravar su responsabilidad penal.

Otro punto de vista corresponde a HERNANDEZ quien señala que, al igual que lo que venimos diciendo, el sistema penal debería consistir en un juzgamiento diferenciado de los adolescentes en que por ejemplo, ciertos elementos tradicionales de culpabilidad debieran ser tenidos en cuenta a la hora de la imputación de un delito, en circunstancias que, según ésta hipótesis, podría excluirse la responsabilidad penal de un adolescente por anomalías psicológicas de menor entidad pero que en el caso de los adultos no tendría la fuerza para excluir su responsabilidad penal por no llegar al punto de ser una enajenación mental.

En lo que a nosotros respecta, hoy por hoy, en el contexto actual de los tribunales no solo en el procedimiento propiamente tal sino en la determinación de la sentencia se podrá apreciar un trato diferenciado de los adolescentes, justificado no solo en las normas de derecho internacional sino, según nosotros, por un rasgo único del ser humano, un instinto, algo en su naturaleza, que lo conmina a la necesidad de proteger a

los menores, de velar por ellos, de cuidar a las generaciones futuras y el enfoque obligatorio de que la maldad no puede existir en un menor por lo que el adulto actúa con una convicción interior de cuidar a los niños.

CAPÍTULO 10: EDAD MÍNIMA PARA SER IMPUTADO

ANÁLISIS FINAL

1. Introducción

La decisión tomada por la comisión legisladora de la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente para modificar el artículo 16 de la ley 16.618 que señalaba los 16 años como edad mínima para ser imputado, tomo gran influencia del derecho internacional comparado, como señalamos ampliamente en diversos escenarios de la investigación, pero además, se fundó en la opinión popular de indefensión de la gente ante el sistema de justicia nacional en que la comisión de delitos por adolescentes sólo podía terminar en absolucón o impunidad, generándose una sensación de injusticia. De ello da cuenta el planteamiento del diputado LUKSIC en la discusión sobre la ley que proclamaba que “se termina esa sensación de indefensión que existe en la comunidad frente a una creciente comisión de delitos con participación de menores de 18 años”²²¹.

Así, el artículo 63 LRPA derogaría definitivamente la norma que contemplaba la edad de 16 años como límite de imputabilidad, siendo modificada por el artículo 3 LRPA que disminuía en 2 años la edad, estableciéndose de forma permanente que desde la entrada en vigencia de la norma la edad mínima para ser imputado sería desde los 14 años de edad, terminando así con un sistema arcaico cual es el trámite del discernimiento.

Lo que cambia es la edad mínima desde que el menor será capaz de ser sometido a un procedimiento penal para probar su culpabilidad en un delito, lo que no significa, como señalaba la diputada Pía Guzmán en la misma discusión de la norma, que se

²²¹ *Diputado Zarko Luksic, citando la obra de RUTTER, GILLER y HAGELL, “la conducta antisocial de los jóvenes” primer trámite constitucional, discusión en la sala de la cámara de diputados, 23 de Junio de 2004, Historia de la ley n°20.084*

tratará al menor como adulto, sino que podrán ser imputables pero mediante un procedimiento especial, de tal manera que si se les diera lo mismo que a los adultos, estaríamos en un mal camino²²²

Desde un punto de vista empírico, el hecho que un delito cometido por un adolescente quede libre de todo reproche afecta gravemente la seguridad de la sociedad, y de la confianza de la gente, que ve en su sistema de justicia un hueco enorme en que deja en libertad a quien delinque y olvida el sagrado principio de protección a las víctimas y de responsabilidad.

Esta idea común de inseguridad e injusticia del pueblo Chileno es ya un factor típico en los noticieros de cada día en relación a la creciente alza de delitos cometidos por adolescentes a raíz de generarse la conciencia que su delito quedará libre de toda sanción, a tal punto incluso, que adultos hayan fraguado un modus operandi en que la utilización de menores para la comisión de delitos como objeto material de ellos, es una práctica ya común éstos días.

¿Cómo parar esa idea de inseguridad e indefensión del pueblo? ¿es el cambio en la normativa que regula el límite de edad la solución al problema?. Hemos dejado ésta idea para éste último CAPÍTULO no por coincidencia, pues la intención es justamente internalizar lo ya leído precedentemente para crear nuestra propia opinión y ahora intentar dilucidar la opinión de la gente sobre el tema.

En el presente CAPÍTULO, nos dedicaremos a los estudios sobre la materia, la apreciación de la minoría de edad en la antigüedad, las ramas psicológicas que intentan dilucidar los temas referentes a la limitante de edad y casi exclusivamente a la investigación en terreno sobre la opinión de la comunidad ante las modificaciones a la ley y en particular sobre la edad mínima para ser imputado, punto de mayor interés en ésta investigación y que preferimos tocar en profundidad aquí, gozando así de un protagonismo merecido en base a las pretensiones de la presente memoria.

²²² *íbid.*

Del mismo modo, trataremos de formar un análisis basado en nuestra investigación y en información recabada de entrevistas y encuestas, sobre la edad mínima para ser imputado, sus pro y contras, sus condiciones, el límite de edad exacto que se propone y además, la opinión personal de personas de carne y hueso que viven hoy por hoy en su mundo, algunos con una sensación de desamparo por la ley, y otros, con un conflicto ético de conciencia.

Todos los datos vertidos en ésta investigación tienen como único fin servir de base para ésta investigación y con fines exclusivamente educativos e informativos, agregando que el total de las personas de las cuales se prestó declaración, están en conocimiento del contenido de éstas páginas. Además, las personas entrevistadas y encuestadas serán tanto personas al azar, abordadas como transeúntes en espacios públicos, como personas de nuestro círculo social y sobre todo, personas que por su trabajo, profesión, oficio, o estudios, son de especial relevancia para ésta investigación.

Finalmente, damos pie al último y más importante capítulo de ésta investigación recordando al lector que los datos vertidos aquí constituyen únicamente opiniones personales, emitidas voluntariamente y sin ánimos demagogos o de debate, y que las estadísticas, porcentajes o conjuntos de datos que se presenten son fruto de una apreciación abstracta y empírica recabada por su servidor, con un único ánimo de compartirlo con el lector.

2. Edad mínima para ser imputado, reconocimiento normativo

En el marco de la legislación internacional actual, encontramos que desde tiempos antiguos las primeras legislaciones reconocen el interés por distinguir una edad mínima desde la cual podrá someterse a un menor a la legislación de adultos y/o distinguir la edad desde la cual los menores podrán ser responsables penalmente.

Recordemos que en el referente del derecho romano, del cual la legislación Chilena está altamente influenciada, se reconoce que todo hombre está sometido a la ley penal desde el momento en que es sujeto de estado y de ley moral. Sin embargo, ya en esa época se reconocía la excepción para ciertos casos. Amén de ello, se reconoce un

cierto grupo de personas de la especie humana de los cuales no se entienden con la capacidad para cometer delitos, y en ese mismo grupo, segregado del resto de los “responsables penalmente” se encontraban aquellos que no habían alcanzado aún la edad necesaria, la cual se alcanzaba en el momento de la pubertad, que bien era la edad para contraer matrimonio.

Comprendemos que es un criterio subjetivo el de “pubertad”, tornándose dificultoso para la administración de justicia romana la penalización o la resolución de penalidad de los menores por lo que se hace necesario, a través de las XII Tablas, establecer los límites de edad.

