

60

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Responsabilidad penal adolescente

Miguel Cillero

Jorge Vitar

COMPILADORES

2022

AJ ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE



Contenido

5	CAPÍTULO 1 Fundamentos normativos y del derecho internacional de los derechos humanos sobre la responsabilidad penal adolescente
37	CAPÍTULO 2 Aspectos psicosociales de la actividad delictiva juvenil y la especialización del Sistema de Justicia Penal Juvenil
85	CAPÍTULO 3 La Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente
109	CAPÍTULO 4 Sistema de sanciones, determinación y ejecución en la Ley 20.084
158	<i>Referencias</i>

Capítulo 1

Fundamentos normativos y del derecho internacional de los derechos humanos sobre la responsabilidad penal adolescente

Evolución de los sistemas de justicia juvenil en Chile: Desde el Código Penal original a las Leyes de Menores y a la Ley 20.084

La Ley 20.084 que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal regula la justicia penal juvenil en Chile; esta Ley, conocida como Ley de Responsabilidad Penal Adolescente es el resultado de una larga evolución histórica sobre la forma en que el Estado de Chile ha dado respuesta a los delitos cometidos por personas menores de edad. Esta transformación ha sido fuertemente influida por los cambios del Derecho americano y europeo, particularmente desde la creación de la primera corte juvenil del mundo en Chicago 1899, innovación institucional que modificaría para siempre el devenir histórico de la reacción penal ante los delitos cometidos por personas menores de edad en todo el derecho occidental, incluido Chile.¹

Desde un punto de vista político criminal, la Ley 20.084 es la expresión más reciente de una larga historia de leyes e instituciones dirigidas al control social de los adolescentes en nuestro país; control que se ha ejercido en conjunto, y muchas veces yuxtaponiéndose con los sistemas de protección de la infancia y la adolescencia (Cillero, 1994).

¹ Este proceso se encuentra ampliamente documentado en diversos estudios, como *Los Salvadores de los Niños o la Invención de la delincuencia* de Platt (1982) con referencia principalmente a los Estados Unidos; *Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina* de García Méndez (disponible en <https://bit.ly/3f7cZka>), en el que examina el impacto de las reformas norteamericanas en América Latina; por otra parte, a nivel nacional la evolución del sistema hasta inicios de la década del noventa es descrita por Cillero (1994) en «Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile», en *Infancia en Riesgo y Políticas Sociales en Chile*.

La respuesta ante las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de edad ha variado con el tiempo, según se han ido expandiendo o limitando los sistemas de control social. Si nos remitimos al siglo XVIII, el sistema penal se aplicaba solo para personas menores de edad declaradas con discernimiento y por un periodo más breve que el de los adultos. Sin embargo, se hacía uso de sistemas parapenales de privación de libertad, por lo que el derecho penal no era capaz de absorber todas las formas de encierro y, por el contrario, dejaba amplios espacios al poder disciplinario familiar, administrativo y judicial distinto del fuero penal. El sistema de control no recurría, en principio, al instrumento punitivo formal, sino que se bastaba con el poder familiar o los sistemas de policía y corrección, que eran extremadamente severos y utilizaban profusamente diversas formas de internamiento, fuera del sistema penal formalizado. Sin embargo, para los casos excepcionales el sistema de discernimiento reservaba a la sociedad la posibilidad de someter a las personas menores de edad al sistema punitivo de adultos.

En la medida que estos sistemas de control familiar y parapenales fueron decayendo, se fue formalizando el control estatal penal, primero en los propios códigos penales decimonónicos, con una mayor regulación del sistema de discernimiento y, luego, a través de las leyes tutelares de menores que imponían auténticas medidas de seguridad indeterminadas, incluso de carácter predelictual, a partir del siglo XX.

En la actualidad, desde el punto de vista criminológico y de la política criminal como señala García Pablos de Molina (1996) el problema social de la criminalidad de los adolescentes es un asunto de alto interés para el desarrollo de las ciencias penales puesto que involucra aspectos muy complejos como «el contexto subjetivo del infractor» y la «repercusión social de esta delincuencia que podríamos denominar “expresiva” o “simbólica”. Una criminalidad con “mensaje”, provocadora, a diferencia de la criminalidad “instrumental” y “utilitaria” propia del mundo adulto».

Por su parte, la criminalidad juvenil exige poner atención a puntos de vista inter o multidisciplinarios, ya que, según García Pablos de Molina (1996: 249)

pocos problemas sociales evidencian de forma más expresiva los conflictos, discrepancias y antagonismos que enfrentan al mundo del derecho y al de la ciencia —«togas negras y batas blancas»— tanto en el diagnóstico de esta criminalidad como en las técnicas y programas de

intervención en la misma. Conflictos, discrepancias y antagonismos aún más severos si comparamos el análisis jurídico o las propuestas científicas con las expectativas sociales. Porque la sociedad busca «respuestas» urgentes, a corto plazo, no «soluciones» y se desentiende tanto de la etiología de los problemas como de las «garantías» del infractor.

Esta afirmación es resultado de una tendencia expansiva del derecho penal que se extiende ya desde la década de los ochenta,² como resultado del desprestigio del ideal de rehabilitación³ y de las críticas al enfoque desinstitucionalizador y comunitario de control social;⁴ desde ese tiempo se ha asentado el predominio de una ideología penal de corte retributiva e incapacitadora, que se encuentra vinculada a una política populista⁵, estructurada en torno a una noción unilateral de seguridad ciudadana.

En este sentido podemos decir que un enfoque histórico útil que per-

² Véase *Visiones de Control Social* (Cohen, 1998, traducción de E. Larrauri) y *Ley y Orden* (Dahrendorf, 1998, traducción de Luis María Díez-Picazo). Una visión más reciente sobre el control de la criminalidad en las sociedades de la modernidad tardía, en particular el Reino Unido y Estados Unidos de Norteamérica, en *The Culture of Control* (Garland, 2001).

³ Las críticas al ideal de rehabilitación provinieron tanto desde la criminología como desde la dogmática penal. Por su enorme influencia la obra de referencia imprescindible de este pensamiento es «What Works? Question and Answers about Prission Reform» (Martinson, 1974). El artículo refiere a un metaanálisis de 231 evaluaciones a programas de rehabilitación desarrollados entre 1945 y 1967 en el que Martinson participó como investigador. En el ámbito de la dogmática iberoamericana una obra clave en el desarrollo de esta crítica véase *Derecho penal y Control Social* especialmente el capítulo «La Prisión como Problema: resocialización versus desocialización» (Muñoz Conde, 1985), esta publicación es una recopilación y reelaboración de artículos anteriores, en este caso del mismo autor véase «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito» (1979).

⁴ La crítica fundamental a los modelos comunitarios fue que ellos sirvieron para la ampliación e intensificación de la red de control social; como señalan Austin y Krisberg (1981) se trata de «redes distintas, más amplias y más fuertes» («Wider, Stronger and Differnts Nets: The Dialectics of Criminal Justice Reform» citado por Cohen, 1998).

⁵ Tomo el término de Albrecht: «El derecho penal en la intervención de la política populista». Un ejemplo de esto puede encontrarse en las investigaciones sobre el caso de los Estados Unidos de Norteamérica que muestran que el resultado neto más relevante de su política criminal ha sido el incremento del aparato penal, el aumento de las personas sometidas al control penal y sólo resultados marginales en la disminución de la delincuencia, véase el capítulo 1 «Assesing de Prison Experiment» de *Crime and Punishment in America* (Currie, 1998).

mita aplicarse tanto a la legislación decimonónica como a las transformaciones actuales de la sociedad, exige superar visiones teóricas basadas en los discursos de las leyes y centrarse específicamente en dos elementos: las relaciones de la legislación penal con los sistemas de control social y con la institucionalidad política en la que se encuentra inmersa (democrática o autoritaria); y el grado de efectividad de sus disposiciones, o dicho de otro modo, el nivel de rendimiento o eficacia de sus normas o instituciones para obtener los fines de protección y garantía que legitiman al sistema penal.

Una de las ideas matrices que inspiran la creación de un sistema de responsabilidad penal adolescente en Chile es asumir que, el derecho penal de adolescentes, como ha advertido Albrecht (1990: 94), «no es derecho social, no está programado para la ayuda, sino que sirve al control social». ⁶ Por esta razón, más allá de sus evidentes particularidades criminológicas y normativas, es necesario considerar, para el estudio del sistema de responsabilidad penal de los menores de edad, el papel que este desempeña en el funcionamiento y evolución del control social y de la política criminal en general. ⁷

Para evitar los excesos en de la intervención penal en este campo, Albrecht sostiene que la justicia penal adolescente debe promover el «comportamiento legal», en lugar de la «socialización» o reeducación, que no son fines que legítimamente puedan obtenerse con recursos propios del derecho penal. El único objetivo defendible constitucionalmente del derecho penal de menores es la dirección parcial del comportamiento en el sentido del comportamiento legal. Desde una perspectiva científico social esto último no es «educación» (socialización) sino exclusivamente control social (Albrecht en Bustos Ramírez).

Este criterio, unido a la idea de no desocialización, aportada por los

⁶ Albrecht señala que pese a la «trivialidad de esta tautología, ésta se pierde de vista, demasiado a menudo, en los escritos de euforia reformista criminológica de menores». En el ámbito nacional Bustos Ramírez, así como, Couso Salas y Cillero Bruñol, entre otros, sigue de cerca esta tendencia desde comienzos de los noventa.

⁷ Los análisis históricos revelan una recíproca influencia entre el derecho penal de adultos y el control de la infancia; así como los niños y adolescentes han sido asimilados a las corrientes dominantes en el derecho penal de adultos, también ha ocurrido a la inversa, esto es que instituciones y prácticas que nacieron para controlar a los niños y adolescentes terminaron por incorporarse a un sistema penal ampliado aplicable a todos. Véase «La sociedad punitiva» en *La vida de los hombres infames* (Foucault, 1990).

criminólogos de los setenta puede servir de base para definir con más precisión los fines de la intervención penal frente a la delincuencia de menores en el marco de un Estado social y democrático de derecho.⁸

La concepción del derecho y, particularmente del derecho penal, como un instrumento formalizado de control social proviene de la sociología jurídica, particularmente de los aportes de Durkheim y Weber, y puede relacionarse con la idea de garantía del cumplimiento de las reglas que rigen el orden y el comportamiento sociales de las personas. Los procesos de control social, y las normas e instituciones jurídicas como parte de ellos, crean y conservan el orden social; por su parte la sociología jurídica considera al derecho penal como uno de los medios principales de control social cuyo ejercicio constituye un último recurso de la actividad estatal.⁹

Por control social se hace referencia, en términos amplios, a todos los mecanismos a través de los cuales un determinado orden social produce consenso, define y reprime el disenso, incluyendo lo que se entiende como control social activo (utilizado para producir un comportamiento) y otro reactivo, dirigido a reprimir las desviaciones (Melossi, 1992: 194).

El control social corresponde a un proceso histórico que configura la relación existente entre el poder y la desviación. En esta relación surgen varios poderes complementarios: el poder de definir las normas y de etiquetar a quien se desvía de ellas, el poder de inducir a la conformidad y de reprimir la desconformidad, trazar la diferencia entre lo normal y

8 «Es, desde luego, muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad, y ello por varias razones. En primer lugar, por las condiciones de vida existentes en una prisión. En segundo lugar, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición más o menos encubierta de un tratamiento. Y, en tercer lugar, por la falta de medios e instalaciones adecuadas y de personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz» (Muñoz Conde, 1989: 89).

9 En materia penal, la concepción del derecho penal como un medio de control social ha sido ampliamente tratada en el texto clásico de Hassemer y Muñoz Conde *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* de 1989, allí señalan: «sin control social la existencia no sería posible ya que es inimaginable un proceso de socialización sin normas de conducta, sin sanciones para casos de incumplimiento de las mismas y sin realización material de la norma y la sanción [...] dentro del amplio campo del control social, el Derecho penal llena el sector que se ocupa de los bienes jurídicos fundamentales y que, por tanto, están expuestos a plantear los conflictos más graves. Precisamente por ello, ninguna otra institución de control social prevé sanciones tan radicales para la sanción normativa» (115-116).

lo patológico, el poder de corregir castigando y de castigar corrigiendo (De Giorgi, 2005: 38).

Por su parte, la infancia, como categoría social y jurídica, se constituye como el resultado de un complejo proceso de definiciones, acciones institucionales y cambios sociales que corresponden, entre otros elementos, a los mecanismos e ideas creadoras del control social de la misma.¹⁰ En el espacio latinoamericano, ha sido García Méndez quien más y mejor ha examinado la «génesis histórica y los motivos que explican el control penal de la infancia como categoría específica». Para este autor:

Refutando las tesis de la psicología positivista que vinculan la categoría niñez a determinadas características de la evolución biológica, el enfoque histórico la presenta como el resultado de una compleja construcción social que responde tanto a condicionantes de carácter estructural como a sucesivas revoluciones en el plano de los sentimientos (García Méndez, 2017: 55-56).

Evolución histórica en el derecho chileno

En el devenir del derecho que rige a las personas menores de edad¹¹ y, en particular, en el control social punitivo de los niños y adolescentes en Chile es posible identificar a lo menos tres etapas bien diferenciadas, que a continuación se pasan a revisar.

La aplicación del derecho penal de los adultos

Desde la entrada en vigencia del Código Penal se contempla en nuestro país la figura del discernimiento. Cuando los tribunales declaraban que una persona menor de edad había actuado con discernimiento, el tratamiento penal para los adolescentes era el sistema penal que regía para los adultos, con una rebaja de pena establecida en la ley. En la versión del

¹⁰ En este sentido, se ha llegado a señalar «que la historia de la infancia es la historia de su control» (García Méndez, 1989), disponible en <https://bit.ly/3zvcSG2>.

¹¹ La minoría de edad como eximente de responsabilidad penal en Chile proviene del Código Penal español, su evolución puede revisarse en «Comentario artículos 10 número 2 y 3 del Código Penal» de Cillero Bruñol en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, de Politoff Lifschitz y Ortiz Quiroga; y, posteriormente, con la regulación introducida por la Ley 20.084, en «Comentario al artículo 10 número 2» de Cillero Bruñol en *Código Penal Comentado. Parte General Doctrina y Jurisprudencia*.

Código Penal que rigió hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.084, el artículo 72 inciso primero señalaba que al menor imputable se le imponía la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la Ley para el delito de que sea responsable.¹²

El modelo clásico o del discernimiento proponía formalmente la atribución de consecuencias penales, en base a la afirmación de una responsabilidad de naturaleza personal respecto de la comisión de un delito, fundada en la capacidad de autodeterminación. Se plantea que dicha capacidad se manifiesta en forma evolutiva en los jóvenes, recurriendo este sistema a dos criterios complementarios para su afirmación. En primer lugar, se sitúa la fuente originaria de dicha responsabilidad en la capacidad de culpabilidad (definida con un criterio psicológico), entendida originariamente como una capacidad de dolo y más tarde como una capacidad moral de autodeterminación del individuo. Dicho criterio es complementado y reafirmado en base a presunciones de capacidad —o falta de la misma— en atención a la edad del adolescente infractor (criterio biológico (Maldonado, 2004: 106).

