

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

LA DELINCUENCIA JUVENIL DESDE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS
DEL DELITO: UN ESTUDIO CRIMINOLOGICO DE LA REALIDAD
VALDIVIANA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO
DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Profesor patrocinante: José Angel Fernández Cruz
Alumno: Juan Bautista Rodríguez Ruiz

DICIEMBRE 2002

Señor
Prof. Juan Omar Cofre Lagos
Director del Instituto de Ciencias
Jurídicas de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile
Presente

De mi consideración,

Por medio de la presente, vengo a informar a Ud. de la memoria de prueba realizada por el alumno D. Juan Rodríguez Ruiz y que lleva el título: «LA DELINCUENCIA JUVENIL DESDE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO: UN ESTUDIO CRIMINOLÓGICO DE LA REALIDAD VALDIVIANA».

Unas de las ventajas más atractivas que el Derecho penal ofrece al estudioso es su imbricación con la realidad social. Esta característica que es común a todo Derecho penal, tiene una especial trascendencia en el ámbito del Derecho penal juvenil: sin duda, constituye el ejemplo paradigmático que evidencia el *divorcio* entre el Derecho positivo y la necesidad de ofrecer una repuesta efectiva a un conflicto social desde el respeto a los Derechos Fundamentales.

Así, todo estudio sobre la problemática penal del menor delincuente debe estructurarse metodológicamente desde consideraciones criminológicas, dogmáticas y político criminales. Entendemos que no cabe hablar de la dogmática penal, la política criminal y la criminología como ciencias o saberes autónomos, aunque si lo sean sus tareas y métodos. De esta manera, resulta conveniente acometer el estudio del Derecho penal desde una perspectiva de una «ciencia total» del Derecho penal, aún siendo conscientes de los peligros que para el principio de legalidad puede acarrear esta forma de tratar el Ordenamiento jurídico positivo, ya que el interprete puede convertirse en un creador arbitrario del Derecho. El dogmático no puede desconocer en sus estudios las

aportaciones de las otras ciencias o saberes penales. El Derecho penal no puede pretender exclusivamente la configuración de un sistema lógico-dogmático impecable: el espíritu crítico y las propuestas de reforma no pueden partir exclusivamente de la dogmática penal, sino que deben enriquecerse de las conclusiones criminológicas y de las diferentes posiciones político criminales.

Una manifestación de esta propuesta metodológica, podemos encontrarla en la presente memoria de tesis. El autor desde una sólida formación dogmática penal ha realizado un estudio de la aplicación de las diversas consecuencias jurídicas aplicables al menor delincuente, para así, realizar una serie de propuestas político criminales sobre este importante conflicto social.

Así, la memoria comienza con una aproximación de la mal llamada imputabilidad del menor como fundamento de su tratamiento penal diferenciado respecto del mayor de edad; posteriormente, aborda el estudio de los fines de las penas y medidas de seguridad que se aplican al menor delincuente, donde aporta propuestas de reforma normativa, como es el caso de la denominada «Justicia Restaurativa»; en tercer lugar, realiza un estudio criminológico en nuestra querida ciudad de Valdivia, utilizando para su elaboración, tanto la estadística criminal, como entrevistas a los agentes sociales relacionados con este fenómeno criminal; y finalmente, concluye con una serie de propuestas de reforma penal inspiradas en el Derecho comparado y en una visión garantista y protectora del menor infractor.

Debemos destacar, por lo inusual que resulta que una memoria de tesis contemple un estudio criminológico, las conclusiones sobre la efectiva aplicación de las diferentes medidas destinadas al menor infractor en la comunidad de Valdivia. Por una parte, denuncia los escasos recursos que posee la justicia de menores para cumplir el mandato exigido por la Ley, y en último término por el pueblo soberano; y por otra, pone en evidencia que el sistema no cumple con los fines preventivos que fundamentan las medidas aplicables al menor delincuente.

De la lectura del presente trabajo de investigación podemos constatar de D. Juan Rodríguez Ruiz, con independencia de compartir sus conclusiones dogmáticas y político criminales, su inquietud y compromiso social por conocer y reformar el sistema penal aplicable al menor. En este sentido, cabe destacar su participación en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología (Valparaíso, septiembre de 2002), con una ponencia, y un posterior artículo, que versó sobre parte de las conclusiones de la presente tesina. En otras palabras, nos encontramos ante una estudio que supera sobradamente las exigencias de una memoria para optar por al grado de licenciado.

Respecto a la biografía utilizada resulta adecuada a la naturaleza y fines de la investigación realizada.

Por todo lo anteriormente expuesto, el profesor que suscribe propone que la Memoria a Prueba del alumno D. Juan Rodríguez Ruiz, sea calificada con la nota de 7.

Le saluda atentamente,



José Ángel Fernández Cruz
Prof. de Derecho penal

*Educad a los niños y no será necesario
castigar a los hombres
PITAGORAS*

I. Introducción

Tenemos la posibilidad de participar, o al menos observar, como nuestro Derecho penal se va perfilando en un sistema adecuado a la realidad actual, dejando atrás el anacronismo, las contradicciones e imperfecciones de un código decimonónico. Esta es la oportunidad en la que podemos imprimirle las profundas convicciones de lo que debe ser el Derecho penal.

Nos encontramos en un momento muy importante para la evolución del Derecho penal chileno. Tras las reformas al sistema procesal penal, el Ministerio de Justicia ha dado inicio a una campaña de reforma integral del código vigente desde 1874.

Parte importante de la reforma en ciernes, es el llamado *Derecho penal del menor*. Junto con la reforma del Código Civil referente a la filiación, este nuevo Derecho penal pretende que el menor pase de ser *objeto* de regulaciones del Derecho a *sujeto* de derecho, considerándolo como un ser humano en desarrollo.

Seremos partícipes o testigos de la formación de un Ordenamiento penal moderno, que conjugará muchas ideas y pensamientos que la doctrina nacional y extranjera ha ido, lentamente, plasmando en sus estudios. Serán varios los autorizados consejos que se tendrán que combinar para lograr el nuevo Derecho penal chileno.

Sin duda, deben respetarse las más diversas opiniones sobre lo que deseamos para nuestro Ordenamiento penal, pero debe manejarse con cuidado aquellas opiniones sin un sentido científico jurídico que, algunos agentes políticos, utilizan con fines electorales o para adquirir una relevancia efímera. Hemos escuchado sobre la necesidad de castigar con castración a quien cometa determinados delitos sexuales; hemos tenido que oír a quienes estiman como necesario el restablecimiento de la pena de muerte (con claro desconocimiento de los compromisos internacionales que hemos contraído); o la absurda pena de 3 años para quien consume droga.

Debemos esforzarnos, en consecuencia, por aportar ideas razonables que se encuentren dentro de las nuevas doctrinas penales. Por ello se debe llamar a la reflexión antes de lanzar inmesuradamente posiciones extremas.

Pretendemos hacer un «examen de conciencia», en este momento de cambio legislativo, y observar con sentido crítico la realidad que hemos llevado hasta ahora en nuestra experiencia jurídico penal de más de 125 años. Esta reflexión se centrará en las consecuencias jurídicas que acarrea la conducta de un menor de edad que infringe el mandato de una norma penal.

El Derecho penal nacional contempla dos formas de reacción ante una conducta humana considerada como «relevante» para el mundo jurídico-penal: la *pena* y la *medida de seguridad y corrección*; lo llamamos sistema dualista. Se atenderá a las medidas de seguridad que nuestro sistema le aplica a los niños infractores de las normas penales o llamados también, *menores en conflicto con la ley penal*.

Como se desprenderá de nuestra memoria, las medidas de seguridad se confunden con las penas, principalmente con las privativas de libertad, por lo que se hace necesario referirse a éstas últimas.

Si bien, nuestra memoria de grado no tiene como objeto de estudio principal, la responsabilidad penal del menor, su grado de inimputabilidad o la necesidad de la institución del discernimiento; ni tampoco el estudio de las normas internacionales contraídas por Chile en el marco de la responsabilidad juvenil; nos parece necesario hacer referencia, al menos tangencialmente, a estos temas pues, de una u otra forma, inciden en las penas o medidas aplicables a los menores infractores.

Al estudiar este sistema sancionador, nos daremos cuenta de variadas críticas y objeciones, tanto jurídicas como de política criminal y, en consecuencia, será necesario buscar alguna alternativa al régimen que actualmente tenemos.

Nuestra propuesta se funda en tres pilares importantes: la responsabilidad penal, las sanciones aplicables y el procedimiento penal; siendo las dos primeras las

que trataremos en nuestra memoria puesto que se trata de Derecho penal sustantivo.

Esta opción pretende fijar en 14 años la edad mínima de responsabilidad penal, eliminándose el discernimiento de modo que los menores de 18 y mayores de 14 se encuentran en un mismo grupo, y establecer un Derecho penal para el menor. Este *Derecho penal del menor* debe actuar con independencia del ordenamiento penal general, garantizando los derechos esenciales de la persona humana que se encuentra en *desarrollo*. Sostendremos como principal alternativa de sanción, la denominada *Justicia Restaurativa*, previo análisis y críticas de las penas y medidas actualmente aplicables.

Expondremos también, las conclusiones de un estudio empírico realizado en el Juzgado de Menores de Valdivia sobre las medidas aplicadas en los años 1999 a 2001. Este análisis servirá de complemento para las disquisiciones que aquí presentamos.

En síntesis, nuestra memoria no pretende más que puntualizar nuestra realidad legislativa y social, para llamar a la reflexión sobre cómo es y cómo debe ser la potestad punitiva del Estado.

II. De la imputabilidad y el juicio de discernimiento

Es ampliamente reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia el axioma *nullum crimen sine culpa* que representa la culpabilidad o responsabilidad. Es en este elemento del delito en el que comienza la diferencia entre un adulto y un niño en materia penal¹: Ni en la tipicidad, ni en la antijuridicidad se hace distinción alguna respecto de la edad. Recordemos que es la culpabilidad, el único elemento del delito que se refiere a la persona del sujeto activo.

A. La inimputabilidad

Para hablar de la inimputabilidad, es necesario comprender el concepto de imputabilidad. La doctrina clásica la define como la capacidad de conocer lo injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento². Esto es así por el reconocimiento del *libre albedrío* que posee el ser humano en su actuar. Hablamos, en consecuencia, de *capacidad de culpabilidad*, dejando atrás la creencia que se trata de *capacidad de acción*³.

Se critica esta teoría porque el *libre albedrío* o la libertad de actuar en un sentido u otro es indemostrable. GOMEZ BENITEZ postula la *capacidad de ser*

¹ El Ordenamiento penal chileno hace diferencia entre un adulto y un niño, además, en las circunstancias modificadoras de responsabilidad penal, así como en las normas y reglamentos carcelarios.

² ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 297.

³ MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, s. e., s. l. i., s. f., pp. 49 y 50 citado por CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 33 y 34.

motivado. La norma penal prohibitiva cumple una función motivadora a la no realización de las conductas prohibidas; dicha función motivadora se ve avalada por la previsión legal de una determinada pena para el caso de incumplimiento de una norma. En consecuencia, los inimputables no serían, pues, seres incapaces de libertad o, si se prefiere, seres irresponsables de sus hechos, sino seres no motivados por la norma⁴.

Nuestro ordenamiento penal sostiene que el menor de edad es inimputable; es incapaz de comprender el ilícito de su actuar y autodeterminarse conforme a ese conocimiento. En tanto la imputabilidad es parte integrante de la culpabilidad, su conducta típica y antijurídica no es culpable.

POLITOFF nos ilustra sobre la opinión de algunos filósofos idealistas de comienzo del siglo XIX, a propósito de los inimputables *in genere*, indicando que la incapacidad de ser culpable se ha considerado como una declaración de que el sujeto es un ente que carece de pleno valor moral, por lo que queda degradado a la condición de animal que, por su índole, no puede reaccionar de manera distinta de cómo lo ha hecho; o, visto desde la perspectiva opuesta, al delincuente se le honra como un ser dotado de razón⁵.