Se crean entonces como límites positivos la distinción entre infantes, impúberes y púberes, los primeros, menores de 7 años de edad, no se consideran responsables penalmente en ningún sentido, por lo que las únicas sanciones podían ser la reparación del mal causado por sus progenitores, en el caso de los impúberes, que desde 10 y medio a 14 años los niños y 9 y medio a 12 las niñas, se les consideraba como tales, tampoco eran responsables penalmente siendo susceptibles de amonestaciones, ahora bien, por ejemplo, señala DIAZ CORTES²²³ en atención a la obra de DOMINGO, que a los impúberes que cometieran delitos de robo se les azotaba según el criterio del pretor²²⁴ mientras que en el caso de los adultos, su sanción sería equivalente a una mucho mayor cantidad de azotes y la pena de muerte. Por el contrario, los Púberes si son responsables desde el momento que adquieren calidad de tales, pero su responsabilidad penal es menos severa que para el caso de los adultos, reconociéndose desde esos tiempos un equivalente a la presunción de inocencia o presunción legal a la capacidad de dolo por su falta de crecimiento y desarrollo.

Siguiendo con el estudio de la doctora DIAZ CORTES, profesora de Derecho penal de la universidad de Salamanca, sumamos a lo dicho del derecho romano lo pertinente al

²²³ DIAZ CORTES Lina Mariola, *Introducción al derecho penal Juvenil*, Editorial librotecna, colección de estudios penales “agora-seminario Antón Oneca”, primera edición, Febrero de 2010, p 42 y sig.

²²⁴ *Del lat. Praetor, Magistrado romano que ejercía jurisdicción en roma o en las provincias, diccionario de la lengua española.* <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=U8iOQ13/U8l3uAz>

derecho germánico donde la legislación establecía una edad mínima de 12 años pero con un aire de ficción pues en esencia, no se le reconocía una verdadera responsabilidad penal sino que de su actuar se entendía un hecho casual e involuntario transmitiéndose la pena a su familia quien debía resarcir el daño causado.

En el derecho noruego sin embargo, para el caso del homicidio no se transmitía dicha sanción a los padres sino que al menor infractor de las leyes penales que hubiere dado muerte a otra persona, era sometido a la familia del difunto, para su represalia o ajuste de cuentas, sirviendo el menor como moneda de cambio, lo que entendemos como el “ojo por ojo”. Ello sin perjuicio de la posibilidad del menor de abandonar el país, en una suerte de exilio por el delito de homicidio. Éste exilio es una fórmula de castigo de menor rigor frente a la pena de muerte y la mutilación, las cuales no se aplicaban a los menores de edad, y si a los adultos. En el caso de los niños, las sanciones resultaban en azotes o marcas con hierro al rojo vivo, entre otros.

De lo anterior podemos rescatar que pese a que los castigos no son tampoco un ejemplo de protección a los derechos de los menores, si existía una distinción expresa y clara de la edad en que se eximiere de responsabilidad a los menores, excluyéndolos de pena por no poseer la intención de atentar contra los derechos de otro.²²⁵

En el derecho Canónico también se consideraba la minoría de edad en casos de exención o de atenuación de la responsabilidad penal. En el mismo sentido, los menores de 7 años estarían para el derecho canónico exentos de responsabilidad reconociéndoseles la misma inimputabilidad que a un loco o una persona durmiendo, y para los casos de los niños que se encuentren entre la infancia y la pubertad, se les aplicarán las penas pero con menor rigor que a los adultos.

Las tres legislaciones recién reseñadas, que no solo comparten varias similitudes en su actuar frente a la edad para ser imputado, siendo pioneros en el reconocimiento de la inimputabilidad en atención a la menor edad y menor desarrollo de las personas, también denotan una preocupación por dos factores de gran importancia, a saber, el

²²⁵ *ibíd*, p 47.

establecimiento de una edad desde la cual, bajo ningún supuesto, se le pudiere reconocer responsabilidad penal a los menores, y una edad mínima desde la cual si se puede reconocer responsabilidad pero la cual es necesario atenuar o excusar por ser realizados los actos, por menores. Misma visión se aplica en el derecho Chileno cuando argumentamos que al respecto del primer punto, se reconoce una edad desde la cual no se podrá establecer responsabilidad penal alguna a los menores, esto es hasta antes de los 14 años de edad, y respecto del segundo, que la franja de edad en que serán responsables pero se atenuará su sanción, es la comprendida en la LRPA entre los 14 y 18 años. Ahora bien, como ya hemos señalado antes, aquí también se extraña la necesidad de la legislación chilena de señalar un límite desde el cual no solo no serán responsables penalmente sino que tampoco serán sujetos de medidas de protección, de detención, en materia penal. Pues si bien un menor de 7 años no será responsable penalmente pero sus conductas si llevarán a un reproche por los tribunales de familia y podrá incluso ser detenido en ciertos casos.

3- Discusión doctrinaria respecto al elemento “edad”

De la mano de Daniela Zapatta Montero, practicante de enfermería en el área pediátrica del centro de la salud CESFAM Dr. Carlos Avendaño de Lo Prado, trabajamos en éste acápite dirigido a la discusión de la doctrina sobre el elemento “edad”, apoyados en el estudio de DIAZ CORTES y de diversos textos de las ramas de la medicina pediátrica contemporánea.

No podía quedar fuera del estudio el factor “edad” analizado desde el enfoque de la sicosociología como observación del desarrollo moral del individuo menor de edad, relacionándolo con su capacidad de comprensión respecto al delito.

Desde un primer enfoque, comprendemos que la adolescencia es un estado de transición, una fase, en que no se es niño pero tampoco se lo es adulto, es un estado intermedio en el *limbo* de la madurez moral y espiritual, en constante evolución y que

nos deja la exhaustiva interrogante sobre la capacidad del menor para entender lo correcto y lo incorrecto, y si el desarrollo incompleto es en sí una limitante.

Para externalizar éste complejo tema, DIAZ CORTES parte de la precisión de dos enfoques para estudiar el desarrollo moral de los adolescentes y dar respuesta a nuestra pregunta, el enfoque cognitivo-evolutivo y la teoría del aprendizaje como dos ramas que aún sin ser incompatibles, presentan diversas apreciaciones sicosociológicas en atención al estudio del desarrollo de los menores como tendencia para distinguir lo que es correcto.

De la teoría cognitivo-evolutiva podemos advertir que centra su interés en el razonamiento o juicio moral del menor, así y todo, PIAGET²²⁶ postula que el desarrollo del menor se divide en etapas, las cuales, resumidas en términos simples como etapa motora sensorial hasta los 2 años, donde se amplifica el control motor y el aprendizaje acerca de objetos físicos, tangibles; preoperacional, hasta los 7 años, donde desarrolla sus habilidades verbales; Concreta operacional, hasta los 12, en que inicia el asentamiento de conceptos más bien abstractos, y la formal operacional donde se encuentra el desarrollo de habilidades sistemáticas y lógicas de razonamiento. Etapas cada una de las cuales suponen una forma particular de estabilidad donde a partir de los 12 (formal operacional) años se crea un cambio en el menor, en que se forma su capacidad de manifestar operaciones concretas de pensamiento, con una comprensión de la realidad más elaborada. Del mismo estudio extraemos que a partir de la adolescencia se hace extensivo el dominio de las ideas del menor, se da un “pensamiento formal” como manipulación concreta de lo que otrora eran meras ideas, sin tomar en consideración la experiencia o las creencias. De ésta forma, el adolescente *“no solo opera sobre las posibilidades que ofrece la formulación de hipótesis que expliquen los hechos presentados, sino que aplicando un pensamiento deductivo,*