En el texto vigente del Código Penal hasta el año 2007,¹³ el artículo 10 número 2 disponía que estaban exentos de responsabilidad penal los menores de dieciséis años. Asimismo, el artículo 10 número 3 establecía que estaba exento de responsabilidad penal el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que constara que había obrado con discernimiento. Como apunta Cillero dicha regulación utilizaba conjuntamente un criterio cronológico, excluyendo la responsabilidad penal a los menores de dieciséis años, y un criterio psicológico que exigía, para eximir de responsabilidad, un pronunciamiento judicial sobre el discernimiento con que habrían actuado los mayores de esas edad y menores de dieciocho años (Cillero, 2011: 202).

El denominado derecho tutelar de menores

El año 1899 se crea el primer tribunal juvenil en Chicago, Illinois, con el que se pretende sustraer a las personas menores de edad de la justicia

¹² La redacción era la siguiente: «Al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento, se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable».

¹³ Ese año entró en vigencia la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

penal, aunque se deja subsistente la posibilidad de juzgarlos y sancionarlos como adultos en casos excepcionales. Dicha justicia especializada tiene una marcada tendencia tutelar y proteccionista. Se concreta la necesidad de consagrar un tratamiento especializado para adolescentes acusados de cometer delitos, que es resultado de un movimiento de crítica a la práctica de someter a niños a las mismas normas que los adultos, incluyendo su hacinamiento en cárceles comunes en las que se mezclaban con adultos.

El contexto social e ideológico en el que surge dicho tribunal es descrito críticamente por Anthony Platt en su obra *Los salvadores de los niños*, de 1969. Para Platt los intereses reales del movimiento de reformas consistían en el temor de los grupos dominantes a la creciente urbanización, la necesidad de reafirmar los valores de la clase media norteamericana, los intereses de las organizaciones religiosas y filantrópicas que administraban las instalaciones y los programas destinados al cuidado de los jóvenes, y los intereses corporativos ligados al poder médico y judicial (Cortés, 2007).

Esta concepción tutelar se fundamenta en la denominada «doctrina de la situación irregular», que considera a la persona menor de edad como sujeto pasivo de la intervención jurídica, es decir, como objeto y no sujeto de derecho. El juez representa una figura paternalista que debe buscar una solución para el «menor que se encuentra en situación irregular». Se afirma que el menor es un ser incompleto, inadaptado y que requiere de ayuda para su reincorporación a la sociedad. Ese objetivo se persigue por medio de la aplicación de medidas tutelares destinadas a la recuperación social de las personas menores de edad (Tiffer, 1997). El sistema tutelar estima que ambos conflictos son expresiones de un «peligro moral o material» para los menores, justificándose la intervención estatal más por la persona que por el delito o el derecho violado (Berríos, 2005: 163).

En palabras de Berríos, la lógica del sistema tutelar de menores implica dar un mismo tratamiento jurídico a la situación de los niños vulnerados en sus derechos que requieren de protección efectiva al ejercicio de los mismos, y a aquellos que han infringido la ley penal (Berríos, 2005: 163).

El modelo tutelar se constituyó en la base de muchas de las legislaciones de menores en América Latina.

A nivel local, en 1928 comienza a regir en Chile la Ley 4.447, la primera Ley de Menores, que abre paso a lo que se puede denominar el derecho tutelar de menores. No deroga el sistema penal ya existente y descrito en el número anterior, sino que incorpora una nueva forma de control. Desde esa fecha los menores de dieciséis años y quienes eran declarados sin discernimiento —entre los dieciséis y los veinte años— pasaron a estar sometidos a esta nueva forma de control social.

El reglamento de la ley N 4.447 —junto con crear los tribunales de menores, las «Casas de Menores» y los «establecimientos especiales de educación» para proteger a los menores delincuentes— dispone que mientras no se establezcan efectivamente esas instituciones, harán las veces de tal las secciones especiales de las cárceles de adultos, con lo cual queda de manifiesto la vertiente correccionalista de la nueva legislación (Couso, 2008: 3). Para Couso, dicha concepción consistía en una respuesta criminológica a la delincuencia infantil y juvenil, propia de la doctrina positivista, que se autoproclamaba en condiciones de identificar los factores que incidían en la delincuencia juvenil, que se encontrarían en el entorno familiar, social y típicamente en los problemas asociados a la marginalidad urbana de las ciudades industrializadas. Dicha corriente planteaba la posibilidad de intervenir sobre esos factores, aislando a los niños delincuentes o predelincuentes de los riesgos ambientales del delito, internándolos para ello en instituciones que ofrecían remedio físico y moral para educarlos rectamente (Couso, 2008: 3).

Posteriormente, en 1953, con la dictación de la Ley 11.183, el trámite del discernimiento pasó a aplicarse a los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho. Asimismo se promulga una nueva Ley de Menores, la Ley 16.618, de 1967, la cual con muchas reformas y derogaciones sigue en parte vigente.

La crisis del modelo tutelar tiene lugar como efecto inevitable de dos hitos bien identificables: el caso *Gault*, en 1967 y la sentencia del Tribunal Constitucional español, de 1991. En el caso *Gault*, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que en el juzgamiento del joven Gerard Gault, de 15 años de edad, se habían violado una serie de garantías: el derecho a ser notificado de los cargos oportunamente, el derecho a la asistencia por un abogado, el derecho a careo y contrainterrogatorio de

denunciantes y testigos, y la notificación oportuna del derecho contra la autoincriminación.¹⁴

De otra parte, en una sentencia del 14 de febrero de 1991 el Pleno del Tribunal Constitucional Español, ante la presentación de cuestiones de constitucionalidad por parte de jueces de menores de Tarragona, Paris y Oviedo, declaró la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, cuerpo normativo que en el plano procedimental contenía un sistema que no contemplaba la publicidad del proceso, sin intervención de abogado defensor y un procedimiento no contradictorio, ya que se entendía que beneficiaba al menor. En tal sentido, el tribunal tenía facultades discrecionales, pudiendo decidir la aplicación de cualquier medida si se juzgaba necesario, aplicando la «facultad reformadora», además de que el tipo de medida impuesta y su duración no guardaban relación de proporcionalidad con la mayor o menos gravedad de los hechos imputados que, por lo demás, no necesitaban ser acreditados.¹⁵

Con la consolidación del sistema tutelar se sobreponen dos tipos de respuestas que, pese a parecer contrapuestas, se convierten en complementarias: la respuesta punitiva y la tutelar. En las legislaciones de menores, especialmente en América, al amparo del positivismo naturalista, se fundamenta la aplicación de métodos propios del sistema punitivo (con fines de corrección y enmienda), que se administran en el marco de una jurisdicción centrada en la autoridad del juez y la aplicación discrecional del criterio de peligrosidad social. Además, se produce una notable confusión entre la función asistencial y jurisdiccional del Estado.

Durante largo tiempo, la doctrina consideró que lo mejor para la infancia era mantenerla fuera del derecho penal. Subyace a este enfoque la idea de que «la única relación posible entre protección de derechos del niño y la responsabilidad penal de adolescentes era la de la de incompatibilidad: el reconocimiento de responsabilidad penal sería contradictorio con la *protección de los derechos del niño*». Según Cillero,

El niño y el adolescente, definidos entonces en virtud de su incapacidad como sujetos morales, eran el objeto de una protección que formalmente los sustraía de la intervención de la ley penal, a cambio, sin em-

14 Caso Gault, 387 U.S. 1 (1967), disponible en <https://bit.ly/3DxlaOS>.

15 Sentencia del Tribunal Constitucional español, disponible en <https://bit.ly/3W-qUojO>.

bargo, de la imposición de medidas que materialmente eran igual o más restrictivas que las sanciones establecidas para el derecho penal. Una evaluación general de los resultados de las leyes de menores muestra, sin embargo, que los mecanismos tutelares fueron incapaces de poner atajo a los desbordes del sistema punitivo, siendo objeto de severas críticas que afectaron su legitimidad jurídica —por considerársele contrario a los principios constitucionales— y social, porque con su funcionamiento contribuyeron a aumentar la marginalidad y el control penal encubierto de un sector de la infancia: los menores en situación irregular. Paradójicamente, la exclusión de la responsabilidad de los niños y adolescentes, en lugar de fortalecer la protección, terminó por desmedrarla. La evidencia empírica revela, entonces, que la relación entre interés superior del niño, protección de la infancia y sistema penal es algo más compleja que lo que se pensó a comienzos de siglo por los salvadores de los niños que inspiraron el sistema tutelar. El derecho tutelar de menores y los órganos judiciales y administrativos que lo aplicaron representaron, en síntesis, una estrategia de control social diferente al derecho penal de adultos, pero que nunca renunció al uso de instrumentos punitivos, por lo que en propiedad siempre fue control penal. La genuina diferencia no se encuentra, entonces, en la naturaleza «punitiva» de las consecuencias jurídicas que impone, ni en las «motivaciones resocializadoras» que son invocadas para fundamentar sus decisiones (Cillero, 2007: 243 y 244).¹⁶

Por ello, en un sentido riguroso

El Derecho aplicado a los menores de edad en América Latina y en los Estados Unidos de Norteamérica, desde la primera Corte Juvenil de 1899, debe también considerarse como una expresión del poder penal del Estado, que se caracteriza por el reforzamiento de los poderes punitivos y la disminución de las garantías en relación con el sistema penal general. En síntesis, es lo que se puede denominar un Derecho penal peligrosista y de máxima intervención (Cillero, 2011: 2).

¹⁶ En este sentido, el sistema de menores pretende prescindir de la garantía de la culpabilidad señalando que las medidas no son penas, no son un mal, sino un bien. Para justificar la ausencia de garantías se esgrimían argumentos como que «tratándose de niños a quienes no se va a imponer una pena, a hacer un mal, sino a tomar una medida de protección y tutela, a tomar una medida buena, no cabe exceso ni abuso. En el bien no hay exceso» (Cuello Calón, 1917: 38).

La justicia penal juvenil propiamente tal

La Convención sobre los Derechos del Niño sirve como punto de referencia en el derecho aplicable a las personas menores de edad para distinguir un escenario anterior y otro posterior a la Convención: la etapa del sistema tutelar y el de la justicia penal juvenil propiamente tal. En este sentido, constituye un punto de ruptura que da origen a un conjunto de reformas dirigidas a adecuar la legislación chilena sobre justicia penal adolescente a las normas, principios y derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño (Cillero y otros, 2011). Esta Convención es el texto jurídico fundamental, ya que establece en un solo cuerpo, tanto el estatuto general de protección prioritaria de los derechos y del desarrollo de todos los niños, niñas y adolescentes (artículos 3.1, 3.2 y 27, entre otros), como el conjunto de principios, garantías y normas que deben estructurar una justicia penal juvenil especializada y limitada de un modo más estricto que la justicia penal de adultos (artículos 37 y 40).

En la Convención se especifican estas garantías y se concretan en un sistema especializado bajo los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los cuales deben ser interpretados sistemáticamente con las normas nacionales.

Las normas del tratado se estructuran a partir del establecimiento de un marco general de objetivos del sistema, entendidos como el *derecho* a recibir ese tratamiento especial y, en consecuencia, a ser sustraídos del régimen penal general de adultos:

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

También configura una obligación y mandato de especialidad, en los siguientes términos:

40.3 Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e insti-

tuciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes.

Finalmente, se debe advertir que la Convención recoge expresamente el principio de legalidad de los delitos (40.2.2) y un completo catálogo de garantías sustantivas y procesales, entre las cuales se considera, como se revisará especialmente, la proporcionalidad (40.4) de las sanciones en relación «tanto con sus circunstancias como con la infracción».

Asimismo, se consagra una garantía expresa de legalidad de las medidas cautelares o sanciones privativas de libertad (37.b: *ningún niño será privado de libertad ilegal o arbitrariamente*), y una garantía de legalidad de las sanciones no privativas de libertad, que se desprende de una interpretación sistemática del artículo 40.3, en relación al 40.4.¹⁷

A partir de estos principios, debe entenderse que el sistema chileno, a nivel legal, pretende estructurar sistemáticamente estas obligaciones. El reconocimiento de la especialidad o diferenciación respecto al sistema de adultos se asegura con la exención de responsabilidad contenida en el artículo 10 número 2 del Código Penal «Están exentos de responsabilidad criminal: El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil».

El fundamento de la exención consiste en que «la condición de menor de edad conlleva una falta de capacidad de culpabilidad, entendida esta como un presupuesto de la posible imposición de una sanción prevista por el régimen jurídico-penal establecido por el propio Código Penal». De este modo, esta disposición realiza una remisión a la regulación establecida en la Ley 20.084, que ha sido caracterizado como «un régimen jurídico que resulta cualitativamente distinto del régimen de adultos, del cual los menores de edad quedan estrictamente excluidos en atención a su sola condición de tales» (Mañalich Raffo, 2013: 214).

En el mismo sentido, se ha afirmado que, si bien los adolescentes son responsables, no lo son como los adultos, por lo que la cuestión es determinar «el tipo de respuestas que son exigibles conforme a su desarrollo y formación» (Bustos Ramírez, 2007: 36). En conclusión, es en el artículo 10 número 2 del Código Penal, modificado por la propia Ley 20.084,

¹⁷ Un análisis detallado en «Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos», Cillero (1996).

donde se concreta —a nivel legal— la garantía de separación exigida por el Derecho Internacional, diferenciación que debe guiar la interpretación de la aplicación supletoria del Código Penal en lo no previsto por la legislación especial (artículo 1 inciso segundo de la Ley 20.084), o de las remisiones que la propia Ley 20.084 expresamente disponga, como en el artículo 21.

En el Mensaje de la Ley 21.527, con que se da inicio a la tramitación parlamentaria, expresamente se señala esta opción político-criminal y su vínculo con la normativa internacional:¹⁸

El presente Proyecto de Ley tiene el propósito de reformar radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revisten carácter de crimen o simple delito cuando ellos son cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años.

Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos.

Con la promulgación de la Ley 20.084, que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, se contextualiza en el marco de la reforma integral al sistema de protección y justicia de la infancia, cuyo fin es adecuar el estatuto jurídico, la institucionalidad y las políticas públicas del país a los derechos, principios y líneas de acciones emanados de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Berríos, 2005: 161). Como se reconoce en el Mensaje de la Ley 21.527, la regulación legal en esta materia había sido objeto de profundas críticas por la doctrina nacional y observaciones formales del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, que denunciaban el desajuste existente entre la legislación de menores de edad vigente y las obligaciones asumidas por Chile al ratificar instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Cillero, 2006).

¹⁸ Mensaje número 68-347/ de 2 de agosto de 2002.

A modo de síntesis, los principios que estructuran el derecho penal juvenil contemporáneo basado en el derecho internacional se pueden esquematizar como lo muestra la **tabla 1**.