Hoy, al considerar inimputable al menor, estamos sosteniendo que un niño es, en lo jurídico-penal, igualable a un loco o demente. Así queda claro de la doctrina nacional⁶, que al tratarlo en el esquema del artículo 10, a propósito de los casos de

⁴ GOMEZ BENITEZ, José Manuel, *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 449 y ss.

⁵ HARTMANN, Nicolai, *Einführung in die Philosophie*, s. e., Osnabruk, 1954, p. 182 y HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. e., Stuttgart, 1952, §100, s. p. citado por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal*, t. I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997, p. 524.

⁶ Al respecto GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 215 y ss.; CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal... cit.*, t. II, pp. 38 y ss.; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*,

inimputabilidad, lo enumera después de la demencia y privación de razón. Esta consideración nos parece, desde ya, anacrónica, superada e intolerable⁷.

1. Algunas consideraciones biológicas

El niño recién nacido es un ser débil y dependiente, necesitado de todas las atenciones que sus padres le proveen. La maduración del ser humano es lenta, y el recién nacido necesita de tiempo para comenzar a adquirir la inteligencia y libertad media de un ser humano. El niño lleva en su propia estructura bio-psíquica todo el potencial de energía que necesitará para adaptarse a su medio ambiente y para crearse, por si mismo, todo un completo y complejo mundo interior. Este desarrollo, lejos de ser alegre y fácil, está lleno de desagradables y penosas equivocaciones, de múltiples y antagónicas alternativas a las cuales el niño debe enfrentarse. La evolución del instinto sexual trae consigo variados desórdenes, propios del nivel de desarrollo de un adolescente; la necesidad del niño de ser hombre, y la niña de ser mujer, provoca coetáneamente muestras del mayor egoísmo y del más sublime altruismo, de la más refinada sensibilidad y de la más fría indiferencia⁸.

Como manifiesta Arnold GESELL, el niño «antes de estar de pié, permanece sentado; antes de hablar, balbucea; antes de decir la verdad, inventa; es

Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, pp. 449 y ss.; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... cit.*, t. I, pp. 278 y ss.

⁷ Debe considerarse que a la época de la dictación del Código Penal se sostenía, por los clásicos, que los menores de edad tenían un entendimiento limitado, «circundado de una niebla que no se disipa sino lentamente con el progreso de los años...» CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, v. I, Editorial Temis, Bogotá, 1986, p. 215.

⁸ REYES ECHANDIA, Alfonso, *Imputabilidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1989, pp. 42 y 43.

egoísta antes que altruista; depende de los demás antes de poder valerse por si mismo»⁹.

Somos de la opinión que el niño no se encuentra en un estadio inferior en su nivel intelectual, sino que su inteligencia está en desarrollo, su potencialidad es la misma que la de un adulto. Esto queda de manifiesto al observar que un infante de 6 o 7 años es capaz de completar los ciclos de enseñanza desde que asiste a primero básico. Aquél que aprende a leer, aquél que comprende la abstracción matemática, aquél que comienza a pensar sobre el propio proceso de pensamiento, está demostrando que su inteligencia es capaz de situarlo en la categoría que un ser humano adulto ocupa en la sociedad. Así, para la pediatría moderna, en las etapas de adolescencia temprana e intermedia (10 a 13 y 14 a 16 años respectivamente) aparece el desarrollo moral y social, en términos tales que el niño es capaz de distinguir lo bueno de lo malo, y busca protegerse en los grupos para desplazar los sentimientos de culpa por las infracciones morales de las que se percata¹⁰.

2. Algunas consideraciones jurídicas

Es difícil sostener que los jóvenes menores de 18 años (aun los menores de 16) no tengan conciencia del valor negativo con que está cargado el robar, también cuesta afirmar que ignoran que esa conducta está prohibida. En consecuencia, no podemos considerar que se trata de una presunción de inimputabilidad porque la conciencia del menor es la adecuada para representarse valores y desvalores básicos de la humanidad.

⁹ GESELL, Arnold, *Il bambino nella civiltà d'oggi*, Editorial Milano, Bompiani, 1956, p.17 citado por REYES ECHANDIA, Alfonso, *Imputabilidad cit.*, p. 43.

¹⁰ *cf.* NEEDLMAN, Robert, «Crecimiento y desarrollo» (en) NELSON WALDO (Ed.), *Tratado de Pediatría*, Editorial McG raw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1997, pp. 71 a 74.

Al determinar los períodos de imputabilidad e inimputabilidad, CARRARA sostiene que no pueden expresarse con un criterio numérico o con denominaciones sacadas de elementos materiales, sino mediante un criterio jurídico. El autor distingue cuatro períodos, a saber, a) período de irresponsabilidad absoluta, b) período de responsabilidad condicional y menos plena, c) período de responsabilidad plena y, d) período de responsabilidad modificable en los resultados. Para esta memoria, es interesante referirse a los dos primeros:

a) período de irresponsabilidad absoluta, hay una presunción *juris et de jure* de que no existe en el agente discernimiento suficiente para merecer las censuras de la justicia.

b) período de responsabilidad condicional y menos plena, hay una presunción *juris tantum* de capacidad para delinquir. El agente está obligado a dar cuenta de sus actos, pero corresponde al juez examinar si obró o no con suficiente discernimiento¹¹.

Consideramos que ROXIN acierta al estimar que la regulación de la exclusión de responsabilidad referente a los menores debe fundamentarse en que el niño todavía no es normativamente asequible, o bien, en que no existe ninguna necesidad preventiva de castigo¹². Es decir, es una cuestión normativa y no psicológica o biológica.

Tradicionalmente se utilizan las fórmulas biológicas, psicológicas y mixtas para tratar la inimputabilidad. Las primeras se limitan a requerir una enfermedad o anomalía mental del sujeto; las segundas se refieren sólo al efecto de inimputabilidad en el momento del hecho, sin exigir una anomalía psíquica del sujeto; y por último, la

¹¹ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho... cit.*, v. I, pp. 159 y ss.

¹² ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 848.

fórmula mixta requiere ambas cosas, una base biológica constituida por la anormalidad del sujeto y el concreto hecho de la inimputabilidad del hecho¹³.

Cualquiera que fuere la teoría utilizada, en Chile, la imputabilidad o su ausencia se determinará mediante el juicio de discernimiento.

B. El juicio de discernimiento

El discernimiento es un concepto impreciso y de muy difícil determinación, que la doctrina y la jurisprudencia, a falta de la ley¹⁴, han tratado de definir. Entre los distintos acercamientos que han hecho los autores, se distingue el de PACHECO que lo define como la *inteligencia del bien y del mal, y más precisamente como la comprensión de las consecuencias*¹⁵. La Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, en sentencia de 14 de diciembre de 1987 define discernimiento diciendo que «éste tiene un claro contenido intelectual, debiendo interpretarse como la posesión de la madurez necesaria para comprender el carácter del ilícito de la propia conducta y la capacidad de autodeterminarse conforme a tal comprensión en relación con los mandatos y prohibiciones del derecho»¹⁶.

¹³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, 1996, pp. 576 y 577.

¹⁴ El artículo 370 del Código de Procedimiento Penal definía el discernimiento diciendo que consistía en la aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiere dado motivo a la causa. La ley 4.447 derogó este artículo.

¹⁵ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, s. e., Madrid, 1881, pp. 141 y 144 citado por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal... cit.*, t. I, p. 535.

¹⁶ CORTE DE APELACIONES PRESIDENTE PEDRO AGUIRRE CERDA, «Sentencia de 14 de diciembre de 1987», *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXIV, s. II, p. 178.

Hoy, el juicio de discernimiento ha dejado de ser lo que el legislador pretendió que fuera: un juicio de *capacidad de culpabilidad*. Algunos autores (los positivistas) consideran que la institución se debe utilizar para determinar si un menor tiene capacidad de rehabilitación o puede beneficiarse en el sistema proteccional infantil, característica que se desprende, generalmente de la peligrosidad del sujeto¹⁷. De esta forma, la mayoría de las veces, el menor que por primera vez infringe un mandato penal (primerizo), obtendrá una sentencia favorable, declarando que ha obrado sin discernimiento.

En atención a lo que hemos sostenido respecto de la *capacidad de culpabilidad* de los niños, debemos estimar que el juicio de discernimiento es una institución obsoleta, que nada aporta al sistema punitivo y proteccional, puesto que no hay duda que los menores de edad (al menos en la etapa de adolescencia temprana) saben distinguir lo bueno de lo malo. En consecuencia no podemos hablar de inexistencia de responsabilidad penal de los menores de edad; ellos son responsables.

La institución del discernimiento no es aceptada en otros ordenamientos; Chile es el único país que utiliza este sistema. Esto nos hace reflexionar sobre las críticas que se han dado en las discusiones doctrinarias¹⁸, siendo las más importantes, las siguientes:

a) Corresponde al Juez de Menores pronunciarse acerca del discernimiento, lo cual implica su apreciación en general y no en concreto, como debería ser.

¹⁷ LABATUT GLENA, Gustavo y ZENTENO VARGAS, Julio, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 144 y 145.

¹⁸ PEREZ, Lorena, FUCHER, Alvaro, BARRIA, Manuel, «El Derecho Penal de Menores. Un avance en el respeto de los Derechos del niño», (en) *XIV Congreso Latinoamericano, VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2002, p. 722.

b) No existe un Tribunal de Alzada especializado, que conozca de las consultas, y no se acepta en forma amplia el recurso de apelación.

c) La ley no define lo que debe entenderse por discernimiento, y en consecuencia los Jueces actúan con diversos criterios, atentando contra la seguridad jurídica, pues aparece como una facultad discrecional del Juez.

d) No existe la debida garantía para los menores, por cuanto se encuentran en un estado de absoluta incertidumbre.

e) Se aparta del sentido natural y jurídico del discernimiento, vinculado fundamentalmente a la distinción de lo justo e injusto.

f) El menor declarado con discernimiento queda sujeto a la ley penal, en la misma situación que un adulto, con los conocidos efectos perniciosos para el menor.

A primera vista, sostener la responsabilidad penal de los menores de edad, parece atentar con el espíritu garantista en materia criminal, puesto que de esta forma le aplicaremos las sanciones establecidas en el Código Penal a los menores cuyas conductas se encuentren tipificadas por el ordenamiento jurídico; sin embargo, como se adelantó en la introducción, a esta postura le sigue la tesis de un catálogo de sanciones para adolescentes, distinto al establecido en el Código Penal, cuya principal característica es la restricción de las sanciones privativas de libertad y el establecimiento de medidas de seguridad acordes con el grado de desarrollo de los adolescentes.

C. Sistema legal aplicable al discernimiento

Las causales de inimputabilidad las encontramos en el artículo 10 del Código penal. Este artículo enumera las exenciones de responsabilidad, donde encontramos la minoría de edad como causal de inimputabilidad en los números 2 y 3.

En el número 2, encontramos la presunción de derecho sobre inimputabilidad de los menores de 16 años, y en el número 3, la presunción simplemente legal para los menores de 18 años y mayor es de 16, siendo el Tribunal de Menores respectivo el competente para resolver sobre el discernimiento del adolescente.

En la medida que nuestra postura adopta la idea de considerar al niño *capaz de culpabilidad*, es decir, imputable, podemos entender esta norma en el sentido que el niño se beneficia con la «inimputabilidad» para la aplicación del Derecho penal de los adultos. Es decir, para la esfera de culpabilidad de los mayores, el niño es incapaz; no así para el ordenamiento criminal de menores de edad, propuesto en esta memoria.

Debemos agregar que el menor está afecto a las demás causales de exclusión de culpabilidad, y por lo tanto, un niño puede ser inimputable, ya no por su minoría de edad, sino por alguna otra causal que el artículo 10 señala; por ejemplo el niño que sufre de alguna psicopatía.

El Código Penal no contempla más normas respecto de los menores de edad en relación con la inimputabilidad y el discernimiento, dejando la regulación de este último a la ley 16.618, que se tratará más adelante.