²²⁶ PIAGET Jean, INHELDER B. *“psicología del niño”* Morata, Madrid, 1984

*puede comprobar sistemáticamente el valor de cada una de las hipótesis que le ocurren.*²²⁷

Dado que se crea en el menor un desarrollo cognitivo del que no gozaba en tempranas edades, se desplaza de una moralidad heterónoma a una moralidad autónoma, lo que es de gran importancia en atención a que en una primera apreciación sobre la moralidad heterónoma, ésta se concibe como una forma en que el menor ve el respeto a los adultos de manera unilateral y como regla necesaria de la sociedad, es decir, la moralidad se le ve impuesta por la presión de la sociedad en la que vive, respeta porque se tiene que respetar, porque las reglas así lo establecen, por lo que el menor puede comprender lo bueno de lo malo y su eventual responsabilidad, pero no por las razones correctas, mientras que con la nueva moralidad autónoma que ha adquirido las normas de moralidad emergen por sí solas, en base a la reciprocidad y a un respeto mutuo, pudiendo el adolescente ponerse en la perspectiva de otros, con una capacidad para formar operaciones formales, pasando de una “obediencia” a una moralidad basada en igualdad.²²⁸

En base a lo anterior, deducimos que el adolescente ya se encuentra en una condición de actuar a conciencia, de planificar antes de actuar, previendo todas las posibles consecuencias antes de “dar el golpe” a través de una deducción lógica por lo que, en términos de CARRETERO, el pensamiento que poseen los adolescentes es similar en todos sus rasgos al pensamiento adulto.

En el mismo sentido que Piaget, KOHLBERG ve en el desarrollo cognitivo del ser humano tres etapas, preconvencional, convencional y posconvencional que se diferencian por el estilo de razonamiento moralista que se hace más complejo y abstracto conforme se crece y de los cuales los primeros 2 se encuentran en la etapa del menor mientras que la tercera dista de interés por encontrarse en la adultez, y que, dicho sea de paso, no siempre se llega a esa fase. En el primer nivel preconvencional se dan dos estadios, el primero como control de la conducta externo, donde el menor es

²²⁷ DIAZ CORTES, Lina Mariola, *Introducción al derecho penal juvenil*, editorial librotecnia, p. 190

²²⁸ *Íbid.* p. 191

influenciado más que nada por factores de fuera, con un respeto por las normas básicas de la sociedad con un afán de evitar el castigo y obedecer a sus figuras paternas o de autoridad. Mientras que en un segundo estadio, se actúa en pos de sus propios intereses. En síntesis, en la primera etapa preconvencional se define una moralidad ceñida a la obediencia literal a las reglas u órdenes para evitar reproches o castigos, velando por su propio interés de evitar el daño propio, el castigo y actuando como forma de recibir un intercambio de favores.

En la etapa convencional, que ya avanza a la adolescencia, el menor es capaz de preocuparse por ellos, y no solo por su mero interés propios sino como una forma de proyectarse al otro, de trasladarse a “sus propios zapatos”. En el segundo estadio del nivel convencional el adolescente, tiene un mejor conocimiento del bien y el mal, comprendiendo que el respeto a las normas es moralmente correcto por lo que es más que una simple obediencia sino que versa de una motivación interna relacionada con el respeto y preocupación por sus pares y que se ve también influenciado por la aprobación y opinión social como también por la lealtad y preocupación por el bienestar de otros.²²⁹

El segundo enfoque clásico a tener en cuenta es el de la teoría del aprendizaje social, cuya hipótesis versa del condicionamiento y el aprendizaje de reglas y normas y cuyo factor dominante es el ambiente. El principal impulsor de ésta teoría es BANDURA²³⁰ quien a su vez señala que la moralidad requiere de una adaptación a las reglas morales externas y su consecuente interiorización y que los juicios morales que pueden efectuar los menores son decisiones que se toman en razón de diversos factores. La teoría del aprendizaje social el funcionamiento psicológico es una interacción recíproca continua entre determinantes personales, conductuales y ambientales²³¹ por lo que la adolescencia significa un desarrollo continuo producto de una evolución previa.²³² En términos más simples las influencias del menor vienen desde fuera, de su entorno

²²⁹ *Ibid* p. 196

²³⁰ BANDURA, Albert, “Teoría del aprendizaje Social”, Espasa- Calpe, Madrid. 1987

²³¹ *Ibid*, p 229 *op. Cit.*

²³² DIAZ CORTES, Lina Mariola, *introducción al derecho penal Juvenil*. p. 202

social, de lo que ocurre a su alrededor, y el menor solo se acondiciona y aprende de las conductas de las que es partícipe.

Más breve es el esquema del estudio de Eric ERICKSON²³³ que ajeno a las 2 posturas recién reseñadas, postula que el desarrollo de las personas consta de 8 etapas donde en las 5 primeras el principal protagonista es el menor. Una primera etapa de confianza versus desconfianza al primer año de vida del menor; una segunda etapa de la anatomía contra la duda entre los 2 y 3 años; una tercera etapa de iniciativa contra culpa hasta los 6 años; una cuarta etapa de creatividad contra inferioridad hasta la pubertad y finalmente, en la adolescencia, el confrontamiento entre la búsqueda de identidad del adolescente y la eterna pregunta sobre “quién soy”.

Con todo lo anterior resta inferir que en atención a los estudios realizados principalmente en España, nación donde la responsabilidad penal adolescente goza de mayor antigüedad y por ende experiencia de la cual Chile adolece, además de una amplia doctrina sobre el tema, es que el adolescente, desde temprana edad es capaz de conocer lo correcto de su actuar, e incluso a comprenderlo de un punto de vista más concreto llevado por sus propias ideas y por sus propios ideales, pudiendo formular sus propias decisiones en base a su propio conocimiento y experiencia de la mano con la capacidad de transportarse a un plano en que prima su capacidad para preocuparse por los demás y ponerse en su lugar, por lo que sus acciones están muchas veces previstas aún a sabiendas del daño que pueden conceder a terceros. Con el transcurso de la consecución de la pubertad se puede apreciar más tangiblemente un autocontrol por parte del menor, quien ahora, además de ser capaz de comprender, es capaz de autodeterminarse y de resistir la tentación por lo que ya desde los 14 años podemos afirmar que el menor tiene las capacidades cognitivas, intelectivas, morales y autoregulatorias que condicionan su responsabilidad penal.

Visto así, la adecuación de la norma legal sobre la disminución de la edad mínima para ser imputado encuentra fiel relación con los estudios de la sicología, siquiatría y

²³³ *Información extraída de material didáctico, público, puesto a disposición de los practicantes de enfermería en CESFAM Avendaño, Lo Prado, por la facultad de ciencias de la salud de la Universidad de las Américas, Chile.*

sociología y que más allá de ser una decisión meramente caprichosa y aleatoria, reviste un contenido mucho más profundo y complejo a la hora de incorporar a los menores cuya franja de edad oscila entre los 14 y 15 años al sistema de responsabilidad penal adolescente del que antes no estaban incluidos. En base a éstos estudios podríamos incluso colegir que la edad de 12 años como limite para ser imputado, vista en varias legislaciones internacionales, no es tampoco descabellada sino que goza de una lógica amparada por la ciencia y que pese a todo, no se tomó en cuenta en nuestro país.