Tabla 1. Esquema resumen de los principios estructurantes

Principio	Contenido
Culpabilidad diferenciada	<p>Las consecuencias jurídicas establecidas en los sistemas de responsabilidad penal adolescente son el resultado del reproche al autor por haber ejecutado una específica infracción a la ley penal cuando le era exigible otra conducta, y no solo medidas de seguridad o de educación que se basan en la supuesta incapacidad y anormalidad del agente menor de edad.</p> <p>La consideración de la situación concreta del adolescente permite asegurar que la responsabilidad del sujeto es correspondiente con la evolución efectiva de sus facultades jurídicas, su desarrollo personal y la situación social en que se realizó el hecho.</p> <p>Contemplado a modo general en la Convención Interamericana en su artículo 8.2. y en el Pacto en su artículo 14.2.</p>
Legalidad	<p>La aplicación del principio de legalidad, en el ámbito de la delincuencia juvenil, limita absolutamente la posibilidad de aplicar sanciones en casos que no se encuentren previamente tipificados y sancionados en forma estricta y precisa por la Ley, con anterioridad a la ocurrencia del hecho concreto que se trata de sancionar.</p> <p>«El estado debe asegurar que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron» (Artículo 40.2 letra a de la Convención sobre los Derechos del Niño).</p>
Especialidad	<p>El principio de especialidad exige que el juzgamiento y sanción de los niños y jóvenes por infracciones de carácter penal sean llevados adelante por un sistema especial de responsabilidad que cuente con algunas características diversas a la de los adultos.</p> <p>«Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes» (Artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).</p>
Interés superior del niño	<p>El principio del interés superior del niño debe ser entendido como un «principio jurídico garantista», por el cual se genera la obligación para las autoridades públicas, y para los privados, de tomar en consideración el respeto de sus derechos en todas las medidas que se adopten. El interés superior del niño implica que las medidas judiciales y administrativas deben siempre ajustarse a la máxima satisfacción de sus derechos, establecidos en un catálogo positivizado en la Convención de Derechos del Niño. Siempre la aplicación de consecuencias penales para un adolescente son un mal (una restricción de derechos y posibilidades) que debe reducirse al mínimo posible, con lo que se perfila una característica muy particular del sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se deriva de la Convención sobre los Derechos del Niño: su carácter mínimo; el que se concretara en la aplicación de técnicas de descriminalización legal, aplicación del principio de oportunidad, reconocimiento de la privación de libertad como último recurso y condiciones especiales para la ejecución de sanciones.</p> <p>«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (Artículo 3.1).</p>

Principio	Contenido
Debido proceso reforzado	<p>Conjuntamente a la obligación que la Convención establece en relación al pleno respeto de las garantías procesales de las personas menores de 18 años, los instrumentos internacionales incorporan además una serie de obligaciones adicionales para los Estados respecto al debido proceso en los sistema de responsabilidad del adolescentes.</p> <p>Son cuatro son las áreas donde existen diferencias significativas de reforzamiento o ampliación de garantías del debido proceso para adolescentes: El fortalecimiento de la libertad y las mayores restricciones a su privación en el proceso; exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso; mayores resguardos al derecho de defensa (en diversas manifestaciones); y, exigencias más estrictas para la renuncia de derechos del debido proceso.</p> <p>A modo general, los Artículos 37 y 40 de la Convención.</p>

Fuente: Cillero (2022), Capítulo 1 del Manual de Derecho Penal Adolescente, Suprema Corte de Justicia de México, disponible en <https://bit.ly/3fiDpJf>.

El derecho penal juvenil en el derecho internacional

La Organización de las Naciones Unidas, a través de las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, ha establecido los principios mínimos vinculados con la justicia penal aplicable a los menores de edad, iniciando un camino hacia la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad, que entran en contacto con la justicia penal porque se alega, acusa o declara culpable de infringir la ley penal.

No cabe duda que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹⁹ constituye el cuerpo de normas más importante dentro del *corpus iuris* del derecho diseñado en favor de la infancia y la adolescencia. Este tratado introduce cambios sustanciales en la manera de concebir a los niños, a los jóvenes y sus derechos. Tal transformación se conoce en el debate actual como la sustitución de la «doctrina de la situación irregular» por la «doctrina de la protección integral» y ha sido caracterizada como el pasaje de la consideración de los menores como objetos de tutela y represión, a considerar los niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho (Beloff, 2001).

En virtud del nuevo paradigma de la protección integral, el niño llega ser considerado como un sujeto de derecho, con derechos y obligaciones

¹⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

y deja de ser estimado como mero objeto de la tutela estatal y familiar. Lo anterior se aprecia con claridad en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, al referir que «Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez».

Existe un acuerdo en considerar la noción abierta de la protección integral de los niños, la cual debe ser asegurada por cada Estado en nuevos y mejores niveles de reconocimiento y efectivización de los derechos de los niños, niñas y jóvenes, siendo preciso considerar incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que sean pertinentes en esta materia. Por ejemplo, en la medida que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no considere un órgano supranacional de carácter jurisdiccional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos asegura en los países latinoamericanos un mejor nivel de reconocimiento de los derechos de los niños, al prever la protección del sistema interamericano de derechos humanos en general (Beloff, 2001). En el mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU en 1948, con un afán proteccionista, señala que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (artículo 25 inciso segundo). Lo mismo ocurre con el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada unos meses antes.

Especialidad y diferencia en la justicia penal adolescente

Durante el periodo que ejercía como juez del Tribunal Constitucional de Alemania el destacado jurista alemán Winfried Hassemer, advierte sobre la relevancia de la diferenciación entre el régimen penal de adolescentes y el de adultos:

Tan desacertada como la idea de abolir el derecho penal juvenil parece ser el concepto de renunciar en el derecho penal juvenil a la diferenciación según características personales como la edad, la capacidad de comprensión o la madurez, que generan y justifican hasta el momento diferentes formas de regulación en el derecho penal juvenil de carácter material y formal. Es desacertado porque el derecho penal juvenil se

debe precisamente a tales diferenciaciones y vive de ellas, siendo, frente al derecho penal de adultos, una respuesta distinta para una realidad distinta; es decir, la diferenciación es lo propio del derecho penal juvenil (Hassemer, 2013: 76).

En Chile el impulso para el desarrollo de sistemas penales juveniles diferenciado se debió, en parte importante, a la necesidad de dar respuesta al cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas al ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. La ratificación de la Convención llevó a que desde principios de los años noventa se empezara a estudiar el desarrollo de un sistema diferenciado de justicia penal aplicable para los adolescentes, régimen que excluyera el enjuiciamiento, sanción y ejecución de las sanciones según el derecho penal de los adultos.²⁰ Este régimen especial se estructura en su nivel superior a partir de las normas generales que rigen la actividad penal en el ámbito constitucional y, en virtud del artículo quinto inciso segundo de la Constitución, por las normas respectivas de los Tratados Internacionales que exigen un tratamiento diferenciado de los adolescentes en relación a los adultos, sean estos instrumentos de carácter general, como la Convención Americana de Derechos Humanos, o específicos, como la Convención sobre los Derechos del Niño.

En la Convención Americana de Derechos Humanos, se dispone que «cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento»(5.5); en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se dispone que «los menores procesados estarán separados

²⁰ Así entre otros, «El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito» (Hernández, 2007: 196); *Juzgamiento Penal de Adolescentes*, (Couso y Duce, 2013); «Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales adolescentes» Maldonado (2014); «Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile» Cillero (1994); «Los plazos de prescripción de la acción penal de la ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art.369 quáter del Código Penal» (Mañalich Raffo, 2013: 124); referido expresamente a la determinación de las sanciones, «Determinación judicial de la pena. Motivación y su control en el derecho penal de adolescentes chileno» (Núñez y Vera, 2012: 170); «Sobre la Determinación de la Penal y el Recurso de Nulidad en la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente», (Medina Schulz, 2009, pp. 201-202), en donde se refiere a que al carácter «diferenciado» del sistema de sanciones contenido en la Ley 20.084 y que se está en presencia de «un caso de regulación especial».

de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento» (artículo 10.2.a), que «serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica» (artículo 10.2.b) y que «en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social» (artículo 14.4).

En síntesis, en los instrumentos generales del Derecho Internacional se encuentra garantizada, para las personas menores de edad, un tratamiento separado y diferente al de los adultos, que se concreta en un régimen jurídico adecuado *a su edad y condición jurídica*; considerando de modo especial la importancia de estimular la readaptación social. Este sistema debe incluir aspectos relativos a los procedimientos de enjuiciamiento, el sistema sancionatorio, y las finalidades de la intervención penal. Como se ha mencionado anteriormente, de las normas transcritas se puede concluir que:

ya en el Pacto y en la Convención Americana se enuncian dos criterios que serán fundamentales para el sistema jurídico internacional: el principio de especialización de la Justicia Juvenil, que se entiende como una separación o diferenciación del sistema de respuesta penal de adultos, y la primacía en la intervención de la persecución de fines preventivo especiales positivos (Cillero, 2019: 180).

Asimismo, a nivel jurisprudencial, la especialidad se ha reconocido por el Tribunal Constitucional, al señalar en la sentencia rol 786-2007 que se establece un «sistema de responsabilidad penal adolescente, consagrado en la Ley 20.084»; y que «todo el sistema de responsabilidad penal de adolescente, en nuestro país está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del “interés superior” del mismo» (considerando vigesimoséptimo STC 786-2007).

En referencia a la determinación de las sanciones, la sentencia sostiene que los «objetivos perseguidos por el legislador no se agotan con la determinación de la pena asignada al delito sino que el juez que la impone tiene un rol activo e integral en asegurar el necesario equilibrio que debe existir entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes» (considerando vigesimotercero), con lo cual reconoce el carácter diferenciado y los objetivos que debe perseguir el juez en el proceso de individualización judicial de la sanción penal a imponer.

Este fallo del Tribunal Constitucional es de particular relevancia, ya que se pronuncia sobre el requerimiento hecho por un grupo de diputados por la eventual inconstitucionalidad por violación del artículo 5 inciso 2 segundo de la Constitución Política de la República de un proyecto de Ley modificatorio de la Ley 20.084. En la resolución el Tribunal asume «como parte del parámetro del control de constitucionalidad los derechos del niño contenidos en la Convención del mismo nombre» (Nogueira Alcalá, 2007: 464), criterio que debe ser aplicado también al examen sobre la inaplicabilidad del artículo 450 inciso primero, en el marco de la justicia penal adolescente.

Si bien, la sentencia no acoge el requerimiento, la resolución se fundamenta en establecer expresamente que «no apreciándose la vulneración de los límites que la Constitución le impone al legislador para determinar penas y fijar la modalidad de cumplimiento, se desechará la vulneración alegada al artículo 5, inciso segundo, de la Carta Fundamental» (considerando trigésimo segundo). Para llegar a esa conclusión el sentenciador examinó la conformidad de la normativa requerida con los principios y derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, particularmente con los de interés superior (considerando vigesimoséptimo), y se reconoce el principio de privación de libertad como último recurso consagrado en el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño (considerando vigesimooctavo).

Como se puede observar, para el Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad debe incluir, de modo general, el control de convencionalidad, lo que exige una prioritaria preocupación por asegurar la proporcionalidad de la sanción con el hecho y las circunstancias del autor, según se dispone expresamente en el artículo 40.4 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

También la Corte Suprema en su jurisprudencia ha sostenido la especialidad del sistema. Un buen ejemplo de este razonamiento es la resolución que fundamenta la no aplicación de la Ley 19.970, que Crea el Registro Nacional de ADN, a los adolescentes, basado en el carácter diferenciado de la justicia penal adolescente y de la Ley 20.084:

2.º Que, los referidos criterios normativos son recogidos en la ley ya referida y generan un conjunto de derechos que legitiman la reacción penal. Se dispone, entonces, de normas penales especiales que solo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la actividad

estatal ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es —brevemente— sin afectar el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos. 3.º Que, consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria. 4.º Que, establecido lo anterior, corresponde precisar que la Ley 19.970 que previno la creación de un registro con las huellas genéticas de todos los imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos, y que es anterior a la Ley 20.084 no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes. En efecto, ello es así porque la ley particular opta por la mínima intervención y porque, como se ha dicho, no obstante la sanción que se impone, y también mediante ella, se busca la reinserción social del adolescente.

En este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para toda la vida en un registro de este tipo, porque con ello se le mantiene entre infractores. Toda vez que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del niño, toda acción del Estado que no tienda a este objetivo ciertamente lo contraría «Que, consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria». ²¹

En particular, debe destacarse que la Corte Suprema reconozca que en el sistema se *opta* por la *mínima intervención*, y que esta decisión debe ser un parámetro para decidir la incompatibilidad e inaplicabilidad de normas ajenas a los propósitos y principios del sistema penal especial para adolescentes.

²¹ Corte Suprema, sentencia rol 10.794-18.

El derecho a un juzgamiento especializado de los adolescentes en el derecho internacional de los derechos humanos

Una vez que se ha pasado revista a los instrumentos internacionales que de forma particular se refieren a los derechos y garantías de las y los adolescentes en el derecho internacional de los derechos humanos, se dará paso a una revisión de los temas más relevantes en los cuales se puede apreciar el reconocimiento del derecho a un juzgamiento penal especializado respecto de adolescentes a quienes se les atribuya responsabilidad por la comisión de un delito.²²

Los distintos aspectos de naturaleza procesal que se exponen a continuación, establecen altas exigencias a las legislaciones nacionales que obligan a repensar de una manera profunda el diseño y estructura procesal que tradicionalmente se ha contemplado para los adultos.

El principio de especialidad se encuentra regulado y reconocido tanto en los instrumentos internacionales especializados en materia de infancia como en los generales. Este reconocimiento se basa en la idea de las diferencias en el desarrollo tanto físico como psicológico de los adolescentes o niños y los adultos. En particular, en la legislación internacional se alude a dos dimensiones diversas en materia procesal, por un lado, las reglas que regulen la intervención estatal en contra de jóvenes infractores deben ser específicas para ellos en el sentido de que no deben estar sometidos exclusivamente a las reglas generales de juzgamiento de los adultos, y, por otro, estas reglas específicas deben ser aplicadas por instituciones y personas especializadas.

Los instrumentos internacionales especializados que se refieren a la necesidad de un tratamiento especial de los adolescentes y niños infractores son la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en su preámbulo párrafo 9 y en su artículo 40.3; la Opinión General número 10 elaborada el año 2007 relativa a los derechos del niño en la justicia de menores por el Comité de Derechos del Niño;²³ las Reglas Mínimas de

²² Para esta temática se expondrá una síntesis de los temas planteados en el texto «El Derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil», de Mauricio Duce.

²³ Esta Observación fue reemplazada por la Observación General número 24 del año 2019 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Sin em-

Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), regla número 2.3; y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), capítulo IV, directriz 52.

Por otra parte, los instrumentos internacionales de carácter general que se refieren al derecho a un juzgamiento especializado son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto Internacional), artículo 14.4; Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional, órgano que interpreta y aplica las disposiciones del Pacto Internacional, el cual ha reconocido la necesidad de diferenciar los procesos para el establecimiento de responsabilidad de los jóvenes del de adultos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana), artículo 5.5; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva número 17 del año 2002 «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño», Jurisprudencia caso «Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay» año 2004.

Los instrumentos mencionados regulan un conjunto de normas y principios generales entregando un margen a los Estados partes para la manera en que incorporan estas disposiciones generales en sus ordenamientos. Estos principios generales se pueden dividir en tres áreas o ejes específicos. En estas tres áreas se recoge el sentido del principio de especialidad y el diseño procesal que debieran tener las legislaciones internas.