El artículo 28 de la ley 16.618, inciso segundo, prescribe que la declaración previa acerca de si ha obrado con o sin discernimiento, deberá hacerla el Juez de Letras de Menores, oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores o algunos de sus miembros, y en aquellos lugares donde no exista Casa de Menores, deberá oír al funcionario que el Consejo de Menores designe para ese efecto.

La resolución que declara la falta de discernimiento será consultada a la respectiva Corte de Apelaciones, cuando el delito merezca pena aflictiva, según lo dispone el inciso tercero de la misma norma. La Corte de Apelaciones se pronunciará en cuenta, sin otro trámite que la vista del fiscal, salvo que se pidan alegatos.

En cambio, la resolución que declara que el menor ha actuado con discernimiento, es apelable en el sólo efecto devolutivo. Una vez ejecutoriada esta sentencia, deberá comunicarla al juzgado del crimen respectivo para continúe conociendo de la causa y el juzgamiento se rige por las reglas generales.

III. De las penas y las medidas de seguridad

Las normas jurídicas determinan ciertas consecuencias de su incumplimiento. Para acercarnos al tema de las penas, nos haremos cargo, brevemente, de la doctrina que sienta GARCIA MAYNEZ¹⁹.

El autor estudia las consecuencias jurídicas con el nombre de sanción, definiéndola como «la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado».

De esta definición, sigue una clasificación atendiendo a las relaciones que median entre el contenido de la sanción y el deber jurídico cuya inobservancia le da origen. Así, distingue entre las *sanciones de coincidencia con la prestación*, caso que se presta para el Derecho privado con el cumplimiento forzoso de la obligación; y las *sanciones de no coincidencia con la prestación*, en la que encontramos la indemnización por daños y perjuicios (también dentro del ámbito del Derecho privado) y el castigo.

Cabe destacar que, el autor se refiere con el vocablo «castigo» no sólo a las sanciones penales, sino también a aquellas sanciones cuya finalidad no consiste en lograr coactivamente el cumplimiento de un deber jurídico, ni en conseguir determinadas prestaciones económicas equivalentes a los daños y perjuicios sufridos, como por ejemplo la nulidad, la multa, etc. Para evitar equívocos, vale la aclaración que en nuestro Derecho, la multa también constituye castigo.

¹⁹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1956, pp. 295 a 305.

Puede discutirse, a nuestro parecer, este concepto amplio de la voz «castigo». Si sostenemos que este vocablo comprende también la sanción *nulidad*, llegaremos al pleonasma del «castigo penal» para referirnos a aquella sanción que se aplica en materia criminal²⁰.

Nuestro ordenamiento penal contempla un sistema dualista de intervención estatal: las penas y las medidas de seguridad. GOMEZ BENITEZ sostiene que «además de las penas, que sólo se pueden imponer a quienes son culpables, el Estado dispone, también, de “medidas de seguridad”, que no son penas, aunque generalmente comportan, asimismo, privación de libertad y que pueden aplicarse, por ejemplo, a los inimputables —es decir, a quienes no son culpables— siempre que se constate su “peligrosidad”.»²¹. El autor reconoce que una medida de seguridad puede consistir en privación de libertad, y que esta sanción puede aplicarse a quien no es culpable de un delito, pero que posee una peligrosidad considerable y suficiente como para esta medida.

Tanto la pena como la medida de seguridad pueden consistir en una privación de libertad, en consecuencia, no es extraño que, en la práctica, éstas se confundan, y la rigurosidad propia de la primera pase a la medida de seguridad, es decir, sean tratados de la misma forma un sujeto culpable de un delito y uno que no lo es, pero que se considera peligroso.

El fundamento de las medidas de seguridad, según el autor, no se encuentra en la culpabilidad del sujeto, «sino en la utilidad social de internar o someter a

²⁰ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, indica en su primera acepción: «Castigo. (de castigar.) m. Pena que se impone al que ha cometido un delito o falta».

²¹ GOMEZ BENITEZ, José Manuel, *Teoría jurídica... cit.*, p. 444.

tratamiento forzoso a personas que, no obstante su inculpabilidad, han manifestado su peligrosidad social con la comisión de un hecho delictivo»²².

A. Las penas

BECCARIA nos señala que, «Para evitar estas usurpaciones [de las porciones de libertades y derechos que cada ciudadano había entregado al soberano] se necesitaban [en la sociedad] *motivos sensibles* que fuesen bastante a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos *motivos sensibles* son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes.»²³. Esta aproximación que nos entrega el autor sobre la prevención general, la realiza en un contexto general, en el capítulo sobre el origen de las penas.

1. Finalidad de la pena

De la pregunta «¿por qué castigar?» emanan muchos equívocos al momento de responderla. FERRAJOLI opina que primero hay que hacer dos exámenes epistemológicos: uno, referido a los posibles significados de la pregunta; y otro a los posibles significados de las respuestas.

Respecto de la pregunta, esta puede presentarse de tres formas que el autor distingue con los conceptos *función*, *motivación* y *fin*.

²² GOMEZ BENITEZ, José Manuel, *Teoría jurídica... cit.*, p. 444.

²³ BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Editorial Alianza, Salamanca, 2002, p. 31. El subrayado es nuestro.

La primera pregunta: «¿por qué existe el fenómeno de la pena?» indica los usos descriptivos de tipo históricos o sociológicos que admite respuestas verdaderas o falsas. El autor utiliza el concepto *función* para referirse a esta pregunta.

La pregunta: «por qué existe el deber jurídico de la pena?» indica los usos descriptivos de tipo jurídico que, al igual que la primera, admite respuestas verdaderas o falsas. El concepto a que se refiere esta pregunta es el de *motivación*.

Por último, la pregunta «¿por qué debe existir la pena?», refiriéndose conceptualmente al *fin*, la utiliza el autor para indicar los usos normativos de tipo axiológico. Esta vez, como toda pregunta de tipo axiológico, sólo admite respuestas formuladas mediante proposiciones normativas que pueden ser justas o injustas, y nunca verdaderas o falsas.

FERRAJOLI aclara que las respuestas descriptivas, sean jurídicas o históricas, que se obtienen con las dos primeras preguntas son *teorías* o *explicaciones*; en cambio, son *doctrinas axiológicas* o *de justificación*, las respuestas ético-filosóficas acerca del fin o fines que el Derecho penal y las penas deben o deberían perseguir.

Con esta aclaración, FERRAJOLI denuncia el error metodológico que cometen quienes pretenden sostener doctrinas filosóficas de *justificación*, presentándolas como «*teorías de la pena*». Estos vicios consisten en confundir la *función* o *motivación* con el *fin*, es decir, el *ser* con el *deber ser*. De este modo hablan, a propósito de los discursos acerca de los fines de la pena, de *teorías* absolutas o relativas, *teorías* retribucionistas o utilitaristas, *teorías* de prevención general o de prevención especial, sugiriendo que la pena tiene un efecto (en vez de un fin) retributivo o reparador, o que previene (en vez de que debe prevenir) los delitos, o que reeduca (en vez que debe reeducar) a los reos, o que disuade (en vez que debe disuadir) a los potenciales delincuentes, etc.

Un error similar cometen quienes sostienen *teorías jurídicas* o *sociológicas*, como *doctrinas de justificación*, afirmando que la pena *debe ser* según

los patrones averiguados empíricamente o prescritos jurídicamente.²⁴

Con este análisis queremos hacer notar las precauciones que deben tomarse antes de estructurar una «teoría sobre la *justificación* de la pena», y no confundir la motivación o función de la pena, con el fin, o si se quiere, el *ser* con el *deber ser* de la pena y viceversa.

Respecto de las teorías absolutas y relativas, que se estudian en las cátedras de pregrado —de las cuales no haremos un estudio pormenorizado en esta investigación—, MAURACH y ZIPF sostienen que las primeras no son *teorías de los fines de las penas*, sino, tan sólo, *teorías penales*: «Estas niegan la posibilidad de unión de la esencia de la pena a la finalidad de prevención del delito. Para ellas, la pena es compensación, sea como reparación o como retribución, mas la pena se agota en tales funciones».

Estos autores sostienen que las teorías relativas, por su parte, sí constituye una *justificación sobre la base del fin de la pena* pues, si bien «...ellas reconocen que, por su esencia, la pena es forzosamente un mal. No obstante, en cuanto institución humana, la pena no puede contentarse con ello, ya que la causación de un mal sin atención a un fin sería un contrasentido. La institución del Derecho penal se justifica, solamente, si por medio del anuncio, la inflicción o la causación efectiva de este mal se persiguen fines ciertos y determinados que sirven a la prevención del delito»²⁵.

²⁴ *cf.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 321 y ss.

²⁵ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, v. I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 86 y 87.

Esta teoría de la prevención se conocen desde antiguo, SENECA y PLATON ya las enseñaban²⁶.

Las teorías relativas (o de prevención) se presentan en dos modalidades: prevención especial y prevención general. La primera, es la actuación sobre el culpable para que no vuelva a incurrir en el delito, mediante la reinserción social o la inocuización²⁷.

La prevención general, por su parte, ha vuelto a estudiarse por la doctrina²⁸, y hoy tiene un amplio respaldo. RODRIGUEZ la considera como una función pedagógica, como un instrumento educador de las conciencias más rudas y como una función de satisfacción a las víctimas y a los círculos a ella más inmediatos²⁹.

Las corrientes sociológicas resaltan en importancia formando la «prevención general positiva» cuyo principal defensor es Günter JACOBKS, el que desvía la atención del [potencial] autor individual dirigiéndola al mantenimiento del sistema social en su conjunto³⁰. Es así como su autor la resume diciendo que la «misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para

²⁶ SENECA y PLATON citado por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal... cit.*, t. I, p. 47.

²⁷ ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, t. I, [Ed. Reus], [Madrid], 1949, p. 7 citado por RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español. Parte General*, Editorial Dickinson, Madrid, 1995, p. 884.

²⁸ La teoría de la prevención general fue defendida en primer lugar por SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe*, 2 ed., s. e., s. l. e., 1971 y por HÖRSTER, *GA*, s. e., s. l. e., 1970 citado por ROXIN, Claus, *La Evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 28.

²⁹ RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho Penal... cit.*, p. 884.

³⁰ ROXIN, Claus, *La Evolución de la... cit.*, p. 29.

los contactos sociales»³¹; la norma, en consecuencia, es un modelo que deben seguir los miembros de una sociedad cuando se relacionan entre sí —deben ser *motivados* por la norma—, y la pena debe propender a esta motivación.

Claus ROXIN concluye que la mejor política criminal consiste en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho³².

CARRARA sostiene que la pena tiene un fin primario, el restablecimiento del orden externo de la sociedad, y un fin último cual es el bien social³³.

2. Las penas privativas de libertad

La libertad ambulatoria es reconocida como parte esencial de la naturaleza humana, y en consecuencia debe ser respetada y garantizada por el Estado³⁴. Sin embargo, el Estado priva o restringe de este derecho esencial, a aquel individuo que atenta contra los bienes jurídicos protegidos de la sociedad o de otro miembro de ésta.

En nuestro ordenamiento penal conocemos cuatro penas privativas de libertad: el presidio perpetuo calificado, el presidio, la reclusión y la prisión. MATUS sostiene que las críticas a estas penas son tres: la inútil diferenciación entre presidio y

³¹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 14.

³² ROXIN, Claus, *La Evolución de la ... cit.*, p. 34.

³³ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho... cit.*, v. II, pp. 67 y ss.

³⁴ Reconocido internacionalmente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 13 y en Chile por la Constitución Política de la República, artículo 19 número 7 letra a.

reclusión³⁵, las criminógenas penas cortas de privación de libertad, y las inhumanas penas largas de privación de libertad³⁶.