Con todo, si bien es cierto que el adolescente, (14-18 años) es capaz de actuar a conciencia y comprender lo incorrecto de sus actos, no siempre significará que, por su falta de experiencia, tenga desarrollada su capacidad de volición²³⁴ por lo que hay una correlación entre su desarrollo moral y la moralidad de su comportamiento, es decir, su práctica moral, lo que nos lleva a entender que el adolescente es una persona distinta del adulto, con una personalidad diferente y en constante evolución²³⁵ por lo que su imputabilidad es distinta también a la del adulto, con una capacidad de culpabilidad que está presente, pero que es particular y por tanto por tanto su imputabilidad debiera entenderse como específica, razón por la cual su juzgamiento se ve efectuado en un proceso distinto al de los adultos.

4.- Imputabilidad matizada del adolescente

De la voz de los expertos en el área sicosociológica del pensamiento del menor, nos queda una certeza de que el adolescente es efectivamente consciente de su actuar incluso desde la edad más temprana concebible para la responsabilidad penal, es decir, desde antes incluso de cumplir 14 años de edad el menor ya se encuentra en plenas condiciones de efectuar juicios morales y tomas de decisión llevadas por su propio arbitrio lo que a la larga significarán que su actuar delictual goce de una maquinación previa en una mente lo suficientemente desarrollada para comprender el injusto y la antijuridicidad de la acción.

²³⁴ DIAZ CORTES, Lina Mariola, *Introducción al derecho penal juvenil*. P.204

²³⁵ *Ídem*.

Pero comprender la antijuridicidad no significa culpabilidad del todo, pues la culpabilidad en éste caso tendrá aparejada dos elementos o requisitos que son la capacidad de comprender la antijuridicidad de la norma, y el querer cometer el hecho antijurídico.

Recordemos de las clases de la profesora María Cecilia Ramirez una definición de delito como “acción u omisión típica, antijurídica y culpable”²³⁶ y cuyo fundamento es la tipificación de la norma, la calidad de antijurídica de la misma y el reproche de culpabilidad. Éste último requiere además la exigibilidad de otra conducta, como posibilidad del hechor de autodeterminarse de manera diversa.

Dentro de los estudios que tocamos brevemente en el acápite anterior, quedó de manifiesto que el menor desde ya una edad temprana tiene la capacidad de auto determinarse y de resistir tentaciones para delinquir, pero esa capacidad, si bien presente, no se encuentra del todo desarrollada a tal punto que se encuentra en un estado “imperfecto” a razón de la falta de experiencia y la falta de desarrollo moral del adolescente.

Así, aún cuando el menor puede realizar juicios morales que versen sobre la comisión de delitos, también es cierto que el menor podrá simplemente conocer la antijuridicidad de su actuar pero no tendrá la experiencia o desarrollo suficiente para autodeterminarse o autolimitarse justificandose en muchos casos en un “estado de necesidad” como factor predominante en el actuar delictual. En otras palabras, el menor no tendrá la madurez suficiente para controlar su espíritu y confrontar una fuerza de voluntad superior por lo que su imputabilidad se verá matizada al no tener la fuerza de voluntad suficiente para negarse al peso de las influencias ajenas o a sus propios “fantasmas”. Una clara manera de verlo será el ejemplo de situaciones extremas donde la toma de decisiones se ve estrictamente ligada a la experiencia, como en una huida o en una condición de temor o terror, como también, ante amenazas u obligaciones de terceros, donde el adulto, en atención a la experiencia que ha

²³⁶ RAMIREZ, María Cecilia, *Clases de Derecho Penal I, Teoría del Delito, universidad Finis Terrae*

adoptado conforme su desarrollo intelectual, podrá tomar decisiones menos apresuradas y con un mayor volumen de autodeterminación y fuerza de voluntad del que carecerá el menor quien podrá sucumbir ante el miedo o ante las insistencias ajenas.

Es por ello que en el menor falta un elemento importante en el contexto de delito, según nosotros, cual es un reproche de culpabilidad en términos generales, pues por su desarrollo imperfecto e insuficiente no existe la capacidad de autodeterminarse del mismo modo que el adulto lo que se traduce en un sistema de justicia especializado más bien ligado a la reformatión o sicopedagogía. De la mano con lo anterior, cabe señalar que las capacidades intelectivas de uno u otro de los individuos es extremadamente subjetiva y puede variar en base a diversos factores como la educación, experiencia, alimentación, y un sinnúmero de otros elementos que modificarían las capacidades del adolescente y su posibilidad de reproche a la luz de los hechos generados por él. Más no por ello significa una distinción cercana al trámite del discernimiento que será la investigación del “caso a caso” de los adolescentes sino más bien un sistema de responsabilidad penal basado en los principios rectores y en las reglas y normas especiales que velan por el cuidado de los menores y su fin de reinserción y socioeducativo, pues el adolescente, aún cuando reviste todas las capacidades para ser sujeto de delito, las tiene más atenuadas o débiles que los adultos por lo que necesariamente debe haber un equilibrio o proporcionalidad en el procedimiento para su juzgamiento y en la responsabilidad de que pueden ser objeto.

5- Estudio en terreno, opinión pública.

Nos dirigimos personalmente, a distintas partes de la capital, a entrevistar brevemente a un considerable número de personas, con preguntas cortas y sencillas, sin un lenguaje técnico sino más bien comprensible para todos, con el fin de conocer, la opinión pública de algunos ciudadanos chilenos, sobre el tema en cuestión. Del mismo modo, llevamos una cadena por medio de las redes sociales con el mismo fin de apoyarnos en opiniones de terceros que serán de gran ayuda para la investigación.

No pretendemos abarcar un número exacto de personas ni tampoco recabar datos estadísticos sobre ellas. No establecimos un sistema ni manejamos una base de datos que luego trabajaremos. Tampoco creamos un cuestionario pre-establecido o recabamos información personal sobre las personas entrevistadas.

No por nada, preferimos elevar nuestra última etapa de la investigación a un tramo mucho más subjetivo, que se vea influenciado por una transparencia y simplicidad que permita a los autores de sus declaraciones, expresarse libremente sobre el tema y así nosotros complementar nuestra investigación con sus experiencias y comentarios.

En vista de lo anterior, y en el desarrollo de las entrevistas, pudimos nutrirnos de diversas opiniones. Pasamos a relatar algunas:

- En primer término, la sociedad chilena, en su gran mayoría, no reconoce distinción entre los adultos y los adolescentes cuando de “discernimiento” se trata. Es tan así, que la gente estima que los adolescentes delinquen de la misma manera que los adultos, con el mismo fin de causar daños a otros o de procurar su propio beneficio en base al quebrantamiento de las normas.
- Un gran número de personas además señala que los adolescentes actúan a conciencia de saber que su actuar no genera graves consecuencias para ellos mismos, ello en base a que existe un conocimiento sobre el sistema penal chileno bastante complejo en que, en el mundo criminal, se transmiten una serie de estrategias para evitar sanciones, ya sea durante el curso del delito o en las etapas posteriores de juzgamiento. A modo de ejemplo se señalan, en el primer caso, actuar conociendo distinciones jurídicas tales como hurto y robo, y su elemento distintivo que a la larga significaría una menor o nula sanción y en el segundo caso (en las etapas de juzgamiento del delito) valerse de los atenuantes o eximentes de responsabilidad de responsabilidad penal, como lo es, más comúnmente, la irreprochable conducta anterior, pero también de otras tantas como confesar o actuar en beneficio de la justicia para el esclarecimiento de los hechos.