Reforzamiento del debido proceso

El principio de especialidad tiene un impacto relevante en el reforzamiento de ciertas garantías que integran al debido proceso. En primer lugar, se debe partir de que cualquier sistema procesal debe construirse en base al respeto de las garantías mínimas del debido proceso, este constituye para los adolescentes el piso mínimo de garantía que el Estado debe reconocer y respetar.²⁴ En segundo lugar, el principio de especiali-

bargo, se mantiene la lógica toda vez que el párrafo mencionado por el autor en el texto se encuentra en la Observación General número 24 de forma muy similar, en particular, su párrafo 2.

²⁴ Los supuestos básicos del debido proceso en los instrumentos internacionales se encuentran regulados fundamentalmente en el Pacto Internacional (artículos 9 y 14), Convención Americana (artículos 7 y 8) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 5 y 6).

dad se traduce en reforzar los contenidos básicos del debido proceso en favor de los niños y jóvenes en varias materias. El se reconocen cuatro diferencias significativas de reforzamiento o ampliación de garantías del debido proceso.

*Fortalecimiento de la libertad y mayores restricciones a su privación en el proceso*²⁵

La legislación y jurisprudencia internacional, respecto a la privación de libertad en el proceso, ha establecido como principios rectores de su uso la excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad toda vez que constituye una de las afectaciones más significativas a los derechos de las personas. Esta preocupación se ve intensificada respecto de jóvenes y niños ya que, por su estado de desarrollo, se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor que los adultos, por tanto, los efectos negativos de la privación de libertad se tornan más profundos y con consecuencias que se extienden por un período más largo de tiempo. Así, las reglas internacionales profundizan las exigencias para el uso de la privación en el proceso.²⁶ Estas mayores exigencias son:

1. *Procedencia de la prisión preventiva.* El sistema internacional establece mayores límites para el uso de la prisión preventiva en el sistema adolescente que en el sistema de adultos. Si bien la idea de excepcionalidad en su uso es un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, en el sistema general se trata de cláusulas mucho más débiles respecto a las disposiciones relativa a jóvenes y niños, en ese sentido, la legislación internacional refuerza la excepcionalidad en su aplicación estableciendo explícitamente su uso como último recurso.²⁷ La consecuencia de aquello es que existen deberes adicionales de los Estados partes para la aplicación de esta medida.

2. *Duración o extensión temporal de la Prisión Preventiva.* Los instrumentos internacionales de carácter general establecen, en relación a la duración de la prisión preventiva, la garantía de que esta debe te-

²⁵ Véase la Observación General número 24, en especial, su letra f) «Privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la sentencia».

²⁶ Véase especialmente el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño y la regla número 13 de las Reglas de Beijing.

²⁷ Véase el artículo 73 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño y la regla número 13.1 de las Reglas de Beijing.

ner como límite un «plazo razonable»²⁸ estándar que se realiza caso a caso por medio del análisis de tres criterios: la complejidad del caso, la conducta del acusado y el comportamiento de las autoridades estatales competentes. Por su parte, las normas específicas para niños y jóvenes presentan diferencias importantes, ya que establecen como límite el «plazo más breve posible».²⁹ Lo anterior, si bien se formula en formato de estándar, resulta un lenguaje mucho más estricto en comparación al sistema general.

3. *Condiciones de cumplimiento de la prisión preventiva.* Las garantías específicas se manifiestan en la necesidad de que exista separación entre adultos y jóvenes sometidos a prisión preventiva.³⁰ Lo anterior tiene como fundamento el especial estado de vulnerabilidad de los jóvenes privados de libertad, y con ello se intenta impedir cualquier tipo de influencia negativa. Otra preocupación se refiere a las condiciones de la privación de libertad, la que se debe realizar con pleno respeto y reconocimiento de los derechos del adolescente, destacando de manera especial la necesidad de asesoramiento letrado y el contacto permanente con su familia.

4. *Impugnación de la legalidad de la privación de libertad.* La garantía específica radica en que, junto con establecer la posibilidad de impugnación de legalidad de la privación de libertad, se establece la obligación adicional a los Estados partes de resolver aquella en un espacio temporal acotado muy breve.³¹

Exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso

La preocupación en el sistema internacional de derechos humanos respecto a la extensión temporal excesiva de los procesos da pie a una garantía básica del debido proceso conocida como «derecho a ser juzgado

²⁸ Véase el artículo 7.5 de la Convención Americana y el artículo 9.3 del Pacto Internacional.

²⁹ Véase el artículo 37 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño y la regla número 13.1 de las Reglas de Beijing.

³⁰ Véase el artículo 10.2 letra b) del Pacto Internacional, artículo 5.5 de la Convención Americana, artículo 37 letra c) de la Convención de los Derechos del Niño y la regla número 13.4 de las Reglas de Beijing.

³¹ Véase el artículo 37 letra d) de la Convención de los Derechos del Niño.

en un plazo razonable».³² Las razones se encuentran en el impacto negativo que la extensión temporal del proceso produce en los derechos de las personas imputadas como en la legitimidad del sistema ante la comunidad. Los instrumentos internacionales específicos recogen una idea reforzada de esta garantía a favor de los niños y jóvenes ya que la idea está dada por un proceso «sin demora».³³ La consecuencia de aquello radica en que la duración del proceso debe ser más breve que el de los adultos. No existen plazos abstractos máximos de duración, su análisis se debe analizar caso a caso.

Mayores resguardos al derecho de defensa

El derecho a la defensa presenta diversas dimensiones: como carácter de derecho fundamental de las personas que son objeto de persecución penal, como función de ser una garantía o mecanismo para hacer efectivas el resto de las garantías, y como legitimidad del sistema ante la comunidad. El derecho a defensa es uno de los componentes del debido proceso de mayor complejidad y de mayor regulación en el derecho internacional, ya que se encuentra consagrado en múltiples normas que dan cuentas de diversas manifestaciones, cuestión que no sucede en los instrumentos internacionales específicos respecto a niños y adolescentes, ya que se refiere de manera expresa en solo dos disposiciones.³⁴ Sin embargo, es aplicable a los niños y jóvenes la legislación internacional general como piso mínimo.

1. *Derecho a la información directa y sin demora de los cargos.* El conocimiento de los cargos que se imputan a una persona objeto de persecución penal es uno de los elementos base sobre la cual se construye el derecho a la defensa ya que es por medio de ese conocimiento que se pueden desarrollar actividades conducentes a la preparación de su defensa. Esta garantía se recoge en los tratados internacionales³⁵ y en la

32 Véase el artículo 14.1 del Pacto Internacional, el artículo 8.1 de la Convención Americana y el artículo 6.1 del Convenio Europeo.

33 Véase el artículo 40.2 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño y la regla número 20.1 de las Reglas de Beijing.

34 Véase el artículo 40.2 letra b) punto ii y vi de la Convención de los Derechos del Niño.

35 Véase el artículo 14.3 del Pacto Internacional, el artículo 8.2 letra b) de la Convención Americana y el artículo 6.3 letra a) del Convenio Europeo.

Convención de los Derechos del Niño.³⁶ De acuerdo con ambas, la información debe ser realizada sin demora.

Además del aspecto temporal, existe una preocupación al asegurar que la comunicación de los cargos se haga de manera comprensible, lo que supone considerar en forma especial el nivel de desarrollo y madurez del imputado. En este sentido, la especialidad radica en la necesidad tener presente el deber de información a un grupo adicional (padres o tutores) y el establecimiento de exigencias más altas respecto al tipo y formato en que se entrega la información.³⁷

2. *Derecho a ser escuchado en forma directa.* La Convención de los Derechos del Niño contempla exigencias fuertes respecto a la participación de los adolescentes en el proceso enfatizando la posibilidad que intervengan en forma directa dando su opinión respecto de decisiones que lo puedan afectar.³⁸ Lo anterior no se regula con la misma fuerza en la legislación internacional general.

3. *Derecho a la asistencia apropiada.* La legislación internacional especial contempla el derecho a una asistencia apropiada³⁹ que, si bien es similar al derecho a la asistencia jurídica regulado en la legislación internacional general, tiene algunas dimensiones que lo diferencian. La primera diferencia radica en que la legislación general pone el foco en asistencia letrada o jurídica, mientras que la legislación especial para adolescentes permite que esa asistencia sea prestada por otros profesionales si esta es apropiada. Esta disposición permite ampliar el ámbito de protección, toda vez que establece como obligatoria la asistencia en casos en que tratándose de adultos no se exige obligatoriedad. La segunda, se pone énfasis en tres elementos que deben acompañar al asesoramiento para que este pueda ser efectivo: debe ser oportuno,⁴⁰ gratuito⁴¹ y permanente (durante todo el proceso).⁴² Tercero, se regula con bastante detalle la intervención de los padres o tutores.⁴³

36 Véase el artículo 40.2 letra b) punto ii de la Convención de los Derecho del Niño.

37 Véase las reglas número 7 y 10.1 de las Reglas de Beijing.

38 Véase el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

39 Véase los artículos 37 letr d) y 40.2 letra b) puntos ii y iii de la Convención de los Derechos del Niño y la regla número 15.1 de las Reglas de Beijing.

40 Véase el artículo 37 letra d) de la Convención de los Derechos del Niño.

41 Véase la regla número 15.1 de las Reglas de Beijing.

42 Véase la regla número 15.1 de las Reglas de Beijing.

43 Véase la regla número 15.2 de las Reglas de Beijing.

Exigencias más estrictas para la renuncia de derechos que integran al debido proceso.

Las garantías que forman parte del debido proceso pueden ser objeto de renuncia legítima de parte del titular. En las legislaciones procesales de adulto se entiende esta renuncia en la medida que sea voluntaria e informada, sin embargo, si bien tratándose de niños y jóvenes también se les reconoce esta posibilidad, es de especial cuidado el análisis de la voluntariedad e información de la decisión debido al desarrollo personal de los adolescentes. Si bien el derecho a no auto incriminarse se encuentra regulado de manera similar en la legislación general y particular,⁴⁴ las diferencias radican en los alcances de esta regla tratándose de adolescentes, en particular, la idea de ser «obligado» se entiende de manera amplia, aceptando formas de carácter psicológico y no solamente físico. También, se deben considerar aspectos como la edad y desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión, entre otras. En la misma línea, se establece la necesidad de estar acompañados durante el interrogatorio.⁴⁵

Estructura general del procedimiento

El principio de especialidad tiene un impacto relevante sobre un conjunto misceláneo de elementos de diseño de un proceso que un sistema jurídico debiera contemplar para satisfacer objetivos específicos o propios de la justicia juvenil. En particular, se trata de valores que imponen consecuencias jurídicas, donde algunas veces se oponen o entran en contradicción con algunos valores del debido proceso, por lo que requiere un análisis por separado. Es necesario advertir que esta contradicción no tiene como consecuencia que estos valores no cumplan una función de resguardo del debido proceso.

⁴⁴ Véase el artículo 40.2 letra b) punto iv. de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 14.3 letra g) del Pacto Internacional y el artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana.

⁴⁵ En este apartado el autor cita la Observación número 10 (2007), la cual se sustituyó por la Observación número 24 (2019), sin embargo, sus disposiciones reconocen los mismos alcances. En particular, ver el párrafo 6o.

Necesidad de tener un proceso flexible y liviano

La necesidad de que los procesos seguidos contra adolescentes presenten niveles mayores de flexibilidad o liviandad que el de los adultos es consecuencia del «principio educativo» que impera en este sistema. En particular, lo que se persigue es asegurar la finalidad educativa de la justicia penal juvenil.⁴⁶ En ese sentido, para los jóvenes, se necesita proteger valores diversos a los del debido proceso en ciertos casos.

Existen cuatro estrategias de flexibilización. En primer lugar, estrategias de simplificación procesal, es decir, procesos especiales para adolescentes que eliminan o modifican etapas procesales para adultos. En segundo lugar, el establecimiento de plazos más breves o límites temporales más estrictos para diferentes actividades procesales en el proceso de adolescentes en relación al de adultos. Tercero, el rediseño de los sistemas de impugnación, en particular, de la sentencia definitiva. Por último, la exclusión de algunos debates que normalmente forman parte de los procesos penales de adulto del proceso juvenil.

Protección de la privacidad (vida privada)

El resguardo máximo a la vida privada de los adolescentes en las diferentes etapas del proceso es una característica propia de los sistemas de responsabilidad juvenil. Se trata de un principio reconocido explícitamente por los instrumentos internacionales.⁴⁷ Por el contrario, el sistema general reconoce como un principio básico del debido proceso la publicidad del juzgamiento.⁴⁸ El fundamento del tratamiento diferenciado respecto a la publicidad radica en que, por su especial situación, esta puede causar daño al adolescente, y, en particular, su posterior reinserción en la sociedad.⁴⁹

La protección de la privacidad presenta tres alcances con implican-

⁴⁶ Véase las reglas número 6.1, 14.2 y 20 de las Reglas de Beijing.

⁴⁷ Véase el artículo 16 y 40.2 letra b) punto viii de la Convención de los Derechos del Niño y las reglas número 8 y 21 de las Reglas de Beijing.

⁴⁸ Véase el artículo 8.1 de la Convención Americana, el artículo 14.1 del Pacto internacional y el artículo 6.1 del Convenio Europeo.

⁴⁹ En este apartado el autor cita la Observación número 10 (2007), la cual se sustituyó por la Observación número 24 (2019), sin embargo, sus disposiciones reconocen los mismos alcances, en particular véase el párrafo 70. En el mismo sentido, regla número 8 de las Reglas de Beijing.

cias de carácter procesal. En primer lugar, el sistema internacional establece una comprensión amplia y no formal de la protección⁵⁰ toda vez que abarca la publicación de cualquier información que pueda dar la identificación del menor. En segundo lugar, se encuentran las limitaciones que impone la protección de la privacidad a la publicidad del juicio. En este punto, el Comité es drástico en señalar que los juicios deben realizarse a puertas cerradas a excepción de casos muy precisos y previamente señalados por ley.⁵¹ En tercer lugar, dice relación con el uso de antecedentes o registros como consecuencia de la persecución penal. Se regula de forma explícita⁵² donde se establece que serán de carácter estrictamente confidencial los registros de los menores, con excepción de los intervinientes directos y personas autorizadas, con la salvedad de que aquellos no se podrán utilizar en procesos de adultos relativos a casos futuros en que esté implicada la misma persona.

Énfasis en el joven

La legislación internacional opera sobre la lógica que las decisiones adoptadas por parte de las autoridades deben considerar de manera especial las características y necesidades concretas del joven infractor. En ese sentido, un conjunto de normas que considera elementos para la determinación de las respuestas del sistema muy vinculados a las características personales del joven que es objeto de persecución ya que el objetivo radica en educar al joven para su vida en sociedad y no un fin simplemente retributivo.⁵³

Lo anterior tiene tres derivaciones en el diseño procesal. En primer lugar, la necesidad de reformular los sistemas que determinan las consecuencias o penas, separando la discusión de la responsabilidad y la de determinación de consecuencias. En segundo lugar, dice relación con la necesidad especial de producir información sobre el niño que es objeto

50 Véase la regla número 8.2 de las Reglas de Beijing.

51 A pesar de que la Observación número 10 (2007), fue sustituida por la Observación número 24 (2019), en general sus disposiciones reconocen los mismos alcances, en particular, el párrafo 67.