Las penas de privación de libertad cortas, son altamente criminógenas. Internar a un niño de 16 años en la cárcel por 60 días, significa ingresarlo a un circuito en que se encuentran varios sujetos con alto grado de compromiso delictual. Así, el niño comienza a asumir la delincuencia como una forma de vida, y en la medida que ve a sus pares integrar este conjunto de personas estigmatizadas por la sociedad, va creando un resentimiento social que lo llevará a asumir el mismo compromiso delictual que tienen sus iguales; va perdiendo el horizonte de lo que se considera bueno o malo. En definitiva, 60 días de privación de libertad es muy poco tiempo para cumplir con los fines retributivos o preventivos general y especial, pero suficientes para promover la actividad delictual en la conciencia de una persona en desarrollo. Excepción a esta crítica, hacen las penas de privación de libertad nocturnas y las de fines de semana. La diferencia en esta especie de sanciones, radica en que el menor no pierde el contacto social, no deja de asistir al liceo, no pierde la posibilidad de trabajar.

Las penas demasiado extensas son inhumanas. Castigar a un niño de 16 años a una pena de años de presidio importa que toda su maduración la vivirá en un ambiente hostil, con constantes conflictos de valores y antivalores, y teniendo en

³⁵ La pena de presidio impone la obligación de trabajos en el recinto carcelario. Así lo indica el artículo 32 del Código Penal, que agrega el deber sujetarse a lo dispuesto en el reglamento carcelario correspondiente. Este reglamento reitera la obligación de trabajar prescrita en el artículo 50 inciso 2. En la práctica, esta diferencia se atenúa puesto que las entidades carcelarias no cuentan con suficientes recursos para implementar un área de trabajo y las herramientas necesarias para que todos los presidiarios puedan cumplir con su obligación. Por otra parte, el artículo 89 del Código Penal permite que, tanto los condenados a prisión como los condenados a reclusión, puedan realizar trabajos dentro del penal. En consecuencia, la diferencia no se da en la práctica.

³⁶ MATUS, Jean Pierre, «Presente y Futuro del Sistema de Penas Chileno», (en) INSTITUTO DE ESTUDIO JUDICIALES (Ed.), *Cuadernos Judiciales. Reforma Penal Sustantiva. En el camino hacia un nuevo código*, n. 6, Editorial Profase, Santiago, 2002, pp. 35 y 36.

cuenta la realidad carcelaria, significa un ambiente de crueldad constante y desgastador.

Una crítica que podemos agregar respecto de la privación de libertad de los menores de edad, se refiere a la proximidad de los jóvenes con los adultos delincuentes.

El contacto que tienen los menores con los adultos privados de libertad es altamente criminógeno y dañino para el desarrollo de su personalidad. Las Reglas de Beijing³⁷ indica que deben evitarse las influencias corruptoras de parte de los adultos cuando se encuentran privados de libertad; incluso dispone que el transporte de menores deberá efectuarse a costa del Estado en vehículos que no les imponga de modo alguno sufrimientos físicos y morales.

Más criticable aún es la sanción que se aplica a los privados de libertad — entre ellos los menores— de encierro en celda de castigo, que consiste en un compartimiento muy pequeño, sin luz (natural o artificial), sin ventilación y sin servicios higiénicos.

Esta situación, de extrema crueldad, se realiza en Chile. La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el 17 de septiembre de 2002 un recurso de protección en favor de cinco menores que se encontraban en esta situación.

Joaquín CUELLO, a propósito de la nueva Ley Orgánica Reguladora de Responsabilidad Penal de Menores (LORRPM) que entró en vigencia en España el 13 de enero de 2001, señala que «la única garantía de que los fines perseguidos por la LORRPM no fracasen ... estriba en concebir el internamiento de tal forma que no

³⁷ Se conoce con el nombre «Reglas de Beijing» al primer instrumento internacional que adopta la Sociedad de las Naciones, *vid. supra* p. 33.

equivalga al internamiento carcelario característico del régimen penitenciario tradicional de adultos.»³⁸.

3. Las penas restrictivas de libertad

Estas penas parecen gozar de muchas más virtudes que la privativa de libertad, principalmente —según se verá— porque no produce la estigmatización propia de estas últimas sanciones.

Deben aplicarse con preferencia para individuos de poco compromiso delictual, y no considerados peligrosos para la sociedad puesto que permanecerán en libertad y, en consecuencia, mantendrán relación con la sociedad.

La relegación, por ejemplo, permite que el delincuente no pierda el contacto con la sociedad, lo que acarrea, al menos, dos consecuencias bien definidas: a) no se siente separado de la sociedad, ni ésta lo ve así, lo que provoca la desaparición de la estigmatización propia del sujeto privado de libertad; y b) mantiene la posibilidad de permanecer trabajando o estudiando dentro del sistema competitivo general de la sociedad, lo que redundará en que, una vez cumplida la pena, no sufrirá la etapa de readaptación a la sociedad, propia de las penas privativas de libertad.

Otra virtud de estas penas es su costo. El Estado deja de asumir el costo de mantenimiento de los privados de libertad, traspasándolo al mismo sujeto, que puede desarrollar una vida económicamente activa en el lugar al que fue relegado.

La aplicación de esta pena deberá consistir en la relegación a un punto del territorio de la República donde exista algún familiar que pueda hacerse cargo del

³⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 99.

menor, ya que como GARRIDO observa, estas penas involucran, indirectamente, una sanción para terceros inocentes —familiares, cónyuges, etc.— que, generalmente, deben seguirlo a su destino³⁹.

Tal vez, el único defecto que puede tener esta pena, se debe a lo particular de nuestra geografía.

B. Medidas de seguridad

Producto de la influencia del positivismo antropológico italiano, las medidas de seguridad comienzan a tener importancia en la ciencia del Derecho penal. A fines del siglo XIX, esta corriente filosófica pone a la ciencia penal ante el dilema de convertir el Derecho penal en un *Derecho de medidas* o mantener a ultranza el *libre albedrío* en el sentido metafísico que le atribuía la escuela clásica. La solución ecléctica dio paso al sistema dualista de *penas y medidas de seguridad*⁴⁰.

Este sistema dualista se afirma en las ciencias penales cuando se demuestra la ineficiencia de la pena para luchar contra el delito. Esto queda en evidencia, según RODRIGUEZ y SERRANO por dos fenómenos inquietantes, a saber, el continuo aumento de la criminalidad y de la reincidencia, y el progresivo incremento de la delincuencia de los menores y de las mujeres⁴¹.

Para BACIGALUPO, la estricta separación entre las penas y las medidas de seguridad, sólo es posible en tanto la pena se entienda desde el punto de vista de las

³⁹ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal... cit.*, t. I, p. 283.

⁴⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 107.

⁴¹ RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho Penal... cit.*, p. 987.

teorías absolutas. En efecto, afirma el autor, que las teorías relativas de prevención especial carecen de la posibilidad conceptual de distinción, porque pena y medida tienen el mismo fin: incidir sobre el autor para evitar la reincidencia⁴².

ZAFFARONI hace una crítica respecto de las medidas de seguridad. Sostiene que «...la única manifestación de coerción penal —en sentido estricto o “material”— es la pena, en tanto que las “medidas” no constituyen más que una denominación en la que, en forma peligrosamente indiscriminada, se engloban penas y medidas administrativas».

El autor explica que las medidas que son penas, siempre conllevan un sentido «penoso» que alerta sobre el límite y la racionalidad, y que por ello deben denominarse *penas*. Sostiene que no obsta que algunas medidas sean administrativas por el hecho de encontrarse en el Código Penal, puesto que no siempre lo que se encuentra en este cuerpo legal corresponde necesariamente al Derecho penal material. De sostener lo contrario, critica el autor, sería caer en un criterio ingenuamente formal, dejando el contenido de las ciencias jurídicas particulares a merced de las más antojadizas técnicas legislativas⁴³.

En el mismo sentido, MAURACH y ZIPF sostienen que estas medidas no han sido creadas *ad hoc* por el Derecho penal, sino tomadas de otras ramas. Citan a modo de ejemplo, el Derecho de familia, con su medida de confiar a un menor a un establecimiento tutelar para su educación, y al Derecho administrativo con la suspensión o retiro de la licencia de conducir⁴⁴.

⁴² BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Editorial Temis, Bogotá, 1989, pp. 17 y 18.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 92.

⁴⁴ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal... cit.*, pp. 26 y 27.

1. Finalidad de las medidas de seguridad

Como ya se adelantó, las medidas de seguridad tienen un fin eminentemente preventivo. Así opina la mayoría de la doctrina nacional⁴⁵.

Claus ROXIN dice que su cometido primario es preventivo especial, por que con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella. Sin embargo, distingue según la medida en particular que se aplique. A modo ejemplar, el internamiento preventivo o de seguridad, afirma, manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales psiquiátricos, se colocan al mismo nivel los fines de aseguramiento y de resocialización.

El autor hace una comparación entre los fines de la pena y los de la medida de seguridad. Los fines de ambas sanciones no se diferencian en esencia: persiguen fines preventivos. En consecuencia, la diferencia no está en el fin, sino en la limitación. La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la cuantía de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad que admite injerencias más amplias que las permitidas por las penas^{46 47}.

⁴⁵ En este sentido, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal... cit.*, t. I, pp. 331 y 332; CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal... cit.*, t. II, p. 401; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... cit.*, t. I, p. 226.

⁴⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal... cit.*, t. I, pp. 104 y 105.

⁴⁷ En el mismo sentido MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal... cit.*, pp. 26 y 27, denominando a estas sanciones: *medidas preventivas*.

IV. Del análisis dogmático de la reacción penal

El Código Penal y la Ley 16.618 son las normas que se conjugan para regular la reacción penal a las conductas infractoras de los menores de edad.

Estimamos importante revisar estos estatutos para hacer las observaciones y críticas al sistema actual; más aun si la doctrina nacional sólo trata estos temas tangencialmente.

A. Régimen penal en Chile

Como ya se ha tratado en el capítulo primero, en nuestro país, al igual que en estados extranjeros, las sanciones penales forman un sistema dual, encontrándose las penas, por un lado, y la medidas de seguridad y corrección, por el otro. En el caso de los menores de edad infractores de ley penal se aplican ambos sistemas; y se utilizará uno u otro, según la imputabilidad que tenga el sujeto infractor. La imputabilidad del menor de edad, se establecerá —según ya se ha explicado en el título segundo— mediante el juicio de discernimiento practicado ante el Juzgado de Letras de Menores.

El sistema normativo vigente, cuya base se conforma por los números 2 y 3 del artículo 10 del Código Penal, prescribe que los menores de 16 años de edad son, siempre, inimputables; y aquellos menores cuya edad fluctúe entre los 16 y 18 años serán inimputables, salvo que se determine, por el tribunal competente, que han obrado con discernimiento.

El cuerpo normativo que regula, en materia criminal, la situación del menor infractor, está compuesto por los números citados del artículo 10 del Código Penal, el artículo 72 del mismo código, y por la ley 16.618. Esta norma legal (16.618) entró en vigencia el 3 de febrero de 1967 siendo modificada por dos decretos leyes

(años 1977 y 1979) y por ocho leyes (años 1989, 1993, 1994, 1998 y 1999). Sorprende ver que una norma sea tantas veces modificada; hecho que demuestra la inmadurez del legislador, que no logra imprimirle a la norma el sentido que la inspira. El 16 de mayo de 2000 fue refundida en el DFL 1, dentro del marco de atribuciones que le confirió, al Presidente de la República, la ley 19.585 sobre filiación.

Nuestra literatura general no profundiza su estudio en la ley 16.618 más allá de los artículos relacionados con las medidas aplicables a los menores en los casos contemplados. Esto atiende a que la ley contiene otras materias distintas a las sancionatorias.

En efecto, en la citada norma legal se crea la Policía de Menores, que es un departamento de la Dirección General de Carabineros con personal especializado en el trabajo de menores y con finalidades específicas descritas en la misma norma.