- Un grupo grande de personas además coincide en que el problema radica en la situación de los centros del SENAME de mezclar, dentro de ellos, a niños vulnerados con adolescentes que han delinquido, y además, con la mala administración y la poca seriedad con la que se han llevado esos centros. A ello, se suma la infaltable mención a un mejor sistema de distribución de fondos donde los centros de SENAME puedan gozar de mejor infraestructura y aportes en dinero que signifiquen la contratación de mejores profesionales que eduquen y reinseren a los menores en la sociedad.
- En el mismo ámbito del SENAME, concuerdan en que lo que se vive en esos centros es terrible, en un sentido alarmante. Así, resulta ser, (según la unanimidad de opiniones) un elemento negativo para los menores o más bien, un mal peor para ellos, que la propia vida en la calle.
- Existe además cierta dificultad en las personas para retratar una edad mínima para ser imputado, hay quienes, en base a su descontento con el sistema y con el cansancio de la delincuencia en Chile, proponen una edad mínima de 12 años, e incluso menos. Otro tanto, a su vez, está de acuerdo en el límite de 14 años de edad, mientras que muy pocos señalan los 16 y 18 años, fundamentando su opinión en que los adolescentes no conocen del todo bien su actuar.
- Cabe destacar que no obstante la opinión pública se limitó a señalar una edad mínima para ser imputado, todos concuerdan en que la solución no es que el poder legislativo o el gobierno de turno solucione el problema disminuyendo cada vez más el rango de edad, sino más bien, como venimos diciendo y que a éstas alturas es algo casi obvio, la solución se encuentra en mejorar desde la raíz a las instituciones que protegen a los menores, a través de la educación y de el cuidado de la familia.
- Otro punto a destacar es que la gente concuerda en que la delincuencia juvenil es en muchos casos guiada por adultos, en el sentido de ser éstos los que mueven los hilos para que los primeros actúen. Otros a su vez señalan que la delincuencia juvenil está mayormente vinculada a poblaciones o sectores más pobres o marginales del país, lo que se traduce en que a mayor vulnerabilidad

económica o convivencia con personas de menor educación o lisa y llanamente delincuentes, la probabilidad de ser también delincuente es mucho más alta.

- Finalmente, otro elemento muy recurrente en las entrevistas es la idea del resentimiento de los adolescentes, por la sociedad en que viven y la discriminación de que son víctimas. En efecto, se dice, que los adolescentes actúan con violencia o delinquiendo porque en ello encuentran una paz o al menos un despojo del estrés u odio acumulado que adquieren por culpa de la discriminación o el supuesto odio que a su vez la gente les tiene. Dicho de otro modo, el adolescente delinque como respuesta a las influencias negativas que le trae la discriminación de la sociedad. Dicha discriminación no solo se ve resuelta en los casos de sectores más pobres, aunque si es la mayoría, sino también en los casos de adolescentes que no son capaces de encontrar su propio camino o su propia esencia y se sienten discriminados solamente por ser distintos al resto, respondiendo de manera violenta o agresiva ante ello. También concuerdan los sujetos en cuestión, que los adolescentes actúan más por buscar una reputación que los cuide de las situaciones a las que están sometidos y que les significan un riesgo, es una suerte de armadura, o bien, un llamado de atención buscando auxilio o – valga la redundancia- atención de parte de otros.

De lo anterior surge una innegable conclusión del descontento de la gente y de la necesidad de cambios en nuestra sociedad y no podemos sino estar de acuerdo.

De ello, sin embargo, no cabe hacerse cargo sino hasta el punto de dar ser un espectador más de cómo el sistema nacional invierte pocos recursos en los sistemas de prevención de delitos para los adolescentes y de los centros de internación y de cuidado de niños sometidos a justicia adolescente o a cuidado por abandono u otras razones.

Es cuanto menos reprochable que los partidos políticos y los cuerpos de gobierno en particular muestren un dan reducido interés en éste complejo tema, y que pese a las

tantas reformas que hoy se discuten en el SENAME ninguna presenta una real importancia para la evolución de un sistema que va en caída y que no encuentra un sustento para salir adelante, lo cual, sólo significa perjuicios para los menores.

CONCLUSIÓN

Al comienzo de éste escrito nos propusimos varias metas que creo haber cumplido, comenzando con interiorizar al lector en ésta parte del derecho penal tan importante como es la especialidad del derecho de los jóvenes, amparada principalmente por la CDN y consolidada con sus principios rectores, más fuertes aún que en adultos. Sabemos bien que esto es sólo una pincelada al amplio espectro de formas de abordar el tema, sin haber, por ejemplo, externalizado nuestras dudas sobre el derecho penal especial y el caso a caso de los delitos cometidos por adolescentes, quedando en el tintero, por ejemplo, la distinción para los menores en el delito de homicidio, o secuestro, incendio, entre muchísimos otros, pero sobre todo, el delito de robo o hurto que evidentemente constituye el delito más frecuentado por ellos. La razón de su ausencia en el escrito alude a una intención de no desviarnos tanto del tema principal pues si bien es cierto, descifrar la norma legal que contiene la responsabilidad de los adolescentes es estrictamente relevante y necesario de abordar, pero no así los demás antecedentes que no involucran a gran escala la edad de los menores. Ello no fue así, claro, con el delito de violación, que componiendo la parte especial del derecho penal, si fue contemplada, pues su tipo penal si refiere a la edad como punto importante para su aplicación o para su imputabilidad, misma situación ocurrió con las faltas.

En términos generales, pudimos centrarnos en los puntos más preeminentes posibles de tratar, implicando la ley de responsabilidad penal adolescente que señala abiertamente la edad con que a partir del año de su vigencia comenzaría a declararse responsable penalmente al joven que burle la ley penal, como también las demás leyes, o tratados internacionales, sin desmerecer tampoco la opinión pública que muchas veces debiera ser escuchada en esta república democrática.

En principio pudimos fragmentar de gran manera la distinción sobre los menores de edad, creando un paralelo entre aquellos menores imputables e inimputables, y los límites de edad de los cuales se basa esa separación, comprendiendo que el adolescente será responsable de delito desde el punto en que es adolescente, lo cual queda de manifiesto en las normas legales de la LRPA que señalan un concepto de adolescente en estos términos:

“La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de ésta ley, se consideran adolescentes”

Al mismo tiempo, vertimos nuestro interés en observar desde qué punto temporal se considera exactamente un adolescente, como también hasta que momento lo dejará de ser sometiéndose a las leyes de adultos, y claro, en qué situación se encontraría el adolescente que en el momento en que cumple una condena supera la mayoría de edad, encontrando la respuesta en el artículo 56 de la LRPA que señalaba ciertas reglas, donde la general se conforma con mandar que el adolescente que cumpla la mayoría de edad mientras se encuentra privado de razón será sometido a la misma norma que trata a los adolescentes. Del mismo modo, como regla especial, si restan seis meses para el cumplimiento de su condena en régimen cerrado, continuará su condena dentro de los centros especiales del SENAME, de lo contrario, a contrario sensu, será el juez el encargado de decidir si al adolescente que ya hubiere cumplido dieciocho años y al momento de cumplirlos le restan más de seis meses de condena, se le debe conservar en el recinto del SENAME o derivar a un establecimiento penitenciario para adultos encargado de gendarmería de Chile.

También pudimos apreciar la distinción en el derecho comparado, y en las normativas de ciertos países que comparten similitud en su tratamiento procesal con los menores, pero más aún, cuyos límites de edad mínima eran también importantes de tratar, pero más importante aún, nos dedicamos casi exclusivamente a tratar las relaciones internacionales en el sentido de abarcar los documentos internacionales que mejor

remarcan el respeto a los derechos de los menores, como las reglas de beijing, de tokio, de menores privados de libertad, el pacto de san José de costa rica y principalmente la convención de los derechos del niño, texto de máxima relevancia pues es la carta por excelencia que protege y asegura los derechos de los niños, nuestros niños. Respecto de las relaciones nacionales, entendidas como las legislaciones que aplican sólo para su respectivo territorio nacional, recorrimos países de centro américa y Sudamérica como Argentina, Perú, Uruguay, Brasil, Ecuador, Colombia y Costa Rica. Sin perjuicio de que a lo largo del estudio se señalaron más países dignos de mencionarse como Estados Unidos o Alemania, entre otros.