52 Véase la regla número 21 de las Reglas de Beijing.

53 Véase el artículo 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño y las reglas número 5 y 17.1 letra a) de las Reglas de Beijing. En este apartado el autor cita la Observación número 10 (2007), la que se sustituyó por la Observación número 24 (2019), sin embargo, sus disposiciones reconocen los mismos alcances.

de persecución para hacer un correcto ejercicio de individualización.⁵⁴ En tercer lugar, se encuentra vinculado a las reglas de admisibilidad de evidencia. Atendido a la importancia de las circunstancias personales del joven infractor se debiera flexibilizar algunas reglas de admisión de prueba pensadas para un contexto en donde dicha información suele no ser considerada.

Política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos

El principio de especialidad tiene un impacto relevante al establecer como elemento orientador del sistema la idea de que se debe evitar al máximo el contacto de los adolescentes con el sistema. En ese sentido, se debe establecer un conjunto de reglas que permitan la posibilidad de implementar políticas amplias de remisión de los casos antes que ingresen al proceso judicial formal o cuando lo hagan, establecer facultades ampliar a diversas autoridades para poder prescindir de la persecución. El fundamento radica en evitar, atendiendo la especial situación de los y las adolescentes, efectos negativos en su desarrollo y potenciales efectos estigmatizadores. Existen diferencias importantes en relación con las reglas que regulan el procedimiento de los adultos. Si bien los sistemas de adultos contemporáneos establecen facultades discrecionales y salidas alternativas, estas facultades no forman parte de las exigencias contenidas en las normas internacionales y tiene fundamentos diferentes a los perseguidos en el sistema de adolescentes. Las normas contenidas en diversos instrumentos internacionales establecen de manera clara la lógica de evitar al máximo la judicialización de los procedimientos como una regla general del sistema.⁵⁵

En particular, la legislación internacional incluye básicamente dos situaciones diversas que es necesario distinguir ya que existen recomendaciones específicas para regularlas. En primer lugar, se encuentra la «remisión o desestimación no condicionada previa intervención judi-

⁵⁴ Véase la regla número 16.1 de las reglas de Beijing.

⁵⁵ Véase el artículo 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño, la regla número 6 y 11 de las Reglas de Beijing y la directriz número 57 de las Directrices de Riad. También, en este apartado el autor cita la Observación número 10 (2007), la cual se sustituyó por la Observación número 24 (2019), sin embargo, sus disposiciones reconocen los mismos alcances, en particular, véase el párrafo 72.

cial» que se refiere a la posibilidad de los distintos actores del sistema que tienen un primer contacto con el caso de desestimarlos antes que se decida iniciar un proceso formal de persecución, sin que exista ninguna condición asociada a tal desestimación.⁵⁶ Las limitaciones que se imponen en la legislación nacional están referidas a la prohibición amplia de su uso que no tiendan a disminuir su aplicación. A diferencia de la legislación general esta desestimación no se limita a hechos de menor gravedad.

En segundo lugar, se encuentra la «remisión o desestimación con medidas o condiciones antes de la intervención judicial» que se refiere a los casos en que se decide no llevar el caso adelante, pero enviándolo algún tipo de servicio sustitutorio o alguna medida para el tratamiento del joven infractor. Atendido a que las derivaciones suponen limitar derechos del adolescente, el sistema internacional ha formulado mayores precisiones y recomendaciones acerca de cómo deben regularse y cómo debe aplicarse por los Estados.⁵⁷

En tercer lugar, se encuentra la «remisión o desestimación una vez producida la intervención judicial». Se trata de los casos en donde una vez iniciada formalmente la persecución, se decide remitir el caso a un sistema alternativo o desestimarlos. La legislación internacional establece parámetros bastante estrictos para su procedencia, ya que su aplicación restringe o limita la libertad del adolescente. Además, una preocupación radica en que se produzca el efecto contrario, esto es, en vez de producir una disminución del control social se amplíe. El comité exige que se utilicen cuando exista prueba fehaciente del delito y la admisión libre y voluntaria del joven,⁵⁸ exigencias que no se establecen en el sistema general de adultos. Por último, la normativa internacional no establece el tipo de instituciones concretas ni tampoco las hipótesis específicas en que se debieran utilizar, por lo que esto queda en manos de los Estados partes.

⁵⁶ Véase la regla número 11.2 de las Reglas de Beijing.

⁵⁷ Véase el artículo 40.3 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño y la regla número 11.3 de las Reglas de Beijing. También, en este apartado el autor cita la Observación número 10 (2007), la que se sustituyó por la Observación número 24 (2019), sin embargo, sus disposiciones reconocen los mismos alcances.

⁵⁸ En este apartado el autor cita la Observación número 10 (2007), la cual se sustituyó por la Observación número 24 (2019), sin embargo, sus disposiciones reconocen los mismos alcances.

Capítulo 2

Aspectos psicosociales de la actividad delictiva juvenil y la especialización del Sistema de Justicia Penal Juvenil

Particularidades de la actividad delictiva juvenil y la especialización de la Ejecución en la Justicia Penal Juvenil

La nueva normativa aprobada bajo la ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, demuestra una especial preocupación por el ámbito psicosocial vinculado con las infracciones penales que llevan a cabo las y los adolescentes. En este sentido, el mensaje de la Ley 21.527 hace presente lo siguiente:

El actual sistema de justicia juvenil no cuenta con un modelo único de intervención que establezca los objetivos y principales estrategias de acción para todos los ejecutores lo que impide a las autoridades evaluar su efectividad en el cumplimiento de sus objetivos. Por ello, se propone un diseño sistémico de la nueva estructura del servicio que se hará cargo de su ejecución. Para la comprensión de la conducta infractora de ley, el modelo propuesto asume una postura teórica de criminología evolutiva y del ciclo vital. Así, la delincuencia juvenil se entiende como un aspecto de la trayectoria vital que debe comprenderse y tratarse en forma especializada con miras a la promoción del desarrollo del capital humano y social. Son consistentes con esta postura las prácticas derivadas de la perspectiva de la desistencia delictiva, psicoeducación, justicia restaurativa, entre otras. Desde esta perspectiva, se comprende que la mayor parte de los jóvenes infractores no se convertirán en adultos infractores, por lo que junto con conocer los factores criminógenos (aquellos que aumentan la probabilidad de reiteración de conductas delictivas), es necesario conocer y promover los factores que hacen más probable que los jóvenes se alejen de la actividad delictiva. Se tuvo en cuenta también que las intervenciones no son efectivas en sí mismas, sino que demuestran ser efectivas en determinadas poblacio-

nes, bajo condiciones sociales, culturales, económicas y legales específicas. Bajo este esquema, el manejo de casos proyectado busca evitar la estandarización de la intervención, mediante el uso de baterías de instrumentos y protocolos de evaluación que aseguren el acompañamiento individualizado, mediante relaciones cara a cara que motiven, faciliten y sostengan procesos de cambio; así como de acciones con un enfoque integral, mediante un proceso de gestión que organice los flujos de coordinación entre todos los que intervienen y todas las intervenciones que se dan a un o una joven, todo lo cual debe estar asegurado en el modelo de gestión institucional.

En las páginas siguientes se abordan dos temas relacionados con la temática de la actividad delictiva adolescente y su tratamiento por parte del sistema de justicia: la psicología del adolescente y la especialización de los actores que se desempeñan en la función pública relacionada con la justicia penal juvenil.

Psicología adolescente

En relación con la psicología del adolescente, el sistema de responsabilidad penal juvenil en Chile reconoce que los adolescentes son o pueden ser capaces de culpabilidad, pero en un grado diferente al de los adultos, por lo que existen razones poderosas que justifican un trato diferenciado. En términos generales, esas razones tienen que ver con un menor grado de desarrollo, menor madurez y competencias sociales, necesidades especiales y su mayor vulnerabilidad frente a los efectos negativos del proceso penal y de la pena.

La psicología del desarrollo sostiene que antes de alcanzar su adultez las personas superan una serie de fases evolutivas en sus procesos mentales, de razonamiento, internalización de expectativas sociales y toma de decisiones. En ese tránsito, si bien las personas entre catorce y dieciocho años han adquirido un cierto nivel de valores morales y legales y tienen la capacidad que les permite orientar su comportamiento, todavía subsisten diferencias relevantes entre sus aptitudes y las de un adulto.

A continuación, siguiendo el esquema planteado por Couso, se expondrán las principales afirmaciones efectuadas respecto de los adolescentes por la psicología del desarrollo y la criminología empírica, las que son recogidas en su fundamentación por las normas contenidas en algunos instrumentos internacionales que abordan la materia, como las

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de adolescentes (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

Los adolescentes tienen menor capacidad cognitiva para razonar y entender

Los psicólogos cognitivos afirman que las habilidades se desarrollan en diversa medida para distintos dominios, que la competencia de tomar decisiones de un tipo no puede generalizarse, y que «la evidencia científica indica que, en general, la capacidad cognitiva de razonar y comprender de los preadolescentes y muchos adolescentes más jóvenes es sustancialmente diferente en ciertos aspectos de la que tienen los adolescentes mayores y los adultos», al punto que la capacidad de razonar *in an adult style* (a la manera de un adulto) recién se adquiere en torno a los dieciséis o diecisiete años (Couso, 2012: 277).

Los adolescentes tienen menor capacidad de juicio y de autocontrol

Incluso con independencia de aquellas diferencias en el desarrollo de las capacidades cognitivas entre adolescentes y adultos, otras diferencias entre ellos determinan que las capacidades abstractas de los adolescentes para razonar de forma inteligente e informada (apreciada, generalmente, en situaciones de laboratorio), no son ejercidas con la misma competencia que un adulto. En particular, se pueden detallar los siguientes factores que influyen negativamente sobre la capacidad de juicio y de autocontrol de un adolescente:

- Un limitado horizonte de experiencias previas y de conocimiento social, que explica el deficiente cálculo de costos y beneficios en los juicios que realizan, cuyas decisiones se ven sesgadas por condicionamientos ligados a su etapa de desarrollo (Scott, citado por Couso, 2012: 278).
- Su perspectiva sobre el tiempo, más bien cortoplacista, con limitada capacidad para ponderar las consecuencias de largo plazo de sus acciones, tanto negativas como positivas, lo que se puede traducir en mayor propensión al riesgo (Scott, citado por Couso, 2012: 278).

- Su limitada capacidad para resistir la presión del grupo de pares y la gran influencia que en el adolescente tienen los modelos de comportamiento de sus pares. Se puede destacar el rol crucial que las relaciones de pares desempeñan en la formación de la identidad de los adolescentes, lo que los vuelven muchos más influenciados por los grupos de pares. Zimring sostiene con propiedad que los adolescentes cometen delitos tal como viven sus vidas: en grupos (citado en Couso, 2012). La influencia de los pares en el comportamiento delictivo de los adolescentes se manifiesta a través de la comparación social y de la conformidad social. La comparación social consiste en medir y evaluar su propio comportamiento por comparación con el de otros; la conformidad social, en tanto, se identifica con la tendencia a ajustar su comportamiento y actitudes a la de sus pares, que se traduce en una reducida capacidad para retirarse públicamente. El grupo ejerce una presión o coacción directa, o bien, indirecta, por el deseo del adolescente a lograr su aprobación (citado en Couso, 2012).

Lo que se ha expuesto en los puntos anteriores es recogido a nivel internacional, ya que el Comité de Derechos del Niño ha expresado

Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.¹

Los adolescentes tienen mayor sensibilidad a la pena y vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales de la cárcel

La psicología del desarrollo, por último, también da cuenta del mayor impacto subjetivo que la pena —sobre todo, la privativa de libertad— provoca en los adolescentes, impacto del que depende su grado de aflicción concreta. Así, la percepción que adolescentes y adultos tienen sobre la duración de una determinada unidad de tiempo —días, meses, años— es diversa, en términos absolutos y como consecuencia de su

¹ Observación General número 24, Comité de los Derechos del Niño, 2019, párrafo 2.

diferencia de significación relativa como proporción del tiempo de vida transcurrida para cada uno, y la psicología del desarrollo confirma la percepción común que las personas mayores tienen de que, con los años, el tiempo pasa más rápido, y de que para los adolescentes, especialmente en situación de privación de libertad, el tiempo pasa mucho más lento. Fuera de ello, la condición de los adolescentes de ser sujetos en desarrollo los pone en una situación de mayor vulnerabilidad a los efectos perjudiciales y a la violencia que prevalece en las cárceles, determinando una alta prevalencia, entre los adolescentes internos, de problemas de salud mental para los que no hay respuesta terapéutica disponible. Este negativo impacto del encarcelamiento en el desarrollo de los adolescentes, como lo demuestra una reciente investigación empírica realizada en Estados Unidos de América, se produce tanto en establecimientos carcelarios de adultos como de adolescentes, donde los adolescentes se ven expuestos a situaciones de peligro, estrés psicológico y falta de servicios terapéuticos, que impiden o entorpecen seriamente su desarrollo y que los exponen a traumas psicológicos deformantes (Couso, 2012: 280).

Por su parte, la criminología empírica también formula una serie de afirmaciones que derivan en consecuencias normativas para un tratamiento jurídico penal especial de los adolescentes, algunas de las cuales son recepcionadas como principios por los instrumentos de Derechos Humanos. Se pueden señalar las siguientes:

1. *Normalidad, carácter episódico y remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad cometida por niños y adolescentes.* Es una afirmación común, que cuenta con evidencias empíricas en diversos contextos geográficos. Ciertas conductas delictivas, predominantemente leves, durante la niñez y adolescencia es un fenómeno normal, relativamente ubicuo, es decir, que se da en todos los grupos sociales, sin atención a diferencias de clase o etnicidad. De acuerdo con ello, la mayor parte de la criminalidad de los adolescentes no es el primer escalón de una carrera criminal, sino que, tras alcanzar una edad *peak*, tiende a desaparecer espontáneamente una vez que el individuo alcanza una mayor madurez, su rol social se estabiliza y aumenta el efecto de los mecanismos de control social y familiar. Además, dado que el comportamiento delictual de los adolescentes en la mayor parte de los casos está asociado a su pertenencia a grupos de pares con los que delinquen conjuntamente, el hecho de que con la edad la pertenencia a dichos grupos tienda a desaparecer determina que casi todos quienes han delinquido en grupo, o dejan de-

finitivamente las pautas de comportamientos delictuales, o, si vuelven a delinquir, lo hacen bajo patrones completamente diversos, en cualquier caso no asociados al grupo, de modo que para el primer grupo la criminalidad efectivamente ha sido un comportamiento episódico, de una fase de la vida más o menos acotada. Por ello, y salvo para un pequeño grupo de adolescentes que sí siguen delinquir y desarrollan carreras criminales, para la gran mayoría de la criminalidad de adolescentes, la afirmación de que sería el primer paso en una carrera ascendente, en frecuencia y gravedad, desde los pequeños delitos ocasionales en la niñez o adolescencia a las carreras criminales del adulto, no tendría ningún sostén empírico (Couso, 2012: 282).

La afirmación del carácter normal y episódico, y de la remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad de niños y adolescentes, ha sido asumida por los instrumentos internacionales de derechos humanos en la materia. Es así como la Asamblea General de las Naciones Unidas parte de la base de: «El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta».²

2. *Riesgo criminógeno de la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad adolescente.* Otra importante afirmación empírica formulada desde la criminología es que la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad de los adolescentes está asociada al riesgo de reproducir la criminalidad, por el efecto estigmatizante que tendría la identificación de una persona joven con el rol social de delincuente.