Se crean, también, los Juzgados de Letras de Menores cuya competencia no comprende sólo lo penal, también se resuelven las contiendas relacionadas con la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, estableciéndose, asimismo, normas procedimentales; en los artículos 28 y siguientes —tratados *in extenso* más adelante— se establecen las normas aplicables a los menores infractores declarados sin discernimiento.

En este cuerpo legal, se regulan, también, las Casas de Menores e Instituciones Asistenciales compuestas por dos centros independientes y autónomos entre sí: el Centro de Tránsito y Distribución (conocido con las siglas CTD) y el Centro de Observación y Diagnóstico (COD).

Esta norma contempla algunos tipos penales cuyo bien jurídico protegido es la indemnidad infantil, y que sanciona a aquellos que realicen ciertas conductas lícitas, descritas en tres numerales, con menores de edad. Vale hacer presente que el cometer un delito prevariándose de menores de edad, constituye una agravante prescrita en el artículo 72 inciso segundo del Código Penal.

El artículo 72 inciso primero, es el otro pilar de este sistema dual; este artículo regula la situación del menor de 18 años, y mayor de 16, que es declarado con discernimiento por el tribunal competente. El artículo 72 del Código Penal se encuentra bajo el epígrafe «de la aplicación de las penas» en el título tercero del libro primero, que establece las normas del Derecho penal parte general. Este artículo, junto con el 71 y 73, forman parte de las disposiciones especiales sobre atenuantes de responsabilidad, en relación con la minorante de eximente incompleta, contemplada en el número 1 del artículo 11 del código del ramo.

Para desarrollar las normas sancionatorias aplicables a los menores de edad, es necesario hacer la distinción si se tratan de menores imputables o inimputables.

1. Menor inimputable

La ley 16.618, refundida hoy en el Decreto con Fuerza de Ley número 1 del año 2000, regula las consecuencias jurídicas que el Estado aplica al menor que ha cometido una conducta que se encuentra tipificada en el Código Penal, que en consecuencia, siendo el menor un adulto, constituiría un delito. Esta norma especial, regula también las medidas de seguridad y corrección que se aplicarán a los menores cuando se contemple algunos de los casos indicados en esta ley.

Teniendo en cuenta que la regla general para los menores de edad es la inimputabilidad, deberá tratarse de esta forma al menor, hasta que se dicte sentencia declarando que ha actuado con discernimiento.

El artículo 28 de esta ley establece que el juez no podrá aplicar otras medidas que las establecidas en el artículo 29 de la misma ley. En dicho artículo, se enumeran cuatro medidas de seguridad⁴⁸:

En primer lugar, se autoriza al juez a devolver al menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación. La segunda medida consiste en someterlo al régimen de libertad vigilada. La tercera, consiste en confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que la misma ley señala en el título cuarto, esto es el Centro de Tránsito y Distribución y el Centro de Observación y Diagnóstico. Por último, el juez puede confiarlo a alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.

POLITOFF deja en claro que procede el principio de inocencia establecido en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño; puesta en relación con el artículo 32 inciso primero de la ley 16.618. Este artículo establece que «de aplicarse a un menor de dieciocho años algunas de las medidas contempladas en la presente ley por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación»⁴⁹.

⁴⁸ El artículo 455 del nuevo Código Procesal Penal, que trata la procedencia de la aplicación de medidas de seguridad, sólo hace referencia al enajenado mental. Esto no indica que los menores estén exentos de aplicárseles medidas de seguridad, pues para ellos rige una norma distinta: la ley 16.618. El artículo 455 se refiere a que, al enajenado mental, sólo puede aplicársele una medida de seguridad cuando haya cometido un hecho típico y antijurídico, reuniéndose, además, los requisitos que el mismo artículo impone.

⁴⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal... cit.*, t. I, p. 539 a 540.

2. La equiparación del menor infractor y el no infractor

El artículo 32 de la Ley 16.618 produce una injusticia notable respecto de los menores que no atentan contra algún bien jurídico-penal; estos pueden ser tratados de la misma forma que aquellos que si afectan uno de estos preciados bienes.

El estudio atento del inciso primero de artículo 32 —ya transcrito— deja ver la buena intención del legislador al tratar la materia, pero al continuar con la lectura cuidadosa del artículo deja en evidencia la injusta e inaceptable norma sancionatoria.

La norma continúa en su inciso segundo: «Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido, o que al menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encontrare en peligro material o moral».

De esta forma, se crea una desigualdad intolerable entre un menor inimputable y uno que ha actuado con discernimiento. En el caso de un adulto (o de un menor que ha obrado con discernimiento) que es detenido por su aparente participación en un delito, al momento de comprobar que no se encuentra en calidad de autor, cómplice o encubridor, queda fuera del sistema penal. En cambio, un menor que se le retiene por la misma sospecha, al momento de comprobar que no ha participado en tal acto, el juez puede aplicarle, igualmente una medida de seguridad. En consecuencia, se pone en marcha todo un aparataje penal, con sus conocidos efectos estigmatizantes, y aun criminógenos, cuando un menor se encuentra en esta situación; en cambio, el Derecho penal renuncia a su reacción, de tratarse de un mayor de edad.

POLITOFF considera «inconveniente y contradictorio que las mismas medidas sean adoptadas, de la misma manera, sea que el menor haya cometido o no o que haya participado o no en un delito. La ligereza con que se ha concebido la ley en esta parte revela que el legislador, en el inciso primero del artículo 30, hizo un saludo ceremonial a las exigencias de la responsabilidad penal, para luego decidir que, al fin y

al cabo, da lo mismo la existencia o ausencia de ella si se trata de menores de edad»⁵⁰.

3. Menor imputable

La historia legislativa en esta materia, nos describe un ambiente cambiante, a veces arbitrario; como manifiesta POLITOFF, suele moverse de un extremo a otro, según que la moda exija «cuidado indulgente» por la personalidad del menor o «reacción severa» frente al «creciente libertinaje de los adolescentes»⁵¹

Al menor de 18 y mayor de 16 años de edad que obra con discernimiento se le aplica el catálogo de sanciones establecidas para el mayor de edad. Es igual que un adolescente de 16 años y un adulto de 40 años cometan un mismo delito. El único reconocimiento que se le hace, en tanto es una persona en desarrollo, es la aplicación de una atenuante calificada descrita en el artículo 72 del Código Penal. Esta minorante ordena al juez «aplicar la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable».

El régimen vigente hoy, es más riguroso que el anterior. El texto primitivo, entregaba al juez la facultad de imponer una pena discrecional, pero inferior en dos grados, por lo menos, al mínimo designado por la ley para el delito.

Recordemos que para encontrarnos en esta posición, es necesario previamente, que el juez de letras de menores haya declarado que el menor ha actuado con discernimiento. Por lo tanto, sólo después de dictada esta sentencia declarativa, el juez del crimen tiene competencia en la causa.

⁵⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal... cit.*, t. I, p. 540.

⁵¹ LABATUT Gustavo y CENTENO Julio, *Derecho Penal... cit.*, p. 145 citado por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal... cit.*, t. I, p. 538.

Importante es recordar que el artículo 1 inciso segundo de la ley 16.618 indica que «En caso de duda acerca de la edad de una persona, en apariencia menor, se le considerará provisionalmente como tal, mientras se compruebe su edad». Esto obliga al juez del crimen declararse incompetente de conocer la causa, de ignorar la edad de una persona al parecer menor, y siéndolo, deberá esperar el juicio de discernimiento para abocarse a ella.

Sobre este tema, parte de la literatura nacional considera al artículo 72 como una hipótesis especial de eximente incompleta. CURY, trata el artículo 72 como una atenuante imperativa y privilegiada⁵².

B. Tratados internacionales

La comunidad internacional adopta el primer instrumento específico de derechos del niño, en la V asamblea de la Sociedad de la Naciones, en 24 de septiembre de 1924. Este instrumento se conoce con el nombre de Declaración de Ginebra.

Desde ese momento comienza el desarrollo efectivo de la normativa internacional sobre derechos del niño. La importancia de la positivización de los derechos humanos ha sido estudiada y puesto de manifiesto por diversos autores, como PECES-BARBA⁵³, situación que en el caso de los niños y jóvenes adquiere un mayor

⁵² CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal... cit.*, t. II, p. 107.

⁵³ PECES-BARBA, G., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, pp. 12 y ss. citado por CILLERO BRUÑOL, Miguel, «Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos» (en) MEDINA QUIROGA, Cecilia y MERA FIGUEROA, Jorge (Ed.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 485.

valor, ya que a ellos, por lo general, se les reconoce en las legislaciones nacionales con una capacidad jurídica limitada⁵⁴.

Miguel CILLERO⁵⁵ analiza los instrumentos internacionales y observa que existen instrumentos generales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, e instrumentos específicos para la infancia, como la Convención sobre los Derechos del Niño; algunos abordan la universalidad de los derechos del hombre o del niño y otros sólo algunos aspectos específicos; existen también instrumentos de carácter regional o mundial.

La *Declaración de Ginebra* no establece derechos específicos, sin embargo se orienta en la línea de no aplicar el sistema penal a los niños, tanto en la definición de las conductas como en la reacción social.

Esta Declaración es incompleta en el sentido que reafirma la idea que los niños son un objeto jurídico, una categoría de personas que deben ser protegidas por el derecho.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aplicada también a los menores en virtud del principio de la no discriminación, establece algunas prohibiciones en el sistema penal, como a la tortura, a los tratos crueles e inhumanos o degradantes, a la prisión, detención o destierro arbitrario, entre otras.

Esta Declaración contiene, también, disposiciones destinadas a la protección de la familia.

⁵⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel, «Leyes de Menores... *cit.*», p. 485.

⁵⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel, «Leyes de Menores... *cit.*», pp. 487 a 503.

El *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos*, relaciona a los menores con el sistema penal haciendo expresa mención a la regulación y calificación jurídica de los internamientos en instituciones para niños y adolescentes. Este instrumento importa, además, ya que es el primero que reconoce expresamente el carácter de privación de libertad cuando la fundamentación de la reclusión es la vigilancia o educación. En nuestro país, todavía hay quienes sostienen que estas internaciones no son violatorias del derecho de libertad personal⁵⁶.

La *Declaración Universal de los Derechos del Niño* no aborda los aspectos más directamente vinculados a la relación del niño con el sistema penal, sin embargo establece el derecho del niño a gozar de una protección especial y a que se considere su interés superior por las personas encargadas de su educación y orientación.

La finalidad de esta declaración fue fortalecer la conciencia de la sociedad por las necesidades y derechos de los niños.

Las *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil*, denominadas también, Directrices de RIAD, tienen por finalidad que los Estados miembros de las Naciones Unidas establezcan políticas destinadas a una real prevención de los delitos juveniles, mediante un fortalecimiento de la familia, educación, y procurando evitar situaciones que pongan en riesgo el normal desarrollo de los menores.

Los *Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, contemplan reglas generales aplicables a la infancia y algunas disposiciones específicas vinculadas a los derechos del niño y la familia.

⁵⁶ Al respecto ver CILLERO BRUÑOL, Miguel, «Evolución histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile», (en) PILOTTI, F. (Ed.), *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, nota 11 citado por CILLERO BRUÑOL, Miguel, «Leyes de Menores... cit.», p. 492.

Entre estas normas relativas al sistema penal, aparece la prohibición expresa de la aplicación de la pena de muerte a menores de dieciocho años; y entre las referentes a los derechos económicos, sociales y culturales, aparece el derecho a la educación, y la protección de la familia y a las madres durante el embarazo y después del parto.

Los instrumentos regionales americanos contemplan, también, normas referentes a la infancia. El Pacto de San José de Costa Rica tiene disposiciones en el ámbito penal, en las relaciones de familia y en otras áreas del derecho. La Convención Americana, por su parte, regula derechos específicos para los niños ante el sistema penal, como una justicia especializada, la prohibición de la pena de muerte, y numerosas disposiciones relativas a derechos económicos, sociales y culturales.

En síntesis, el conjunto de instrumentos internacionales que configuran la doctrina de la protección integral, se ocupan de la generalidad de las relaciones jurídicas y sociales de la infancia, y en particular, de las reglas sobre la situación del niño ante el sistema penal.