La ley de responsabilidad penal adolescente, como no podía ser de otra manera, también fue fruto de una extensión en éste trabajo, lo cual no debería sorprender a nadie, sin embargo, quisimos ir más allá y externalizar su historia, su contenido, intentando a la vez la intención del legislador para las estipulaciones contenidas en ella, comentando brevemente algunas de las implicancias que se dieron a lugar en el proceso de discusión de la misma.

Dimos un recorrido breve sobre el gran ausente en la legislación actual, con la modificación a la ley 16.618, el trámite del discernimiento, y las razones de su derogación, procurando además entender un concepto de discernimiento, qué significa, cuál es su fundamento, en qué consistía dicho trámite y cuál era la importancia en atención a ver si fue un acierto o desacierto por parte del legislador su derogación expresa por el artículo 63 LRPA.

Señalamos los tipos de detención, y la detención como tal, argumentando en qué casos se justifica la detención y en qué sentido está amparada por la ley la detención a los menores de edad, las diferentes reglas para su aplicación y las formas de hacer efectiva la detención, en particular en situación de flagrancia. Hicimos del mismo modo una distinción marcada entre la detención de que pueden ser objeto los menores de edad comparándola con la misma en el caso de los adultos, haciendo un énfasis en las reglas que prohíben la detención en centros especiales en conjunto con adultos, es decir, la

obligación de los funcionarios correspondientes de procurar que los adultos y los adolescentes no queden juntos en los mismos recintos de privación de libertad.

Hicimos la necesaria y obligatoria parada por el SENAME, su composición, su creación, la ley que lo hace nacer, su historia. Tocamos del mismo modo las actuales polémicas en las que se encuentra sumido el servicio del estado en la actualidad, a través de noticias de los periódicos Chilenos, incluso hablamos sobre la posible modificación al actual sistema encargado del cuidado de los niños en situación crítica o sometidos a procedimientos de justicia juvenil, a través de una ley en el progreso que dividiría la tarea del cuidado de menores en dos partes, y que el próximo gobierno podría, eventualmente ser aprobada.

En conjunto con las reglas de la detención, trajimos a colación las medidas cautelares personales en su conjunto, no solo aquellas señaladas en la ley sino también en el CPP y en cualquier otro cuerpo legal, y en particular, en qué sentido le son aplicables las normas del 155 CPP a los adolescentes y si serán objeto de prisión preventiva, que para éstos efectos lleva por nombre internación provisoria, sus fundamentos y requisitos de procedencia, y uno que otro comentario al respecto, incluyendo los principios rectores que podrían verse vulnerados con dicha facultad de juez para internar provisoriamente a los adolescentes en centros de detención.

Vimos las sanciones, todas y cada una de las que la LRPA estipula para la aplicación de los juzgados para con los adolescentes, distinguiéndolas en privativas y no privativas de libertad, cómo éstas les son aplicadas a los adolescentes y cuál puede llegar a ser el efecto negativo que tendría aparejada la internación de los adolescentes en centros de detención semi-cerrados o cerrados. Hicimos un distingo particular sobre éstas últimas formas de privación de libertad tan propias de la LRPA, dejando únicamente de lado la ejecución de las sanciones.

Exploramos, casi finalizando el estudio, el procedimiento a que están sometidos los adolescentes, francamente inspirados en la obra de los autores Jaime Couso Salas y Mauricio Duce Julio, “Juzgamiento penal de adolescentes” abarcando todas las características de éste procedimiento, el cual concluimos que no festeja una diferencia

substancial con el procedimiento del CPP, remitiendo la mayoría de su tramitación a dicho cuerpo legal. Sin embargo del mismo modo apreciamos las pequeñas diferencias y las reglas especiales de la tramitación del procedimiento, señalando entre otras cosas la distinción entre sus plazos, y la diferencia en el trato que se le da al adolescente y el absolutamente marcado respeto por sus derechos a lo largo de todo el procedimiento.

Un último capítulo lo dedicamos exclusivamente a hablar más libremente sobre la edad mínima para ser imputados, nuestro punto de vista y el de la gente de carne y hueso, sus pros y sus contras, intentando dilucidar las razones de la rebaja de la edad mínima de 16 a 14 años, tomando además prestada la declaración de profesionales en distintas ramas de conocimiento y estudio que quisieron colaborar regalándonos su opinión sobre el tema en cuestión. Nos dedicamos así a hacer un análisis más o menos completo de la edad mínima para ser imputado como punto final a nuestra investigación que fue guiada casi con ese fin y que dice estricta relación con el acontecer actual en nuestro país y que como señalamos en su oportunidad, es quizás el tema más importante hoy por hoy para el ordenamiento jurídico Chileno, así como para los cuerpos político, y la sociedad toda.

Como podemos apreciar, ¡misión cumplida! Al poder dar un extenso recorrido, que aunque no completo, suficiente para sentirnos conformes de ver plasmado aquí nuestro estudio que da como resultado un fiel reflejo de la legislación actual, y que tuvo como fundamento un bien jurídico protegido tan relevante como lo es la seguridad de los menores y el respeto por sus derechos. Entendida la realidad que atañe en la actualidad a nuestro país, con las incontables falencias al sistema de justicia juvenil y al SENAME, no queda más que esperar que nuevas leyes vengan en solucionar los problemas actuales, depositando nuestra confianza en la ley que dividirá al sistema como también aquella ley de presupuesto que pretende incorporar nuevos fondos para los centros.

El vistazo que dimos a la norma y otros instrumentos, como a la jurisprudencia y a los medios periodísticos debiera ser cuanto menos suficiente para formarnos un criterio propio, en que nuestra opinión son sólo señales de una ley, que además de ser

naturalmente reciente, presenta muchas inconsistencias, vacíos y ausencias importantes, como, por destacar algunas, la mención a un catálogo expreso de delitos de los cuales podría ser sometido a investigación y persecución penal el adolescente, catálogo que formaba parte del proyecto original y que luego sería eliminado, como también la amplia necesidad de marcar con más énfasis las diferencias que habrán entre su procedimiento con el de los adultos, sobre todo porque terminamos extrañando una mención más clara a la detención en situación de flagrancia y las sanciones.

Aún con todo, la ley no es la única que nos genera dudas sino también el actuar de los órganos procesales con competencia penal, quienes con el pasar de los años han adoptado una forma de actuar desestimando en muchas ocasiones los derechos de los adolescentes, como fue el caso ejemplificado oportunamente en el escrito de dar solución a través de la internación provisoria o derivando a un procedimiento abreviado aún so pena de la necesidad de autoincriminarse del adolescente. El primero de los ejemplos es el que más nos llama la atención pues pudimos darnos cuenta que el ente sentenciador, en un común denominador, opta en un porcentaje alto de los casos, de decretar la internación provisoria con total facilidad.

Pero no todo son contras, pues sí pudimos apreciar un gran beneficio de la ley si tomamos en consideración que ésta es una modificatoria de la antigua ley de menores cuya subsistencia como norma legal procedimental era insuficiente, así como el beneficio que genera el marcado reconocimiento de los derechos reconocidos en la CDN por los actuales juzgados Chilenos, como también el respeto a dichos derechos a lo largo de todo el procedimiento, resguardado en el debido proceso.