Esta afirmación ha sido anticipada por la teoría criminológica del interaccionismo simbólico, que explica el comportamiento criminal persistente de un sujeto (adolescente o adulto) a partir de su etiquetamiento como un delincuente por parte de las instancias formales de control social, en particular del sistema penal (Siegel, 2010, citado en Couso, 2012: 282), y cuenta, también en años relativamente recientes, con algunos indicios empíricos, más bien aislados, tanto respecto de adolescentes como de adultos.

² Directrices de Riad, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990, principio quinto letra e).

Esta afirmación, respecto de los adolescentes, también parece ser asumida por las Directrices de Riad, de las Naciones Unidas, al afirmar: «La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de *extraviado*, *delincuente* o *predelincente* a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable»³.

3. *Efecto desocializador y criminógeno de las penas privativas de libertad de adolescentes*. No obstante los reportes puntuales acerca de programas experimentales que arrojarían resultados positivos en términos de disminución de la reincidencia, la evidencia acerca de que estas penas no disminuyen la reincidencia, sino que la incrementan, es muy contundente, encontrándose en diversos contextos geográficos tasas de reincidencia, para los egresados de cárceles juveniles, que bordean el 80% (Couso, 2012: 284).

Esta afirmación constituye un supuesto empírico recepcionado en diversos instrumentos de las Naciones Unidas:

Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de las personas menores de edad, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que estos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el hecho de estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos.⁴

También: «El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores de edad privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención».⁵

4. *Mayor eficacia preventivo-especial de intervenciones especializadas*,

3 Directrices de Riad, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990, principio quinto letra f).

4 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Reglas de Beijing, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985, regla número 19.

5 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Reglas de La Habana, 1990, regla número 3.

multidimensionales y breves, fuera del ámbito de la justicia, con compromiso activo del adolescente. En contraste con la ineficacia preventivo-especial positiva de la cárcel y su efecto criminógeno, lo que sí parece tener eficacia preventivo especial positiva, en este campo, son ciertos programas que poseen características muy específicas. Así, sintetizando los resultados del amplio meta-análisis de Lipsey, Wilson y Cothorn (2000: 284), de más de 200 estudios experimentales o cuasi-experimentales conducidos en Estados Unidos de América, desde la década del setenta hasta fines de la década del noventa, sobre la eficacia de programas de tratamiento con delincuentes de entre 14 y 17 años, con historial delictual previo, Feld explica que:

Típicamente, el tratamiento tiene resultados positivos en pequeños programas experimentales que proporcionan una respuesta intensa e integrada a la multiplicidad de problemas que presentan los delincuentes juveniles —déficits educacionales; disfunción familiar; inadecuadas habilidades inter personales, sociales y laborales; y pobreza [...], los resultados más positivos de tratamiento se producen solo bajo condiciones óptimas, como un alto grado de integridad del tratamiento, en un programa establecido, con servicios provistos por instituciones de salud mental u otro tipo de personal no vinculado con las instituciones correccionales de la justicia juvenil (Feld, 1999, citado por Couso, 2012: 285).

Y son fundamentalmente esas características las que se observan en los programas actualmente difundidos como «programas basados en evidencia, como la “terapia multisistémica» (*multisystemic therapy*) y el «tratamiento multidimensional en hogares de acogida» (*multidimensional treatment foster care*), así como en el «modelo del desarrollo social» (*social development strategy*). Fuera de ello, también hay alguna evidencia de que tienen un efecto preventivo especial positivo los programas de justicia restaurativa, aparentemente a causa de que el compromiso activo del adolescente se traduce en un nivel de cumplimiento de las medidas acordadas —no solo reparatorias, sino también medidas que contribuyen a su inserción social— mayor que el que se logra cuando tales medidas son ordenadas por el tribunal como parte de la sentencia (Couso, 2012: 285).

1.2. Especialización

En relación con la especialización, el propio Mensaje de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, señala que el sistema de responsabilidad penal de adolescentes se basa en una «responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo» que fundamenta el establecimiento de «un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento y durante el control de ejecución de la sanción» y no simplemente un conjunto de modificaciones puntuales al sistema penal, aplicables a los adolescentes (Couso, 2012: 267).

La especialidad es una consecuencia necesaria de los principios reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, principalmente, de excepcionalidad de la privación de libertad, la adecuación de la reacción penal a la edad del adolescente y la orientación especial de las medidas a la reintegración del adolescente para ocupar un rol constructivo en la sociedad.

En efecto, tanto en aspectos sustantivos como procesales, existe un amplio acuerdo en reconocer que los instrumentos internacionales que dicen relación con la justicia penal adolescente consagran el principio de especialidad tanto en los presupuestos de la responsabilidad penal de adolescentes como en las normas de juzgamiento.

La Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil plantea la necesidad de reformular el diseño administrativo para cumplir los fines de la justicia penal adolescente. Con tal objetivo plantea la creación del Nuevo Servicio como una entidad pública que sea especializada y altamente calificada. Uno de los factores relevantes en la dirección del cambio consiste en la necesidad de incorporar reglas que permitan alcanzar la especialización de los actores institucionales que intervienen en la gestión procesal de los conflictos jurídico penales seguidos en contra de adolescentes y para ello se plantea introducir modificaciones a la Ley 20.084.

En primer lugar, el artículo quinto de la ley dispone: «Artículo 5°. Principio de especialización. El Servicio deberá garantizar que en la ejecución de las sanciones y medidas dispuestas en la Ley 20.084 se cumpla con la especialización que las diferencia del régimen previsto en la ley penal común».

En relación con los modelos de intervención propuestos en la iniciativa legal, se incorpora lo siguiente:

Artículo 28. Modelo de intervención. El Servicio establecerá un modelo de intervención de aplicación nacional y vinculante para la ejecución de las sanciones y medidas, entendiéndose por tal un conjunto estructurado de acciones especializadas basadas en prácticas efectivas orientadas a modificar la conducta delictiva y a incidir en la plena integración social de los jóvenes sujetos de atención del Servicio, el que deberá constar en una resolución dictada por el Director Nacional del Servicio.

Los cambios propuestos respecto de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente consisten en la incorporación de nuevas disposiciones que constituyan un decidido compromiso en favor de la especialización, intercalando los nuevos artículos 29 bis y 29 ter del siguiente tenor:

Artículo 29 bis. Especialización de la justicia penal para adolescentes. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente el conocimiento de los procesos referidos a la responsabilidad penal regulada en la presente ley y su fallo, cuando proceda, corresponderá en exclusiva a las salas especializadas, en los lugares en que existieren. En dichos casos las competencias correspondientes a los fiscales del Ministerio Público serán ejercidas por fiscales adjuntos especializados en la instrucción de procesos asociados a la responsabilidad penal de adolescentes. Asimismo, la defensa penal de quienes fueren imputados o acusados y de quienes cumplieren condena en virtud de dicha responsabilidad corresponderá igualmente a defensores especializados en responsabilidad penal de adolescentes, en la medida en que carezcan de abogado. En dichos casos los fiscales y defensores que fueren designados como especializados ejercerán dichas funciones en forma exclusiva mientras conserven dicha calidad. El Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública procurará la misma asignación de especialización de fiscales y defensores, respectivamente, en los lugares donde funcionaren, salas, jornadas o días preferentes para el conocimiento de los procesos asociados a la responsabilidad penal de los adolescentes regulada en la Ley 20.084, aun y cuando no sea obligatorio que su desempeño en dichas funciones se ejerza en forma exclusiva.

Artículo 29 ter. Formación y capacitación. Los jueces y funcionarios judiciales que se desempeñen en las salas especializadas en responsabilidad penal de adolescentes de los Juzgados de Garantía deberán haber aprobado una formación especializada impartida en el marco del programa de perfeccionamiento destinado a los miembros de los escalafones primario, secundario y de empleados del Po-

der Judicial. Lo señalado también será aplicable a quienes cumplan dichas funciones en casos de suplencia, subrogancia o interinato. Quienes deban cumplir funciones como fiscal o defensor especializado, y quienes deban suplirlos o subrogarlos en conformidad a la ley, también deberán haber aprobado una formación especializada, aun y cuando no ejerzan dichas funciones en forma exclusiva. El perfeccionamiento y capacitación de que trata el presente artículo deberá comprender, como mínimo, los contenidos de la Ley 20.084, su reglamento, jurisprudencia relevante y la normativa internacional afín; la normativa institucional del Servicio de Reinserción Social Juvenil. Incluirá además las referencias necesarias para comprender los caracteres de las principales teorías explicativas del comportamiento delictivo juvenil que cuenten con evidencia empírica y del desarrollo evolutivo psicosocial y biológico de la adolescencia y los principales modelos de intervención y prácticas efectivas que se orienten a motivar un cambio. Deberá asimismo considerar información sobre los estándares exigidos en forma transversal y por programa; sobre la existencia o disponibilidad de estos últimos en la red y su funcionamiento; sobre los caracteres generales del sistema de supervisión.

Sistema penal adolescente: género e infancia

Nota: Esta sección es parte de un trabajo original cuya autoría es de las profesoras Angélica Torres y Romina Villarroel.

El presente módulo abordará diferentes aspectos del sistema penal chileno, desde la perspectiva de los niños, niñas y adolescentes, con perspectiva de género, lo cual contribuirá a una formación integral, permitiendo desarrollar la capacidad de analizar críticamente los fundamentos y consecuencias de instituciones jurídicas y de la política criminal vigente en nuestro país. Sin perjuicio de algunos pasajes más generales, nos enfocaremos especialmente en adolescentes mujeres criminalizadas, imputadas o condenadas y no como víctimas de delitos.

Para cumplir con dicho objetivo, el análisis se estructurará de la siguiente forma: en primer lugar, se efectuará una revisión de contexto, la que incluye una precisión de conceptos, referencia a instrumentos internacionales y normativa nacional sobre la materia, una somera revisión de aspectos criminológicos asociados al fenómeno y cifras para, seguidamente, dar una mirada crítica al sistema penal, a la luz de los conceptos revisados.

Al finalizar el módulo, se espera que se hayan adquirido las herramientas para identificar conceptos sobre género y derecho, analizar un

problema jurídico penal con perspectiva de género e infancia, e identificar áreas del sistema penal en que existan espacios de mejora.

Contexto

Introducción

Como señala Giorgi, ya hace medio siglo la escritora Ofelia Machado Bonet cuestionaba la existencia de un «orden natural» que regule las relaciones entre géneros y generaciones.

A partir de las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, niños y niñas, la cultura adjudica un conjunto de significados cambiante a través de la historia. Mediante esta producción de sentidos y valores relacionados construye las formas de ser hombre o mujer, niño o niña, en las diferentes épocas, culturas y enclaves sociales. Estas representaciones sociales de lo masculino y lo femenino, lo infantil y lo adulto se reproducen a partir de las relaciones con el mundo, con los otros y con nosotros mismos (Giorgi, 2019: 9).

Esta constatación resulta del todo relevante, ya que, de esta forma, a partir de la edad y el género «se conforman constructos socioculturales que funcionan como organizadores de las sociedades humanas» (Giorgi, 2019: 9). Por lo tanto, una mirada de las relaciones, que tenga en cuenta género e infancia, necesariamente debe tener en consideración «las asimetrías a favor de lo adulto y lo masculino, configurando lo que se ha denominado un orden adultocéntrico y patriarcal» (Giorgi, 2019: 9)

Precisión de conceptos

Observar el derecho con perspectiva de género requiere necesariamente tener claridad sobre algunos conceptos. En esta línea, es clave diferenciar en primer lugar *sexo* de género y entender que el primer término alude a las características biológicas de una persona, como los cromosomas, órganos sexuales, hormonas, etcétera; mientras que el segundo se refiere a las características sociales y culturales atribuidas a cada sexo, como las profesiones, vestimentas, emociones, etcétera. Así, a una persona que nace con vulva se le designa como mujer (este sería su sexo), categorización que, en virtud de la sociedad específica en la que viva, traerá diversas expectativas sociales y culturales. Por ejemplo, se espe-

rará que se le perforen las orejas, que se le vista con vestidos rosa, que al crecer sea delicada y juegue con muñecas. Este conjunto de características, propias de una cultura determinada, son su *género*.

En este último punto, cabe señalar que estas características no son solo descriptivas, sino que se transforman muchas veces en imperativos o exigencias de nuestra cultura, de manera que imponen funciones, tareas y responsabilidades que las personas deben cumplir en la sociedad según su sexo. Esto es lo que se conoce como «roles de género». Así, se espera, por ejemplo, que las mujeres sean madres y que el cuidado de nuestros hijos e hijas sea su prioridad, castigando socialmente a quienes se alejan de esa expectativa.

En esta línea, surgen también los «estereotipos de género», que son opiniones o prejuicios generalizados acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que desempeñan o deberían desempeñar. Estos estereotipos pueden ser hostiles o negativos (por ejemplo, «las mujeres son irracionales») o pueden ser aparentemente benignos (por ejemplo, «las mujeres son protectoras naturales»), pero de ambos tipos se derivan presiones u obligaciones para las personas (por ejemplo que son las madres las que deben cuidar a los hijos), que incluso pueden traer repercusiones en el derecho (por ejemplo, asignando preferentemente el cuidado personal de niños, niñas y adolescentes a las madres).

Tradicionalmente se ha entendido que los conceptos *sexo* y *género* implican respuestas binarias: el sexo puede ser *mujer* u *hombre*, mientras que el género podría ser *femenino* o *masculino*, entendiendo también que existe una correspondencia entre ellos: quien nace mujer tendrá un género femenino y quien nace hombre tendrá uno masculino.

Sin embargo, lo cierto es que ninguno de estos conceptos son binarios. Así, la ciencia ha demostrado que el 1% de los nacimientos son de bebés intersexuales, en que sus distintas características biológicas no pertenecen a un solo sexo, razón por la cual distintas culturas (sobre todo las precoloniales) distinguían, o siguen distinguiendo, más de dos sexos. Lamentablemente, la idea tradicional de que el sexo es binario, ha generado que a estas personas se les imponga uno de los dos sexos, incluso modificando (mutilando) sus genitales para calzar más adecuadamente con la expectativa de lo que debe ser un cuerpo de hombre o de mujer.

Por otro lado, la idea binaria del género también ha evolucionado culturalmente, entendiendo que no necesariamente tiene una correspondencia con el sexo de las personas. Así, podemos distinguir el sexo de una persona de su *identidad de género*, que es el género autopercibido, que puede coincidir o no con el sexo biológico. A las personas cuyo sexo biológico e identidad de género coinciden se les llama *cis sexuales*, en cambio, a las personas cuyo sexo biológico e identidad de género no coinciden se les llama *transsexuales*. En este contexto, un hombre al que se le atribuyó el sexo femenino al nacer como sexo biológico, es un hombre trans. Por otra parte, una mujer a la que se le atribuyó el sexo masculino al nacer como sexo biológico es una mujer trans. En ambos casos, lo más respetuoso es referirse a ellos y ellas simplemente como hombre o mujer y ocupar los pronombres correspondientes, según sea su identidad de género.