V. De la justicia restaurativa como *lege ferenda*

Las condiciones que dan lugar a las críticas que hemos presentado en el desarrollo de esta memoria, no siempre han resultado tan visibles. Antes de la reforma Procesal Penal, la justicia penal de adultos, así como la establecida para los menores de edad, actuaban cubiertas por un manto de secreto e inspiradas en una lógica inquisitiva-tutelar, donde el juez era el dueño del proceso, las partes simples observadores, y la tramitación del juicio se regía por un orden consecutivo, simplemente discrecional⁵⁷.

Existe una técnica procesal de resolución de conflictos que evita caer en los odiosos efectos negativos a que nos hemos referido: la «Justicia Reparatoria», o «Justicia Restaurativa» como se conoce en el sistema anglosajón.

Para la doctrina extranjera consiste en un proceso mediante el cual las partes que concurren en una ofensa en particular (víctima – infractor), se reúnen para decidir colectivamente como enfrentar las consecuencias de esta ofensa y sus implicancias hacia el futuro⁵⁸. En Chile, ARELLANO la define restrictivamente como aquella que consiste en salidas alternativas al juicio propiamente tal o, bien, en la imposición de sanciones cuyo efecto es el reconocimiento de culpabilidad del autor, en

⁵⁷ ARELLANO QUINTANA, Jaime, «Justicia Restaurativa y Responsabilidad Penal Adolescente» (en) *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, año 1, n. 1, 2002, p. 73.

⁵⁸ CAVANAGH, T., «Adopting new values for the Court: What is Restorative Justice?», NATIONAL ASSOCIATION FOR COURT MANAGEMENT, *The Court Manager*, 13(2/3), Williamsburg, VA, 1998, pp. 24 a 27, publicado en Internet en <http://www.restorativejustice.com/Docs/PublishedCoreValues.doc> citando a MARSHALL T. 1997.

presencia de la víctima, y su consecuente reparación mediante formulas de trabajo, pago de una cantidad de dinero o servicios en beneficio de la comunidad⁵⁹.

La práctica de la Justicia Reparatoria está todavía en etapa de desarrollo — principalmente en países anglosajones— aun cuando lleva más de 25 años en ejercicio⁶⁰.

Este sistema de mediación es de reciente aplicación en el ámbito penal. La primera expresión de este sistema se dio en Canadá, en 1975. En esa oportunidad, dos jóvenes acusados de vandalismo en su barrio fueron llevados, por el juez, a una reunión con sus víctimas para discutir la reparación o compensación de los daños causados. Esa experiencia demostró que es posible que el infractor y la víctima discutieran el delito en forma respetuosa y segura.

La mayoría de las víctimas que han participado en este proceso de mediación se han sentido satisfechas, reduciendo el deseo de venganza y temor a ser nuevamente objeto de estos delitos por parte de los delincuentes. En muy pocas oportunidades, las víctimas se sintieron insatisfechas de la gestión, y el motivo principal consistía en que, a veces, este sistema se utilizaba para evadir la condena⁶¹.

En este nuevo esquema, un rol importante juegan las comunidades y sus miembros, pues ellos asumen responsabilidades en relación a los factores económicos,

⁵⁹ ARELLANO QUINTANA, Jaime, «Justicia Restaurativa y Responsabilidad... *cit.*», p. 74.

⁶⁰ Los datos presentados aquí han sido obtenidos de una charla que dictó Guy MASTERS (doctor en psicología, Universidad de Lancaster, UK) en el Seminario «Adolescentes infractores, privación de libertad y soluciones alternativas» realizado en el Salón Auditorio de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, el 27 de marzo de 2002.

⁶¹ Sobre esto, MASTERS cita a UMBREIT, M. & ROBERTS, A., *Mediation of Criminal Conflict in England: An Assessment of Services in Coventry & Leeds*. Center for Restorative Justice & Mediation, Minnesota, 1996, s. p. y DAVIS, G., *Making Amends. Mediation and Reparation in Criminal Justice*, Routledge, London, 1992, s. p.

sociales y morales que contribuyen al conflicto y a la violencia; la justicia restaurativa es un conjunto de valores y creencias acerca de lo que significa la justicia⁶².

Con la ayuda de un mediador, sería posible situar al infractor frente a su responsabilidad, además de promover su comprensión acerca del dolor y sufrimiento provocado por su actuar. Del mismo modo, al mirar de frente al adolescente, la víctima pierde buena parte del miedo experimentado. De esta forma, el ofendido y el ofensor —con asistencia profesional— pueden sincerar su propia verdad, además de las causas y motivos que informan sus conductas. Para ARELLANO sería deseable que el Ministerio Público pueda abrir una instancia de mediación, previo análisis de procedencia, cuando reciba una denuncia⁶³.

La Jueza PRIETO indica que «se produce el encuentro de dos personas que estaban en posiciones antagónicas, con dos roles perfectamente definidos, asimétricos: la víctima y el autor del delito, y se pasa de estos dos roles socialmente definidos a dos personas»⁶⁴.

GUY MASTERS resume los beneficios de este sistema, de la siguiente manera:

Para las víctimas:

- a) La necesidad de información sobre lo que está ocurriendo en su caso.
- b) La posibilidad de beneficiarse de que alguien (el mediador) escuche con una actitud positiva, su experiencia.

⁶² PRIETO, Ana Luisa, «Modelo de Justicia Restaurativa» (en) *La Semana Jurídica*, año 2, n. 80, 2002, p.14.

⁶³ ARELLANO QUINTANA, Jaime, «Justicia Restaurativa y Responsabilidad... *cit.*», p. 75.

⁶⁴ PRIETO, Ana Luisa, «Modelo de Justicia... *cit.*», p. 14.

c) La oportunidad de que le respondan sobre por qué el hecho delictivo ocurrió (responder ¿por qué a mi?).

d) La oportunidad de decirle al infractor de cómo se había sentido afectado.

e) La oportunidad de pedirle al infractor compensación o reparación de algún tipo.

f) La oportunidad de recibir una disculpa, y ver como el infractor se siente arrepentido.

g) La oportunidad de ayudar al infractor.

h) La posibilidad de enfrentarse con los infractores en igualdad de condiciones.

Para los infractores:

a) Reconocer su responsabilidad y hacerse cargo de lo que han hecho escuchando y atendiendo el daño *causado* a sus víctimas.

b) Mostrarse desde una perspectiva más positiva al contestar a las preguntas, pidiendo perdón y realizando acciones para reparar el daño.

Para ambos, víctimas e infractores:

a) Oportunidad de participar activamente en la toma de decisiones de su caso.

Para que este nuevo sistema de mediación se aplique en Chile, se necesitaría, no sólo de algunas reformas legales, sino más bien de un cambio de mentalidad de la comunidad.

La sociedad chilena se ha acostumbrado por los medios de comunicación a la reacción puramente vengativa de las víctimas, o sus familiares,

pidiendo las máximas penas para el agresor. Esta respuesta, en la mayoría de los casos, inducida por el periodista, no hace sino mostrar el ánimo de venganza que tiene toda víctima de delitos graves. Pero esto no ocurre con los delitos menos graves, principalmente delitos contra la propiedad (daños, robo con fuerza en las cosas, hurto, etc.). Es en esta esfera donde se puede aplicar un sistema como éste.

Además, para el éxito de esta técnica, es necesario comprender que no puede aplicarse a la generalidad de los menores que infringen las normas jurídicas.

En atención al ilícito cometido, pueden ser objeto de esta medida, los menores que afecten la propiedad, pues estos atentados son esencialmente reparables. Pero, además, es muy importante que se aplique a menores con bajo compromiso delictual, pues estos aprovechan mejor las oportunidades que les da la justicia preventiva.

No sería de extrañar que se evalúe negativamente esta técnica de resolución de conflictos, si se aplica a jóvenes reincidentes y de alta peligrosidad.

VI. Enfoque representativo de la realidad Valdiviana

Con la intención de complementar la teoría expuesta, hemos realizado un estudio estadístico que nos da una imagen de cuales son las medidas de protección que se aplican a determinadas conductas cometidas por los menores en la ciudad de Valdivia.

Los datos fueron obtenidos exclusivamente para esta memoria y corresponden a un estudio de sentencias de los años 2000 y 2001 que el Juzgado de Menores de Valdivia dictó en los casos en que la conducta constituía delito. Junto al análisis de sentencias hicimos una breve entrevista⁶⁵ a la Jueza de Menores de este Tribunal, señora Edith PARRA FUENTEALBA, quien ejerce esta magistratura desde 1981.

Para realizar el análisis de los datos obtenidos, hemos agrupado las conductas según el bien jurídico que afectan o su gravedad. Así, las conductas constitutivas de robo con fuerza, receptación, hurto, incendio, daños, etc. están agrupadas en el concepto «contra la propiedad»; las conductas constitutivas de homicidio, lesiones, robo con violencia, etc. están agrupadas en el concepto «conductas de violencia o de gravedad»; las conductas constitutivas de hurto falta, ingerir alcohol en la vía pública y otras faltas están agrupadas en el concepto «faltas»; las conductas atentatorias contra la sexualidad, o indemnidad sexual están agrupadas en el concepto «contra la sexualidad»; y las infracciones a la ley de drogas, con el concepto «drogas».

⁶⁵ La entrevista se realizó en el Tribunal de Menores el 12 de diciembre de 2002.

Las sentencias estudiadas son las últimas de cada proceso, en consecuencia, han sido desestimadas aquellas sentencias que aplicaron una medida y que, posteriormente, fueron dejadas sin efecto por aplicarse otra.

A. Algunas consideraciones previas

Para tener una idea del universo de sentencias dictadas por el tribunal en los dos años analizados, presentamos la siguiente tabla:

Año	Delitos^a	Vict.^b	M. C.^c	P. F. M.^d	Disc.^e	O. M. P.^f	Total
2000	384	68	72	109	249	629	1511
2001	470	114	201	95	265	512	1657

Sin perjuicio que se demuestra un aumento en el número de sentencias dictadas en el año 2001, es notable el crecimiento de las sentencias por mala conducta. Esto corresponde, según nos explica la Jueza, a que en el año 2001 muchas conductas que hubieran sido calificadas como «vagancia» o como «mendicidad» han sido cambiadas de categoría, debido a que estas figuras fueron derogadas como causales de retención de menores.

Los efectos de este cambio, son meramente nominales, pues las medidas aplicables en uno u otro caso son las mismas. Esto deja en evidencia que, a pesar que

^a Se trata de conductas constitutivas de delito. Estos datos serán los analizados en las tablas siguientes.

^b Causas en las que el menor es la víctima de un ilícito.

^c Causas caratuladas como «mala conducta».

^d Causas caratuladas como «Peligro físico y moral».

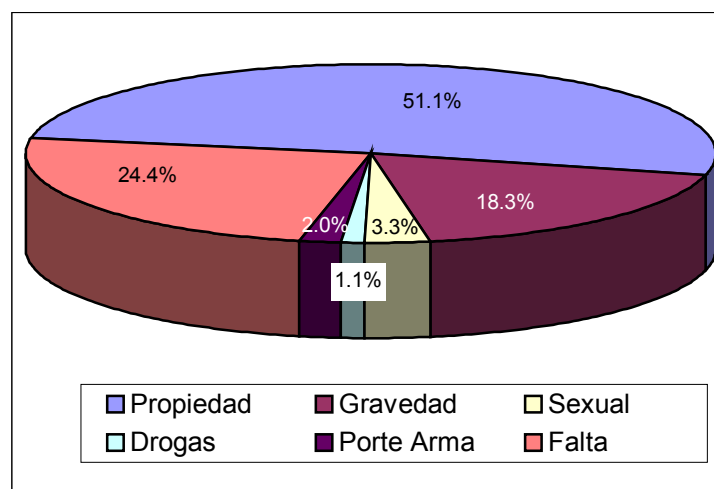
^e Causas que resuelven sobre el discernimiento de un menor.