No nos sentimos del todo seguros para dar una respuesta al límite de edad necesario para empezar a ser juzgado penalmente por los delitos cometidos, pero sí damos nuestro consentimiento a los 14 años como edad mínima para ser imputados pues fuimos capaces de apreciar que a dicha edad ya son capaces de tomar decisiones a consciencia de su actuar e incluso con dolo o malicia los adolescentes sujetos activo de delito, como también creemos firmemente que el hecho de ser juzgados desde la no tan

temprana edad tiene una razón de ser no necesariamente ligada a un “castigo” o reproche sino una intención resocializadora y rehabilitadora del estado para con los adolescentes, rol que está en deuda y cuyo resultado está muy por debajo de lo esperado y deseado.

El sistema de justicia juvenil actual tiene mucho que mejorar todavía, siendo una ley reciente es de esperarse que su perfeccionamiento no se encuentre en las primeras etapas de su vida útil y esperamos que con el tiempo se potencie éste sistema resocializador, y prime por sobre todo el interés superior del niño.

Dijimos en su oportunidad que ésta investigación no persigue objetivos ulteriores muy ambiciosos más allá de ser solo un medio informativo, pero aún con ello, esperamos haber servido para inspirar más estudios sobre la materia, y haber generado más conciencia respecto al respeto y cuidado que le debemos a nuestros niños, agradeciendo que éstos temas no estén libres de debates proponiéndose aún en la actualidad un mejoramiento de las instituciones, las cuales deben estar diseñadas y profesionalizadas para un mejor trabajo de la mano con un interés superior del adolescente.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ CHUART, Jorge, La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social.: Montevideo, Uruguay: INN, 1994.

ANTON ONECA, José, Derecho penal, parte general, Madrid, España: 1949

BOLETÍN ESTADÍSTICO I semestre Enero- Junio Fiscalía, ministerio público de Chile. 9 de Octubre de 2017. [Fecha de consulta: 15 de Mayo de 2017]. Disponible en: www.fiscalíadechile.cl/fiscalía/estadísticas/index.do

BIBLIOTECA DEL CONGRESO Nacional BCN, Guía legal sobre la reforma procesal penal que reemplazó el procedimiento que venía del siglo XIX. Actualizado al 30 de Enero de 2013. [Fecha de consulta: 12 de Agosto de 2017]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/reforma-procesal-penal>

BERRIOS DIAZ, Gonzalo. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes, Revista de Estudios de Justicia, (6), 2005. Publicación Digital del abogado Gonzalo Berrios Diaz, Magister en Derecho Penal y procesal penal y jefe de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/141637/El-nuevo-sistema-de-justicia-penal-para-adolescentes%20.pdf?sequence=1>

BANDURA, Albert. Teoría del aprendizaje Social. Madrid: Espasa- Calpe, 1987

BERMUDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de derecho ambiental. 2^a ed. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, octubre de 2014,

CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal, parte general. Volumen 1. Bogotá Colombia: Temis, 1988

CASO SENAME: Los Cargos que el ministerio público imputará por la muerte de Rechel Contreras. Teletrece, Miercoles 13 de Septiembre de 2017, [Fecha de consulta 28 de Septiembre de 2017]. Disponible en: <http://www.t13.cl/noticia/nacional/caso-sename-cargos-ministerio-publico-imputara-muerte-rechel-contreras>

CONVENCIÓN SOBRE Los Derechos Del Niño, observación general n° 14. Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas, Editorial Naciones Unidas, Ginebra 29 de Mayo de 2013, traducido al español en documento disponible al público en http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [fecha de consulta 01 de Agosto de 2017]

CONVENCIÓN AMERICANA de los derechos humanos. Pacto de san José de Costa Rica, firmada el 22 de Noviembre de 1969 por 26 Estados Miembros de la OEAY cuya entrada en vigor data de 1978, San José, Costa Rica, 1978

CERVELLO DONDERIS, Vicenta, COLAS TUREGANO, Asunción. La responsabilidad penal del menor de edad. Madrid: Tecnos, 2002

CONACE. Abriendo calles, prevención del consumo de drogas en niños y niñas y adolescentes en situación de calles, Seminario internacional 18 al 20 de noviembre de 2003. Ocho Libros Editores.

CORDOBA, Roda y RODRIGUEZ MOURILLO, Barcelona-Caracas-México. Comentarios al código Penal Español. 1era Edición, Ariel, 1976

COUSO SALAS, Jaime y DUCE JULIO, Mauricio. Juzgamiento penal de los adolescentes. Chile: LOM ediciones, 2013.

CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General, 10ª.ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO Penal Chileno. Santiago: Thomson Reuters Legal Publishing, 2017.

CÓDIGO CIVIL Chileno Santiago: Thomson Reuters Legal Publishing, 2017.

CÓDIGO PENAL Chileno. Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2017.

CÓDIGO DE JUSTICIA Militar. Santiago: Thomson Reuters Legal Publishing, 2017.

CÓDIGO DEL TRABAJO. Santiago: Thomson Reuters Legal Publishing, 2017.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA de la República. Santiago: Thomson Reuters Legal Publishing, 2017.

DIAZ-MUÑOZ BAGOLINI, Andrea Fabiola. Reglas de Beijing, su aplicación en el marco de las leyes 19.970 y 20.084 Revista de estudios de la justicia n° 19, 2013 artículo recibido el 29 de Julio de 2013 y aprobada el 02 de Septiembre de 2013. Disponible en <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/36193/37877>

DICCIONARIO PRÁCTICO del estudiante de la Real Academia Española. Santiago: Santillana Ediciones, 2011

DICCIONARIO JURÍDICO, 7ª.ed. Santiago: Circulo Legal de Editores, Departamento de estudios jurídicos, Edición de Bolsillo, 2017.

DECRETO 873, Aprueba convención sobre derechos humanos denominada “pacto de San José de Costa Rica”, Biblioteca del congreso nacional de Chile BCN. Publicada 05 de Enero de 1991, [Fecha de consulta: 14 de Septiembre de 2017]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>

Decreto N°863 EL SALVADOR, Ley penal adolescente 8 de Junio de 1994, Asamblea legislativa de la República de El Salvador.

DIARIO EL Comercial Edición n°5757 de Jueves 04 de Mayo de 2017, artículo periodístico “Ratifican desacuerdo en bajar la edad de imputabilidad de menores”
Argentina

DUCE JULIO, Mauricio, RIEGO R., Cristian, Proceso penal. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

DIAZ CORTES, Lina Mariola, Introducción al derecho penal Juvenil. Santiago, Editorial Librotecnia, 2010

DICCIONARIO JURÍDICO. 7ª.ed. Ciudad: Santiago, Circulo Legal de Editores, Departamento de estudios jurídicos, Edición de Bolsillo, 2017.