Añadiendo aún más diversidad, existen personas a quienes se les asignó un sexo biológico determinado y, sin embargo, no se identifican con el género masculino ni femenino (se conocen como personas *no binarias* o *agénero*). También hay quienes se identifican con ambos géneros a la vez (personas *bigénero*), o que, dependiendo de su etapa en la vida o del contexto en concreto, se sienten identificadas con un género o con el otro (*género fluido*). En este contexto, sumado a que utilizamos un lenguaje con muchos conceptos que denotan un género femenino o masculino, surgen nuevos pronombres y un nuevo lenguaje para referirse a estas personas, que reemplaza las letras «o» y «a» que denotan el género de los conceptos, por la letra «e» (por ejemplo, *elles*, *alumnas*, etcétera).

Por otro lado, la identidad de género debe distinguirse claramente de la orientación sexual, que es totalmente independiente del sexo e identidad de género de una persona, y se relaciona, en cambio, con el sexo o género a los que se siente atraída una persona emocional, sexual y/o afectivamente. También es posible distinguir el concepto de *expresión de género* que se refiere a cómo cada persona expresa su identidad a través de sus vestimentas, gestos, estilo, actividades, etcétera.

Estos conceptos no son ajenos a niños, niñas y adolescentes, quienes tienen derecho a tener y ejercer su identidad de género en virtud de su derecho constitucional a la identidad individual y a distintos compromisos internacionales que el Estado chileno ha adquirido frente a organismos internacionales y demás naciones (Lovera y Gauché, 2019).

En suma, es posible que todas estas categorías se combinen e interactúen sin límites, creando un universo sumamente diverso. Por esta razón, la diversidad de género se opone al sistema binario tradicional en que solo existen dos sexos y dos géneros que se corresponden entre sí. En esta línea, cabe concluir que cuando hablamos de perspectiva de género, no debemos restringir este concepto a la categoría *mujer*, al contrario, debemos comprender toda la diversidad que se mencionó anteriormente y que se ha visto perjudicada por los estereotipos de género y otro tipo de discriminaciones.

Estos conceptos se oponen a un sistema binario que lamentablemente ha calado muy profundo en nuestra sociedad, creando una verdadera estructura que tiñe nuestro lenguaje, nuestras relaciones e incluso nuestra forma de pensar. Así, se habla de un *sistema sexo-género* que ha organizado nuestra sociedad en tres pasos: primero, ha establecido un sistema binario que trasciende los conceptos sexo y género, dividiendo el mundo en pares opuestos entre sí, por ejemplo, racional vs. irracional, público vs. privado, etcétera. En segundo lugar, este sistema asocia cada concepto de estos binomios a un sexo en específico, por ejemplo, hombre racional vs. mujer irracional, hombre en lo público vs. mujer en lo privado, etcétera. Finalmente, el último paso es la jerarquización de estos conceptos. Así, no se entiende que los conceptos en cada binomio sean equivalentes, sino que habría uno superior y otro inferior o uno con connotación positiva y otro con connotación negativa. Por ejemplo, se estima que ser racional es una característica masculina y deseable, mientras que ser irracional es una característica femenina e indeseable. En esta línea, se valora mucho más el trabajo productivo que realizan los varones en el ámbito público, mientras que el trabajo reproductivo que realizan las mujeres en el espacio privado se considera secundario (Olsen, 1990).

Este sistema afecta especialmente a niños, niñas y adolescentes, pues es precisamente desde que se conoce su sexo, incluso antes de nacer, que se les atribuyen ciertas características, expectativas y normas. Aquello cala profundamente durante la infancia y adolescencia, en que la formación de su personalidad y sus aprendizajes se ven determinados por este sistema, el que también les impone una determinada forma de verse, actuar y pensar: «la adscripción a un género es también un proceso de disciplinamiento del cuerpo y la subjetividad de los individuos [...]

opera como regla invisible para medir la “normalidad” de niños y niñas en su desarrollo» (Grupo de trabajo en infancia y género, 2019).

Adicionalmente, la discriminación hacia identidades de género u orientaciones sexuales que difieren de este sistema heterocisnormativo, si bien se presentan durante todo el ciclo vital, tienen un impacto mucho mayor durante la niñez y adolescencia, incluso adoptando formas específicas de violencia o discriminación, tales como: aislamiento por parte de compañeros y compañeras de la escuela, en su propia familia y/o en la comunidad, bullying escolar, intimidación y violencia física y sexual e incluso terapias o violaciones *correctivas* que intentan modificar su identidad de género y/u orientación sexual (Unicef, 2014: 3). Un caso especialmente grave es el de los niños, niñas y adolescentes trans, pues la evidencia señala que las discriminaciones y violencias sufridas pueden llevar a abandonar la escolaridad y, dada la imposibilidad de encontrar un trabajo formal, existe alto riesgo de que terminen ejerciendo la prostitución (Oberlin, 2019). Cabe considerar, además, que los niños, niñas y adolescentes resultan ser personas particularmente indefensas ante violencias y vulneraciones.

Resulta relevante, entonces, considerar un último concepto: interseccionalidad. Término acuñado por primera vez por los feminismos afrodescendientes, que busca visibilizar la situación en que se encuentran las personas que son parte de múltiples grupos subordinados simultáneamente. Esa situación no solo consiste en la suma de todas las discriminaciones o vulnerabilidades que sufre cada grupo al que se pertenece, sino también el sufrimiento de formas específicas de vulneración y violencia. De esta forma, resulta sumamente importante considerar que niños, niñas y adolescentes ya se encuentran, por vivir en un mundo adultocéntrico, en un grupo subalterno, pudiendo pertenecer simultáneamente a otros grupos vulnerables: mujeres, disidencias sexuales, sujetos imputados o condenados, etcétera. Así, la perspectiva interseccional será clave para comprender la situación específica de adolescentes mujeres en contacto con el sistema criminal. El análisis interseccional tiene como objetivo revelar las variadas identidades, exponer los diferentes tipos de discriminación y desventaja que se dan como consecuencia de la combinación de identidades (Asociación para los Derechos de la Mujer y Desarrollo, 2004: 2).

Rol del género en el derecho, en particular en el derecho penal

Estudiar a cabalidad el rol del género en el derecho y, en especial, en el derecho penal, constituye una empresa que excede los objetivos de este documento. Sin embargo, es indispensable tener conocimiento de las siguientes nociones básicas.

En primer lugar, es clave entender que el sistema sexo-género es una estructura que también ha permeado en el derecho. Así, se relaciona al derecho con el lado masculino de los dualismos, atribuyéndole características asociadas a dicho sexo: ser racional, objetivo, abstracto y universal. Al respecto, y como describe Frances Olsen (1990) los feminismos jurídicos han intentado derribar este sistema atacando sus distintos niveles. Cuestionaron, por ejemplo, que el derecho verdaderamente tuviera esas características, tratando de desligarlo del lado masculino de los binarismos. Otra estrategia consistió en afirmar que el derecho tenía esas características, pero eso lo convertía en una herramienta patriarcal, cuestionando así la *superioridad* de estas características. Finalmente, otra vía consistió en cuestionar directamente la existencia de los binarismos y argumentar, en cambio, que el derecho debe ser racional, objetivo y universal, pero también irracional, subjetivo y particular. Cada una de estas propuestas nos lleva a ver, con ejemplos concretos, cómo el derecho ha sido permeado por esta particular concepción de la realidad y cómo ello afecta los objetivos del derecho, e incluso su legitimidad.

Otra arista relevante a considerar es que la violencia de género y sus distintos tipos, suelen tener sustentos culturales y estructurales, que algunas veces habitan justamente en el derecho. Por ejemplo, la violencia física contra la mujer, además de ser un acto concreto de una persona (del marido de la mujer, por ejemplo), tiene respaldo cultural (la idea antiguamente generalizada de que ciertos actos de la mujer, por ejemplo, su infidelidad o desobediencia, ameritan una corrección física), pero también estructural, dada, por ejemplo, por la antigua eximente de responsabilidad que liberaba de toda pena al marido que, al encontrar a su cónyuge cometiendo adulterio, le daba muerte o la golpeaba. Así, el derecho juega un rol esencial a la hora de sustentar o desarticular los cimientos estructurales de la violencia de género.

Cuando nos referimos específicamente al derecho penal, todo lo anterior se ve exacerbado, pues es «la mano armada del Estado», es decir, cualquier estereotipo, cimiento de violencia o discriminación que habite

en el derecho penal, podrá ser impuesto por la fuerza. En este contexto, múltiples movimientos feministas han buscado utilizar el *ius puniendi* para resguardar los derechos de las mujeres, demandando la creación de nuevos tipos penales que protejan a la mujer o el aumento de penas de delitos frecuentemente cometidos contra mujeres. Esta postura, sin embargo, no es pacífica, pues también existen movimientos feministas anti-punitivistas que miran con desconfianza al derecho penal o simplemente se oponen a que sus demandas sean respondidas con su expansión.

Más allá de la postura que se tenga al respecto, un terreno común es el reconocimiento de la necesidad e importancia de observar el derecho penal con perspectiva de género y descubrir si sus normas, interpretación o aplicación esconde sesgos, estereotipos o discriminaciones. En este contexto, es necesario considerar que este tipo de vicios no son siempre evidentes, sino que pueden esconderse detrás de un texto normativo aparentemente desprovisto de discriminación, el que puede ser dotado de contenido desigual o basarse, furtivamente, en una imagen determinada de mujer.⁶ En términos más específicos, diversas autoras han analizado con perspectiva de género múltiples tipos penales concretos, indagando en la existencia de sesgos, estereotipos o discriminaciones en su regulación, interpretación y aplicación. En este punto, resulta especialmente importante para el objetivo de este documento observar con perspectiva de género aquellos delitos que involucran directamente a adolescentes mujeres como sujetos activos. Así, resulta relevante, por ejemplo, advertir que un gran porcentaje de adolescentes privadas de libertad se encuentra en dicha situación por haber cometido delitos de drogas y/o contra la propiedad (Reye, 2014: 36).

También resulta relevante observar que ciertas adolescentes en situaciones vulnerables, incluyendo adolescentes trans o pertenecientes a la comunidad LGTBIQA+, están especialmente expuestas/as a ejercer la prostitución. Finalmente, en su calidad de mujeres, las adolescentes también se ven en riesgo de ser criminalizadas por cometer abortos. En consecuencia, la regulación o criminalización de estas conductas influirá directamente en la criminalización y marginalización de adolescentes mujeres y disidentes, siendo necesaria la perspectiva de género e interseccional, no solo en la interpretación y aplicación de las normas exis-

⁶ La doctora Elena Larrauri (2002) realiza un análisis del derecho penal en este sentido.

tentes, sino también al momento de crear normas y expandir el ámbito regulado por el derecho penal.

Paralelo a revisar las normas del derecho penal sustantivo, también resulta necesario observar el sistema de justicia criminal y las distintas aristas en que podrían estar operando sesgos o discriminaciones: la investigación de delitos, admisibilidad de la prueba, acceso a la justicia, razonamiento judicial, ejecución de la pena, etcétera. Al respecto, no solo la doctrina ha ofrecido investigaciones y conclusiones, sino que las mismas instituciones del Estado han pasado a mirar el ejercicio de sus funciones con «lentes de género» y promover prácticas más igualitarias.

Más adelante en este documento observaremos las medidas que han tomado al respecto diversas instituciones del sistema de justicia criminal, sin embargo, una consideración que debiera permear el proceso penal de principio a fin, es la erradicación del estereotipo que afecta a adolescentes mujeres imputadas o condenadas. En el caso de mujeres adultas condenadas a penas privativas de libertad, se suele hablar de una «triple condena» dada por 1) el encierro, 2) la separación de sus hijos e hijas y 3) la desaprobación social por faltar a la expectativa de «buena mujer». Aquello es perfectamente aplicable a las adolescentes criminalizadas, imputadas o condenadas que, al apartarse totalmente del estereotipo o exigencia social de «niña inocente», se les imponen nuevas etiquetas, catalogándolas de *locas* o *raras* y castigándolas socialmente. Así, existe un evidente peligro de que el trato durante el proceso y las decisiones que se tomen en él, se vean afectados por el choque psicológico que produce enfrentarse a una adolescente que se aparta totalmente de las exigencias sociales y culturales de lo que debiera ser una buena niña. En este punto, resulta esencial que las instituciones del sistema penal que tratan con adolescentes mujeres imputadas o condenadas sean plenamente conscientes de este sesgo y que se tomen medidas para evitarlo.

Derecho Internacional referido a la materia

A continuación se hará referencia a instrumentos internacionales que abordan la situación de discriminación contra la mujer, por una parte, y los derechos de niños, niñas y adolescentes, por otra. Debe tenerse en consideración que la Constitución Política de la República, en el artículo 5 inciso segundo, hace referencia a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Por lo tanto, los ins-

trumentos internacionales que se mencionan, en tanto han sido ratificados por Chile, resultan plenamente aplicables. Adicionalmente, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente realiza una remisión directa a la normativa internacional en su artículo 2 inciso segundo, lo que refuerza la aplicación de dicho ordenamiento en el caso de adolescentes imputadas o condenadas, y, en particular el instrumento más relevante sobre la materia, la Convención de los Derechos del Niño

En cuanto a género, el primer organismo que se preocupó de estos temas, al igual que en materia de infancia, fue la Organización de las Naciones Unidas. En el año 1979 se dicta la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que se conoce usualmente como CEDAW por sus siglas en inglés. Chile la suscribió el 17 de julio de 1980, siendo promulgada y publicada en el Diario Oficial en el año 1989. El preámbulo de la convención reconoce que la discriminación viola los principios de igualdad de Derecho y el respeto a la dignidad humana, lo que hace que se dificulte la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre en la vida política, en la vida social, en la economía y en la cultura de su país. Eso a su vez es un obstáculo para el bienestar de la sociedad en su conjunto, y para el desarrollo de las posibilidades de la mujer.

Además de estas declaraciones, la CEDAW establece ciertas definiciones de lo que se entiende por discriminación contra la mujer y establece algunas obligaciones a los Estados. El artículo 1 entrega la definición de discriminación contra la mujer, señalando que es toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Luego de esta definición, el artículo 2 establece algunas obligaciones relevantes en el ámbito del sistema penal. Por ejemplo, el artículo 2 letra c) establece que los Estados se comprometen a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación. En el artículo 2 letra d), en tanto, se señala que el Estado debe abstenerse de incurrir en todo acto o

práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades o instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación. Aquí puede apreciarse un llamado hacia el Estado, específicamente, autoridades e instituciones públicas. Esto evidentemente repercute dentro del sistema penal, donde se debería dar cumplimiento a esta obligación. La letra f) ordena tomar medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer. Y la letra g) también hace una referencia a derogar las disposiciones penales que constituyan discriminación contra la mujer.

La CEDAW posee carácter universal, y se refiere a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Pero luego, y como ocurre con la mayoría de los instrumentos internacionales de carácter universal, cada continente comienza a dictar sus propias normativas. En este contexto, la Organización de los Estados Americanos dicta la Convención Interamericana para prevenir la violencia contra la mujer, que se conoce como la Convención de Belém do Pará de 1994. Chile también ratificó esta Convención y está publicada en el Diario Oficial desde el año 1998. Belém do Pará también establece algunos deberes para los Estados. Por ejemplo, en el artículo 7 señala que los Estados parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Luego la Convención indica qué es lo que debería hacer el Estado para cumplir con esta obligación. Así, por ejemplo, señala que el Estado debe abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes se comporten conforme con esta obligación. La letra b) del referido artículo, menciona la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar. Acá derechamente se establece una obligación del sistema penal, en cuanto a investigación y sanción. La letra c) prescribe la inclusión de normas penales que sean necesarias para sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. La letra d) hace referencia a las medidas jurídicas para que el agresor se abstenga de hostigar, intimidar o amenazar a la mujer.