^f Causas que resuelven otras Medidas de Protección.

el legislador deroga una figura, no por eso los menores dejan de «retenerse» cuando andan por las calles de la ciudad.

Un promedio de 427 causas por año, se refieren a conductas constitutivas de delito, lo que representa un 26,8% del total de sentencias dictadas por el tribunal.

Las 854 causas que se llevaron en los años 2000 y 2001 sobre conductas constitutivas de delitos, se dividen en las siguientes proporciones, según el tipo de ilícito:



Sobre el 50% de las conductas constitutivas de delito son contra la propiedad. Según la Jueza, estos delitos aumentan cuando la economía del país entra en recesión, y disminuye —en perjuicio de los delitos de gravedad— cuando la economía resurge.

Sobre un 18% de las conductas son de grave lesividad, y más de un 24% son simples faltas.

B. Análisis de las medidas

Las siguientes tablas muestran la relación entre los grupos de conductas

cometidos por los menores y las medidas aplicadas por el Tribunal.

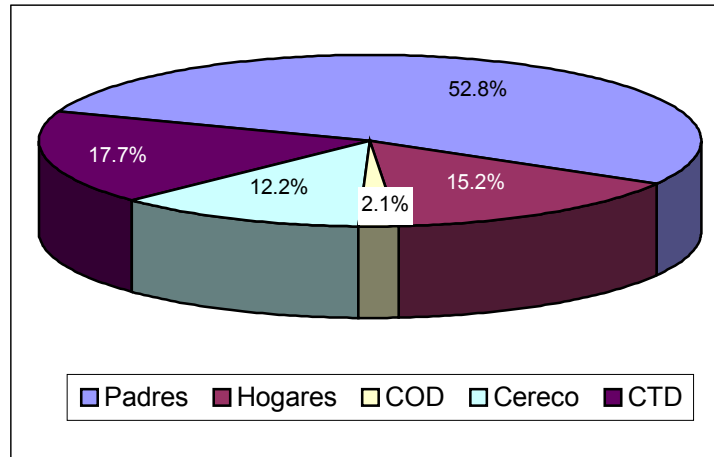
La primera observación la hace la Jueza señora PARRA, quien nos indica que a la fecha de dictadas las sentencias, Valdivia no contaba con recursos económicos, técnicos y profesionales suficientes para aplicar las medidas que considera correctas para la «recuperación» de los menores⁶⁶. A modo ejemplar, el Tribunal cuenta con dos asistentes sociales, cantidad insuficiente para aplicar la medida de libertad asistida, que requiere terapias dirigidas por estos profesionales.

En los años en que se realizó la investigación, Valdivia no contaba con un establecimiento especialmente equipado para recibir a menores privados de libertad, por lo que eran enviados a Puerto Montt donde el Centro de Transito y Distribución (CTD) los mantenía recluidos. El Centro de Readaptación Conductual (cereco) sólo tenía programas o terapias abiertas, diurnas.

1. Medidas aplicadas por conductas contra la propiedad

La siguiente tabla nos muestra las medidas aplicadas frente a conductas como daños, hurto, robo con fuerza en las cosas, incendio, etc.

⁶⁶ Respecto a esta crítica, nos adherimos, agregando que hoy tampoco existen los recursos necesarios para la correcta administración de justicia de menores. Este año (2002) se inauguró un nuevo establecimiento (COD-CERECO) para privar de libertad a los menores. El proyecto consistía en un edificio moderno en el que se puedan ejecutar las últimas técnicas de «resociabilización» para los infractores adolescentes. Sin embargo, no cuenta con ningún elemento distinto al Centro de Detención Preventiva de Adultos; no es, sino, una cárcel de adolescentes.



Llama la atención que sobre el 52% de los menores infractores fueron entregados a sus padres, sin la aplicación de otra medida. Esto corrobora la primera observación de escasez de recursos para aplicar una medida más beneficiosa para el menor.

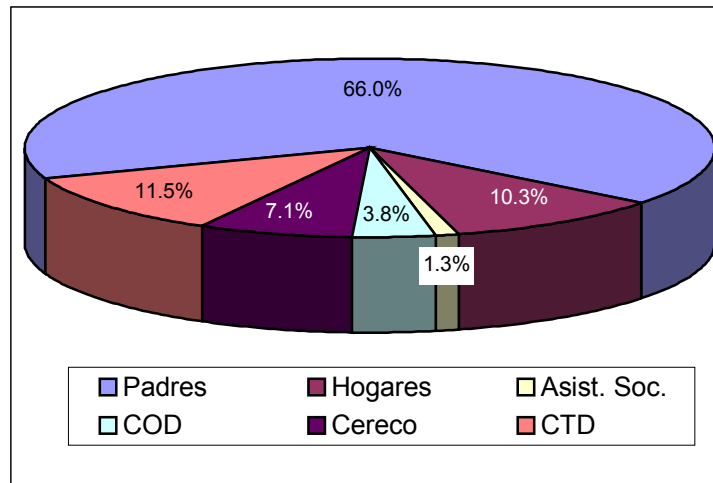
Casi el 18% de los menores que realizan estas conductas son privados de libertad; medida que a nuestro juicio parece excesiva, considerando la situación actual de las cárceles y recintos de privación de libertad en Chile. Es en estas conductas donde debiera aplicarse otras medidas de protección pues, el bien jurídico afectado no es de tanta importancia como en los delitos graves; son atentados pecuniarios, fácilmente resarcibles.

Cerca del 12% son enviados al Centro de Readaptación Conductual (cereco) que en esa fecha estaba constituido como centro abierto.

La Jueza nos indica que en una situación ideal, las mejores medidas de protección para estos casos, corresponde a terapia encerrado o justicia restaurativa, siempre que se realicen verdaderos talleres de asistencia.

2. Medidas aplicadas por conductas de gravedad

En la siguiente tabla, observamos las medidas aplicadas a quienes cometen conductas constitutivas de delitos como homicidio, lesiones, robo con violencia en las personas, etc.



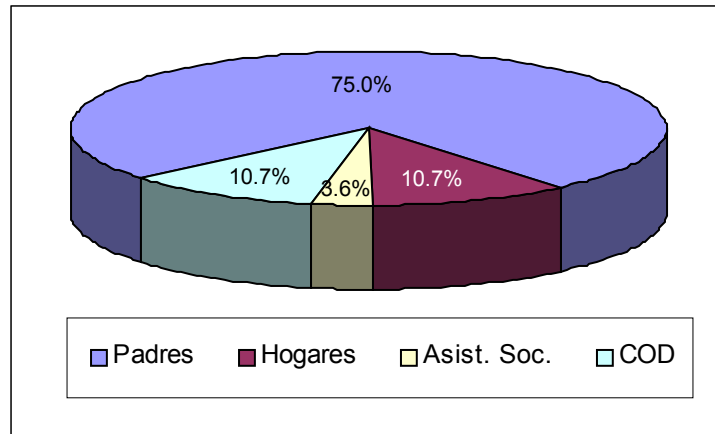
En estas sentencias aparecen los asistentes sociales, que por su escasez han sido reservados para menores con más riesgo delictual.

En este caso, la Jueza considera que —de existir los recursos— la terapia encerrado es la mejor medida de protección, siempre que se realicen talleres y terapias; además opina que, paralelo a esta medida, debe hacerse un estudio a los padres, pues, es en el hogar donde se encuentra el principal foco criminógeno en la mayoría de estos casos.

Creemos que los menores que cometen conductas de gravedad, pueden ser privados de libertad cuando se acredite que esta medida logre un efecto disuasivo en el resto de la juventud infractora o inhiba al infractor de cometer nuevamente estos ilícitos. En otros casos, creemos que atenta contra los derechos humanos del menor en desarrollo aplicar una medida tan violenta como la privación de libertad.

3. Medidas aplicadas por conductas sexuales

El gráfico que se muestra a continuación corresponde a conductas contra la sexualidad o indemnidad sexual.



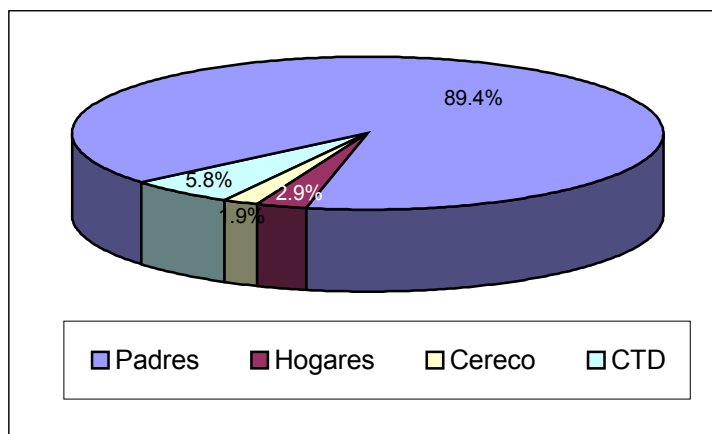
Llama la atención que el 75% de los menores son entregados a sus padres. Esto tiene una explicación: los hogares no reciben, o son reticentes, a recibir menores con estos antecedentes.

La medida de protección ideal, según la Jueza, es una terapia psiquiátrica en el hospital, junto con los padres «habilitados» para ejercer la paternidad en forma responsable. Esto es así, afirma la Jueza, porque la primera experiencia sexual, puede ser por timidez, producto de una falta de atención de los padres, o por una paternidad irresponsable.

Los niños que cometen atentados sexuales, más que ser delincuentes son personas con algún grado de trastorno, que necesitan un tratamiento o acogida familiar, no una medida coercitiva.

4. Medidas aplicadas por conductas-falta

En este gráfico se muestran las conductas constitutivas de falta, como beber alcohol en la vía pública, hurto falta, etc.

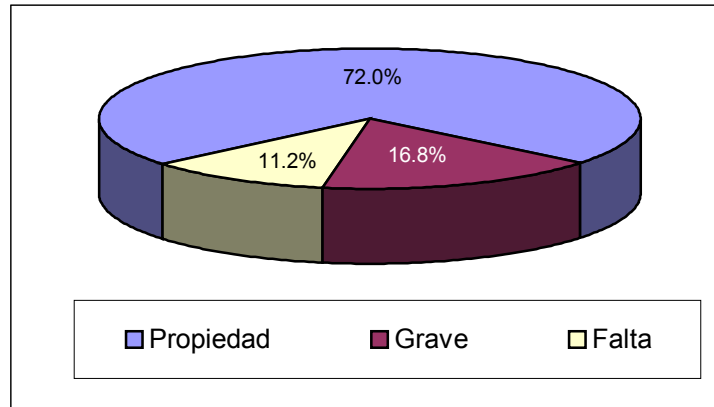


En el mayor de los casos (casi un 90%) los menores fueron entregados a sus padres, previa amonestación.

La medida de seguridad de internación en un recinto especialmente edificado para privar de libertad a los menores, se aplicó casi en un 6% de las veces en que un menor realizaba una de las conductas indicadas como falta.

5. Conductas sancionadas con medidas de protección privativas de libertad

Por último, este gráfico es un resumen de los datos entregados, en el que se muestra cual es la proporción de las conductas a cuyos autores son castigados con privación de libertad.



Es llamativa la diferencia que existe entre las conductas constitutivas de delitos contra la propiedad (72%) respecto de las constitutivas de delitos de gravedad (16.8%).

La Jueza nos explica que un alto porcentaje de los privados de libertad por conducta contra la propiedad es reincidente y ese es uno de los criterios para determinar a quien le aplican una medida privativa de libertad.

Sobre el 11% de los menores que cometen conductas que, de ser mayores de edad, constituirían falta —y en consecuencia se les sanciona con multa— fueron privados de libertad.

C. A modo de conclusión

El sistema proteccional actual no es el adecuado para cumplir con los fines preventivos que fundamentan las medidas de seguridad. El problema parte por una deficiente legislación que contempla medidas de protección que no logran la rehabilitación del menor infractor. Además, no hay recursos suficientes para que la justicia de menores tenga un fuerte apoyo de profesionales como asistentes sociales, o psicólogos.