DECRETO Ley n° 2465 del 10 de Enero de 1979 que crea el servicio nacional de menores y fija el texto de su ley orgánica. Última versión 25 de Julio de 2005, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6929>

DECRETO SUPREMO número 356 del 03 de Abril de 1980 que crea reglamento del Servicio Nacional de Menores. Última Versión 05 de Octubre de 2005, Chile, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12630>

FELD, Barry C. Bad Kids, Race and the transformation of the juvenile court. Estados Unidos. colección Studies in crime and public Policy, imprenta OUP US, Febrero de 1999,

GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte Especial Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

GOBIERNO FIRMA proyecto de ley que moderniza y divide al SENAME”, Diario La Tercera, Agosto de 2012. [Fecha de consulta 07 de Octubre de 2017]. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/gobierno-firma-proyecto-de-ley-que-moderniza-y-divide-al-sename/>

HISTORIA DE LA LEY 20.084, trámite del tribunal constitucional, 11 de Noviembre de 2005. [Fecha de consulta 29 de Mayo de 2017]. Disponible en:

<http://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/5762/>

HORVITZ LENNON, María Inés. Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal adolescente y procedimiento aplicable. Revista de estudios de la justicia, (7), 2006.

JUSTICIA PROPORCIONAL a los niños, niñas y adolescentes, discusión proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de abuso sexual, 14 de Abril de 2015, SENAME, Ministerio de Justicia, [Fecha de consulta: 14 de Octubre de 2017]. Disponible en:

http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=963&tipodoc=docto_comision

LABATUT, Gustavo. Derecho Penal. 9ª. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2000

LIBERTAD Y DESARROLLO, menores en Chile ¿Cuándo son o no capaces? [Fecha de consulta: 14 de Octubre de 2017]. Disponible en:
<http://lyd.org/wp-content/uploads/2012/02/CAPACIDAD-DE-MENORES.pdf>

Ley 8.069 BRASIL, Estatuto da Criança e do adolescente, 13 de Julio de 1990, actualizada el 19 de Marzo de 2015.

Ley 100 ECUADOR Código de la niñez y la adolescencia, publicado por ley número 100 en registro oficial 737 de fecha 03 de Enero de 2003

Ley 7.476 COSTA Rica Ley de Justicia Penal adolescente. Asamblea legislativa de la república de Costa Rica, 30 de Abril de 1996

Ley 17.823, URUGUAY, Código de la niñez y la adolescencia, publicada en el diario oficial el catorce de septiembre del año 2004 bajo el número 26.586 por el poder legislativo de la republica de Uruguay

Ley 27.337 PERÚ, ley que aprueba el nuevo código de los niños y adolescente, año 2000

Ley 22.278 ARGENTINA, Régimen legal de la minoridad. Año 1980

Ley 16.618 Chile Ley de menores. Publicada en el diario oficial con fecha 08 de Marzo del Año 1967

Ley 19.620 Chile normas sobre adopción de menores . Publicada el 05 de Agosto del año 1999

Ley 19.640 Chile Ley orgánica constitucional (LOC) del ministerio público, promulgada el 8 de Octubre de 1999 y publicada el 15 de octubre de 1999

Ley 19.733 Chile sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo publicada en el diario oficial el 04 de Junio de 2001. Chile

Ley 19.947 Chile de Matrimonio civil. Publicada en el diario oficial de fecha 17 de Mayo del año 2004

Ley 19.968, Chile que crea los tribunales de familia, promulgada el 25 de Agosto del 2004

Ley 20.066 Chile de Violencia intrafamiliar. Publicada en el diario oficial de fecha 07 de Octubre de 2005

Ley 20.084 Chile Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada el 7 de diciembre del mismo año

Ley 20.191 CHILE que modifica la ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad penal para adolescentes por infracciones a la ley penal, promulgada el 1 de Junio de 2007 y modificada el 16 de Junio del mismo año. Sus modificaciones, en particular, se orientan a aclarar la aplicación de las penas contenidas en la primitiva ley 20.084 que sería aplazada en virtud de ley 20.110

Ley 20.032 Chile del 25 de julio de 2005 que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename, y su régimen de subvencion. Publicada en el diario oficial de fecha 25 de Julio de 2005

Ley 20.203 Chile modificatoria de normas relativas al subsidio familiar y la adopción Publicada en el diario oficial de fecha 03 de Agosto del año 2007

Ley 20.931 Chile que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos,

también llamada “ley de agenda corta antidelincuencia” publicada en el diario oficial el 05 de Julio de 2016

MENSAJE DEL PRESIDENTE de la república Ricardo Lagos Escobar con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal, mensaje n°68-347 del 2 de agosto de 2002

MANUAL sobre a ley de responsabilidad penal adolescente, corporación Opción, Unicef: Santiago de Chile, Marzo de 2009

MENSAJE DEL PRESIDENTE de la república Ricardo Lagos Escobar con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal, mensaje n°68-347 del 2 de agosto de 2002

MACHADO RUIZ, María Dolores. Minoría de edad e imputabilidad. Madrid, España: “*actualidad penal*” N°3 tomo I, Editorial La Ley, año 2003

MATURANA Miguel, Cristian, MONTERO López, Raúl, Derecho procesal penal Tomo II. Santiago: Legal publishing, 2010

MUERTES EN EL SENAME: Denuncian ante fiscal Emilkork responsabilidad de ex directores del organismo, Noticia Diario Electrónico El Muro”, Jueves 07 de Septiembre de 2017, [Consultado el 14 de Octubre de 2017]. Disponible en: <http://elmuro.cl/muertes-en-el-sename-denuncian-ante-fiscal-emilkork-responsabilidad-de/elmuro/2017-09-07/143436.html>

NIÑOS DEL SENAME aprovecharon toma de funcionarios para fugarse. Cooperativa.cl Miércoles 30 de Agosto de 2017 [Consultado el 9 de Noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/infancia/proteccion/ninos-del-sename-aprovecharon-toma-de-funcionarios-para-fugarse/2017-08-30/113236.html>

PRIMER INFORME Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, boletín N°3021-07 en sesión 7, legislatura 351, del 8 de Junio de 2004, legislación comparada.

PIÑERA ECHEÑIQUE, Sebastián. Mensaje presidencial n°31.-360 del año 2012

POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, Lecciones de derecho Penal Chileno, Parte general. 2ª.ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2009.

PEREZ VICTORIA, Octavio. El discernimiento como fundamento de la responsabilidad de los menores, Barcelona, Imprenta Elzeviriana año 1940.

PIAGET Jean, INHELDER B. Psicología del Niño. Madrid, España: Morata, 1984.

PIAGET, Jean. El desarrollo mental del niño en seis estudios de psicología. Barcelona, España: Labor, 1984.

¿QUÉ ES UN SISTEMA penal adolescente? Argentina: UNICEF, 2012.

REGLAS MÍNIMAS de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores. 96a sesión plenaria. Beijing: 29 de Noviembre de 1985

REGLAS MÍNIMAS de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. Principios Generales. Tokio: 14 de Diciembre de 1990

REGLAS MÍNIMAS de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, Cláusula de Salvaguardia. Tokio, 1990.

REVISTA CHILENA Derecho,(42), Edición Pontificia Universidad Católica de Chile, Enero/Abril de 2015, Volumen 42 n°1, Diciembre 2015.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. Emilio o la educación. Libro I. título original Émile ou De l'éducation, 1762, Traducción por José Machena Ruiz de Cueto, Madrid Editorial digital Tirivillus, 2005,

SECRETARÍA DE DERECHOS Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, “Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos” Octubre de 2011.

UNICEF Comité Español. Convención sobre los derechos del niño. España: rax media, 2006

YO SOBREVIVÍ AL SENAME” Entrevista a Edison Gallardo, Paula Comandari, Revista Qué Pasa, 02 de Septiembre de 2016, Chile. [Fecha de consulta: 9 de Noviembre de 2017]. Disponible en:

<http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2016/09/yo-sobrevivi-al-sename.shtml/>

ZEGERS P. Beatriz. Psicología del Adolescente. Santiago: Ediciones Nueva Universidad Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006.