La señora PARRA, Jueza del Tribunal de Menores de Valdivia, es de la

idea que siempre se debe observar la prevención de los delitos —sin descuidar a la víctima— y se logra con asistencia real y oportuna cuando un menor realiza una conducta alejada del derecho.

La Jueza considera que en determinados casos puede aplicarse una pena privativa de libertad, pero que ésta debe realizarse mientras el menor esté en etapa de desarrollo, para que se realicen talleres y terapias por los profesionales que corresponda.

Agrega que la Justicia Restaurativa no siempre es efectiva pues, en ocasiones, la víctima no quiere carearse con el ofensor, por temor a represalias.

VII. Conclusiones

*All punishment is mischief:
all punishment in itself is evil*
BENTHAM

1. Partimos del supuesto que los menores, por regla general, tienen plena conciencia de sus actos. Por las pantallas del televisor hemos visto decenas de reportajes, algunos científicos y otros no tanto, que muestran las conductas de los menores, y lo que piensan y sienten sobre su actuar; cuales son las directrices que los motivan a realizar estos actos.

Estas experiencias nos dicen que los mayores de 14 años saben perfectamente qué conductas están reñidas con la moral y cuáles no lo están. Esto les permite tener un cierto control sobre sus actos, de manera que pueden actuar conforme a las normas sociales y morales.

Es posible que un niño no sepa que, jurídicamente, tal o cual conducta está prohibida, pero bastará acatar las normas sociales y morales para no afectar los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. En consecuencia, el niño es capaz de reflexionar sobre sus conductas y distinguir lo bueno de lo malo, autodeterminándose según esta reflexión.

No se puede considerar, al niño, un sujeto inimputable, pero es necesario sacarlos del tratamiento jurídico penal de los adultos; debe ser regulado por su propio Derecho penal juvenil. Si bien es cierto, el artículo 10 del Código Penal nos obliga a considerar al menor como un sujeto inimputable, podemos considerarlo como tal para el Derecho penal de los adultos, pero no respecto del Derecho penal in genere.

2. La institución del discernimiento merece muchas críticas y no es necesaria para establecer un nuevo sistema respetuoso de los Derechos Fundamentales.

Considerando que somos el único país que mantiene una institución como esta, y que atenta contra la seguridad jurídica, nos encontramos en la obligación internacional — en virtud de los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por Chile— de modificar el sistema implementando uno que no afecte la seguridad jurídica de los menores infractores de ley penal.

Otra de las instituciones que crean una injusticia intolerable es el artículo 32 de la ley 16.618, que equipara al menor no infractor con uno que sí lo es.

3. La delincuencia juvenil es un círculo que se retroalimenta conforme van ingresando al sistema los niños que infringen, por primera vez, el ordenamiento penal. Al ingresar, estos menores al sistema proteccional se criminogenizan formando parte de la población delincente con bajas posibilidades de readaptación social.

Los adolescentes infractores de ley penal, son sujetos influenciados por el actuar delictual de sus pares, sobre todo aquellos con bajo o nulo compromiso criminal. La aplicación de estas penas o medidas a uno de estos niños importa una criminogenización de la población juvenil, pues conviven con otros delincentes que llevan sobre sí todo el peso de la estigmatización social, promoviendo, de esta forma, el resentimiento social de que son portadores.

Las penas o medidas que privan de libertad a los menores de edad no son las sanciones más adecuadas para su grado de desarrollo. Si bien es cierto, nuestra sociedad no está preparada para abolir esta sanción en la penalización de los niños, no es menos cierto que los estudios y las investigaciones autorizadas han demostrado que otras sanciones, como la justicia reparatoria, tienen resultados más eficaces en la resocialización de los delincentes con bajo grado de compromiso delictual.

Las infracciones a la ley penal realizadas por los niños, se producen por tres causas: resentimiento social; necesidades económicas o, peor aun, alimenticias; o, la natural rebelión, propia de la maduración, en contra de las normas impuestas por los adultos.

De ser posible implementar otras medidas o sanciones que logren romper con este círculo delictual, la tasa de delincuencia juvenil habrá bajado considerablemente al igual como sucedió en los países en que han puesto en marcha estas nuevas técnicas de resolución de conflictos. No obstante, es irreal pensar que los niños dejarán de cometer conductas que atenten contra los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, pues es parte del crecimiento, rebelarse contra las normas impuestas por los adultos. Estos atentados, no serían producto del resentimiento social, sino producto de maduración y crecimiento que lo llevará a transformarse en un hombre útil para la sociedad.

4. Las sanciones restrictivas de libertad y las privativas nocturnas o de fines de semanas, así como la justicia reparatoria, son sanciones que tienen más posibilidades de reinsertar al delincuente en la sociedad.

La justicia reparatoria es una medida de seguridad adecuada para conductas constitutivas de delitos contra la propiedad (como robo con fuerza y daños), en la que el ofensor y el ofendido pueden discutir, en forma respetuosa y segura, las vías de solución para el daño causado. La consecuencia más importante de este medio de solución reside en la reducción del ánimo de venganza en la víctima, y del resentimiento social del victimario. La víctima se entera, a veces por primera vez, del difícil ambiente de vida del victimario comprendiendo la causa del ataque; el ofensor ve en la sociedad (apersonada en su víctima) un ánimo de acercamiento a su dolorosa realidad, pudiendo incluso, lograr una reacción positiva en ésta.

Para delitos más graves (homicidio, lesiones, violación) o para adolescentes de mayor peligrosidad, una medida de seguridad que respete su etapa de desarrollo es la privación de libertad nocturna o de fines de semana. Estas sanciones permiten que el menor no pierda el contacto social, no desaproveche la posibilidad de estudiar en un liceo o escuela estatal, y de esta forma no aflore la segregación social propia de los condenados a penas privativas de libertad.

La relegación y la libertad vigilada son, también, medidas de seguridad que

pueden aplicarse a los menores infractores de ley penal, pero su ejecución requiere de mayores recursos económicos y profesionales que no estamos en condiciones de obtener.

5. En Valdivia, más de un 50% de las conductas constitutivas de delitos cometidas por los adolescentes son contra la propiedad. A los menores que cometen estas conductas se les puede aplicar las técnicas de justicia reparatoria. De esta forma, todas las ventajas que nos ofrece esta medida iría en beneficio de más de la mitad de la delincuencia juvenil valdiviana. Además, incide en la disminución de más de la mitad de los menores privados de libertad.

A más de un 65% de las conductas constitutivas de delitos graves se les aplica la medida de entrega a los padres previa amonestación. Esta medida ya no surte el efecto esperado, pues los menores necesitan ayuda profesional externa a su núcleo familiar. La familia, en muchos casos, es la causa principal de sus conductas toda vez que no siempre esta bien constituida, y hay padres delincuentes, drogadictos o alcohólicos. La medida que debe aplicarse en estos casos es la libertad asistida o la privación de libertad nocturna o de fines de semana, pero las dificultades económicas y profesionales no permiten el buen resultado de estas medidas.

6. Una deficiente legislación, y pocos recursos económicos, y profesionales, hacen que la justicia de menores no obtenga los resultados esperados por quienes diseñan las políticas criminales del país.

Un primer paso es la adecuación de las normas jurídicas para que los Tribunales especializados puedan lograr cambios en la tasa de criminalidad juvenil; y como consecuencia de ello, disminuya la delincuencia en general.

VIII. Bibliografía

- ARELLANO QUINTANA, J.: «Justicia Restaurativa y Responsabilidad Penal Adolescente» (en) *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, año 1, n. 1, 2002.
- BACIGALUPO, E.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- BECCARIA, C.: *De los Delitos y de las Penas*, Editorial Alianza, Salamanca, 2002.
- CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, v. I, Editorial Temis, Bogotá, 1986.
- CAVANAGH, T.: «Adopting new values for the Court: What is Restorative Justice?», NATIONAL ASSOCIATION FOR COURT MANAGEMENT, *The Court Manager*, 13(2/3), Williamsburg, VA, 1998.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, «Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos» (en) MEDINA QUIROGA, Cecilia y MERA FIGUEROA, Jorge (Ed.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
- CORTE DE APELACIONES PRESIDENTE PEDRO AGUIRRE CERDA: «Sentencia de 14 de diciembre de 1987», *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXIV, s. II.
- CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- : *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Editorial Civitas, Madrid, 2000.
- CURY URZUA, E.: *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- ETCHEBERRY, A.: *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

- GARCIA MAYNEZ, E.: *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1956.
- GARRIDO MONTT, M.: *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- GOMEZ BENITEZ, J. M.: *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.
- JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LABATUT GLENA, G. y ZENTENO VARGAS, J.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- MASTERS, G.: «Reflexiones sobre el Desarrollo Internacional de la Justicia Restaurativa» (en) *Seminario Adolescentes infractores, privación de libertad y soluciones alternativas* realizado en el Salón Auditorio de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, el 27 de marzo de 2002.
- MATUS, J. P.: «Presente y Futuro del Sistema de Penas Chileno», (en) INSTITUTO DE ESTUDIO JUDICIALES (Ed.), *Cuadernos Judiciales. Reforma Penal Sustantiva. En el camino hacia un nuevo código*, n. 6, Editorial Profase, Santiago, 2002.
- MAURACH, R. y ZIPF, H.: *Derecho Penal. Parte general*, v. I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, 1996.
- NEEDLMAN R.: «Crecimiento y desarrollo» (en) NELSON WALDO (Ed.), *Tratado de Pediatría*, Editorial McG raw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1997.
- NOVOA MONREAL, E.: *Curso de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.
- PEREZ, L., FUCHER, A., BARRIA, M.: «El Derecho Penal de Menores. Un avance en el respeto de los Derechos del niño», (en) *XIV Congreso Latinoamericano, VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2002.

- POLITOFF LIFSCHITZ, S.: *Derecho Penal*, t. I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997.
- PRIETO, A. L.: «Modelo de Justicia Restaurativa» (en) *La Semana Jurídica*, año 2, n. 80, 2002.
- REYES ECHANDIA, A.: *Imputabilidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- RODRIGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*, Editorial Dickinson, Madrid, 1995, p. 884.
- ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- : *La Evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 28.
- ZAFFARONI, E.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1987.

Indice

I.	Introducción.....	3
II.	De la imputabilidad y el juicio de discernimiento.....	6
A.	La inimputabilidad.....	6
1.	Algunas consideraciones biológicas.....	8
2.	Algunas consideraciones jurídicas.....	9
B.	El juicio de discernimiento.....	11
C.	Sistema legal aplicable al discernimiento.....	13
III.	De las penas y las medidas de seguridad.....	16
A.	Las penas.....	18
1.	Finalidad de la pena.....	18
2.	Las penas privativas de libertad.....	22
3.	Las penas restrictivas de libertad.....	25
B.	Medidas de seguridad.....	26
1.	Finalidad de las medidas de seguridad.....	28
IV.	Del análisis dogmático de la reacción penal.....	29
A.	Régimen penal en Chile.....	29
1.	Menor inimputable.....	31
2.	La equiparación del menor infractor y el no infractor.....	33
3.	Menor imputable.....	34
B.	Tratados internacionales.....	35
V.	De la justicia restaurativa como <i>lege ferenda</i>	39
VI.	Enfoque representativo de la realidad Valdiviana.....	44
A.	Algunas consideraciones previas.....	45
B.	Análisis de las medidas.....	46
1.	Medidas aplicadas por conductas contra la propiedad.....	47
2.	Medidas aplicadas por conductas de gravedad.....	49
3.	Medidas aplicadas por conductas sexuales.....	50
4.	Medidas aplicadas por conductas-falta.....	51
5.	Conductas sancionadas con medidas de protección privativas de libertad.....	51

C.	A modo de conclusión.....	52
VII.	Conclusiones.....	54
VIII.	Bibliografía.....	58