El artículo 8, en tanto, hace referencia a algo muy importante en materia de prevención, que es el fomentar la educación y la capacitación en la administración de justicia, en la policía y todos los funcionarios encargados de aplicar la ley. Por su parte, el artículo 9 pone énfasis en considerar

la situación de vulnerabilidad a la violencia que puede sufrir la mujer en razón de su raza, su condición étnica, de ser migrante, refugiada o desplazada. Lo mismo cuando está embarazada, cuando es discapacitada, cuando es menor de edad o si está en una situación socioeconómica desfavorable. En este último punto se aprecia una clara referencia a la interseccionalidad entre género e infancia, como un elemento que debe ser considerado por los Estados como un factor de vulnerabilidad.

Otros instrumentos que también tienen en consideración esta interseccionalidad son la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional o Convención de Palermo, junto con sus Protocolos complementarios, el primero Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; y el segundo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. La Convención de Palermo es del año 2000, Chile la ratificó el año 2004, y el año 2011 se promulgó la Ley 20.507, la que creó los tipos penales de trata de personas y tráfico de migrantes. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, en su preámbulo explicita que, para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En la misma línea, visibilizando las necesidades especiales de mujeres menores de edad, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), en la sección III, punto 3 titulada «Delincuentes juveniles de sexo femenino», establece en la Regla 65 que se evitará en la medida de lo posible recluir en instituciones a los niños en conflicto con la ley. Al adoptar decisiones se tendrá presente la vulnerabilidad de las delincuentes juveniles debida a cuestiones de género.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, más conocidas como Reglas de Beijing, en tanto, establecen una regla general de prohibición de discriminación en razón del sexo, raza, opinión política, etcétera (regla 2.1). También establecen la obligación de los Estados de proporcionar los cuidados, protección y atenciones que requieran NNA en virtud de su sexo, edad, personalidad, y otros aspectos, mientras estén bajo su custodia, ya sea en pri-

sión preventiva (regla 13.5) o en establecimientos penitenciarios (regla 26.2). Específicamente refiriéndose a adolescentes mujeres condenadas, establece el deber de tratarlas equitativamente en relación con el adolescente varón, atendiendo, sin embargo, a sus necesidades y problemas personales (regla 26.4).

Marco normativo nacional

En cuanto al ordenamiento jurídico nacional, suele faltar en la historia de leyes sobre infancia una referencia expresa a niñas, adolescentes mujeres o consideraciones de género. Recién el 2004, en la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, aparece expresamente el término «niña» pero siempre como parte de la frase «niños, niñas y adolescentes» y no como una referencia a medidas o consideraciones específicas por género en el ámbito de la infancia. Aquello se mantiene hasta la fecha, a pesar de las múltiples modificaciones que ha sufrido dicho texto y también se repite en otros cuerpos legales. Incluso la Ley de Violencia Intrafamiliar, que reconoce expresamente a mujeres y niños como sujetos de especial protección, falla en identificar o mencionar la intersección entre ambos grupos, aun restringiendo la facultad del Servicio Nacional de la Mujer para representar a mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, a las mujeres mayores de 18 años. En esta misma línea, otras leyes destinadas a proteger a niños, niñas y adolescentes víctimas de maltratos y violencias,⁷ que establecen sistemas de protección social,⁸ o que promueven

⁷ Así ocurre en la Ley 19.617, de 12 de julio 1999, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materia relativas al delito de violación; Ley 20.207, que establece que la prescripción en delitos sexuales contra menores se computará desde el día en que estos alcancen la mayoría de edad; Ley 20.526 que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil; Ley 20.594 que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores; Ley 21.013 que tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial; Ley 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales; y Ley 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

⁸ En efecto, la Ley 20.032 que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename y su régimen de subvención, modificada el 2019 por la Ley 21.140, sólo utiliza el término «niña» como parte de la frase «niños, niñas y adolescentes», sin tener consideraciones específicas para niñas o adolescentes mujeres.

la inclusión de niños, niñas y adolescentes en situaciones especiales,⁹ también fallan en identificar esa doble vulnerabilidad.

En cuanto a las instituciones sobre infancia, la tónica se mantiene, de manera que tanto en la Ley 21.067 que crea la Defensoría de la Niñez, como en la Ley 21.090 que crea la Subsecretaría de la Niñez no hay referencia expresa a las «niñas», «adolescentes mujeres» o consideraciones de género en el ámbito de la niñez.¹⁰ Tampoco se encuentra en el plan estratégico 2018-2023 de la Defensoría de la Niñez un objetivo relacionado específicamente con la perspectiva de género.

En este panorama, no sorprende que la normativa sobre responsabilidad penal adolescente también carezca de una consideración especial por niñas y adolescentes mujeres. En efecto, en la Ley 20.084 ni siquiera se encuentra el término «niña», reemplazando la usual frase «niños, niñas y adolescentes» que se utiliza en leyes con objetivos de protección, por el término más frío y desprovisto de inocencia: «menores».

Así, el único contexto en que resalta la triple interseccionalidad de las adolescentes mujeres en contacto con el sistema penal, es en la despenalización del aborto en tres causales, consagrada en la Ley 21.030, que permite a mujeres embarazadas menores de 18 años acceder a la interrupción de su embarazo en caso de estar en riesgo vital, inviabilidad fetal o que el embarazo sea producto de una violación. Así, más bien, se evita que niñas y adolescentes mujeres sean criminalizadas y queden en dicha triple intersección de vulnerabilidades.

En suma, falta en la regulación nacional una perspectiva interseccional que visibilice la triple vulnerabilidad del género, infancia-adolescencia

⁹ Así, la Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad reconoce la interseccionalidad entre niñez y situación de discapacidad, protegiendo especialmente a niños, niñas y adolescentes con discapacidades. Por su parte, la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género también se refiere especialmente a adolescentes que deseen rectificar su sexo y nombre registral. Ambas leyes, sin embargo, carecen de referencias a la triple vulnerabilidad de ser mujer, niña o adolescente y encontrarse en situación de discapacidad o tener un sexo y nombre registrales diversos de su propia identidad de género.

¹⁰ En la Ley 21.090 sólo se utiliza una vez el término «niñas» en una norma que modifica la ley N° 20.379, que crea el Sistema Intersectorial de Protección Social e institucionaliza el Subsistema de Protección Integral a la Infancia «Chile Crece Contigo», pero se utiliza en la frase «niños y niñas» y no como una consideración de género.

cia y el contacto con el sistema criminal. Ello, pues si bien son pocas las adolescentes que se encuentran en esta situación (más adelante se explorarán algunas cifras), será imposible otorgar la protección a la que está obligado el Estado, sin considerar la interacción y efectos entre estas tres fuentes de vulnerabilidad.

Cifras relevantes

Para el año 2020, de acuerdo con cifras de la Defensoría Penal Pública, de las causa-imputado ingresadas, el 83,2% corresponde a causas de imputados hombres y 16,8% a causas de imputadas mujeres (Defensoría Penal Pública, 2020: 5), mientras que al segmentar los ingresos de 2020 según tramo de edad del imputado o imputada, se observa un 96,7% de causa-imputado de 18 o más años y un 3,3% de causa-imputado menores de 18 años (hombres y mujeres) (Defensoría Penal Pública, 2020: 5). Respecto a los delitos asociados a mujeres, un 32% corresponde a la categoría «otros delitos», un 17% a lesiones y un 13,3% a hurto, en tanto los delitos asociados a menores de edad (hombres y mujeres) corresponden en un 25,3% a «otros delitos», 14% a robos, 11,3% delitos contra la propiedad y 10,1% a lesiones (Defensoría Penal Pública, 2020: 15).

Para el año 2021, el Ministerio Público reporta la situación específica de los infractores menores de 18 años, precisando que sobre un universo de 25.698 infractores conocidos, menores de 18 años, 5.575 corresponden a mujeres, es decir, un 21,69%. Sobre el total de 5.575 infractoras, las cifras más relevantes son las siguientes: 1.402 corresponden a «otros delitos», 1.162 a lesiones, 628 a delitos contra la libertad e intimidad de las personas, 567 a hurtos, 440 a faltas, 388 a delitos económicos y tributarios, 297 a otros delitos contra la propiedad (Fiscalía, 2021).

De acuerdo con estadísticas de Sename,¹¹

¹¹ Corresponde a la cantidad de adolescentes y jóvenes que ingresaron durante el 2020 a una medida cautelar o sanción dictaminada por tribunales de justicia. Si un joven o adolescente ingresa a más de una sanción o medida durante el año contemplado, se seleccionará solo uno de los ingresos de acuerdo a criterios de priorización basados en la gravedad y temporalidad de la sanción o medida. Por tanto, se prioriza la privación de libertad por sobre el medio libre y las sanciones por sobre las medidas; en el caso que ingresos correspondan al mismo programa se selecciona aquel ingreso más reciente.

Durante el 2020 ingresaron 1.145 adolescentes y jóvenes a proyectos de medidas cautelares en el medio libre. Respecto al sexo de la población, se observa un predominio de los adolescentes y jóvenes de sexo masculino pues, con 991 casos, representan el 86,6% total de población ingresada. El restante 13,4% corresponde a adolescentes y jóvenes de sexo femenino (Sename, 2020).

Respecto a las causales de ingreso a este programa, (para hombres y mujeres) se puede señalar que un 52,3% de los adolescentes y jóvenes ingresaron por delitos contra la propiedad, un 19,6% a causa de delitos contra el orden y la seguridad pública y un 7,8% por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Sename, 2020: 327). Por su parte, las atenciones¹² en contexto de medidas cautelares ambulatorias del año 2020 fueron 3.199, de las cuales 409 corresponden a mujeres, es decir, un 12,8%, versus 2.790 hombres, correspondiente a un 87,2% (Sename, 2020: 316). Respecto a los delitos identificados como causal de ingreso, son relevantes los siguientes: delitos contra la propiedad, con 275 mujeres y 1.827 hombres (cifra que en su conjunto representa un 65,7% de ingresos al sistema, con un 8,6% del total para las mujeres); delitos contra el orden y seguridad públicas, con 50 mujeres y 309 hombres (cifra que en su conjunto representa un 11,2% de ingresos al sistema, con un 1,6% del total para las mujeres); tráfico ilícito de estupefacientes, con 36 mujeres y 181 hombres (cifra que en su conjunto representa un 6,8% de ingresos al sistema, con un 1,1% del total para las mujeres); y los delitos contra las personas, con 27 mujeres y 116 hombres (cifra que en su conjunto representa un 4,5% de ingresos al sistema, con un 0,8% del total para las mujeres (Sename, 2020: 317).

Por otra parte, en los centros de internación provisoria, durante el 2020 ingresaron 948 adolescentes y jóvenes. Respecto al sexo de la población, se observa un predominio de los adolescentes y jóvenes de sexo masculino pues este grupo representa el 91,4% de los usuarios ingresados, mientras que las adolescentes y jóvenes mujeres concentran el 8,6% total de ingresos (Sename, 2020: 330). Las causales de ingreso co-

¹² Corresponde a la cantidad de proyectos del área de Justicia Juvenil en los que se encuentra vigente un adolescente, joven o adulto en un periodo de tiempo determinado. Esto implica que un adolescente, joven o adulto puede estar vigente en más de un proyecto dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 2020 (Sename, 2020: 15).

rresponden principalmente a delitos contra la propiedad con un 77,1%, seguido por un 10% de usuarios que ingresaron bajo la causal delitos contra las personas (Sename, 2020: 330). Las atenciones realizadas en centros de internación provisoria durante el 2020 ascendieron a 1.607. En cuanto a la distribución por sexo, el 91,4% de las atenciones correspondieron a prestaciones dirigidas a hombres y el restante 8,6% a prestaciones dirigidas a adolescentes y jóvenes mujeres (Sename, 2020: 321). Respecto a los delitos identificados, son relevantes los siguientes: delitos contra la propiedad, con 104 mujeres y 1.157 hombres (cifra que en su conjunto representa un 78,5% de ingresos al sistema, con un 6,5% del total para las mujeres); y los delitos contra las personas, con 14 mujeres y 154 hombres (cifra que en su conjunto representa un 10,5% de ingresos al sistema, con un 0,9% del total para las mujeres (Sename, 2020: 322).

Aspectos criminológicos

Tal como pudo apreciarse en el apartado referido a cifras relevantes, «la proporción de jóvenes mujeres que delinquen es menor que la de los hombres, 1 de 10. Este factor ha incidido en que en Chile se hayan desarrollado pocos estudios científicos que expliquen el comportamiento delictivo en la población adolescente femenina y que, además, la delincuencia juvenil femenina quede al margen de la discusión de las políticas públicas» (Reyes, 2014). Afirma Reyes que los resultados de su estudio:

al igual que en los estudios internacionales, [...] muestran que los factores que inciden en la conducta delictiva en nuestros jóvenes no se encuentran relacionados a su condición de pobreza sino a la presencia de familiares con antecedentes delictivos, familias afectadas por violencia intrafamiliar, siendo ellos víctimas de maltrato, padres y/o cuidadores con competencias parentales limitadas, presencias de grupos de pares con conducta delictiva y/o consumo de drogas o alcohol, y temprana deserción escolar. Estos factores de riesgo se expresan indistintamente del género. Si bien el número de niñas que se encuentran recluidas es menor que el de los varones, en esta población se ve claramente agudizada la presencia de los factores de riesgo. Los resultados no permiten establecer que las niñas son mayoritariamente víctimas de abuso sexual, pero [...], la ausencia de esta variable es atribuible a que este tipo de daño es mantenido en secreto por las víctimas, debiendo existir una relación cercana con el entrevistador para que expresen espontáneamente este hecho traumático (Reyes, 2014: 21 y 22).

Relevante e ilustrativa en este contexto resulta el trabajo de Cooper, de inicios de los 2000, que aborda una serie de aspectos referidos a la delincuencia femenina (de adultas y niñas) en Chile, poniendo de relieve que esta presenta «dos nichos etiológicos fundamentales. Uno de ellos es la pobreza y extrema pobreza, y el segundo es el machismo» (Cooper, 2002: 269). Respecto a la pobreza, Cooper destaca que ésta «ha generado paulatinamente la existencia de una economía alternativa [...] informal alternativa ilegal» (Cooper, 2002, 269), la que se incrementa cuando los índices de pobreza, extrema pobreza y desempleo suben, habitualmente asociados a crisis económicas mundiales, crisis económicas o políticas (Cooper, 2002, 269). Respecto al machismo, este generaría «todos los delitos asociados a los conflictos intrafamiliares, a la mujer golpeada y víctima de maltrato psicológico, el maltrato infantil, el abuso sexual, las violaciones e incestos, el abandono de menores, las lesiones, los parricidios, los infanticidios y homicidios, e incluso abortos» (Cooper, 2002, 269).

En cuanto a la delincuencia femenina urbana, observa que ha sufrido un proceso de modernización, lo que ha implicado un aumento estadístico significativo de los delitos contra la propiedad, en los que ya no participan simplemente como cómplices o encubridoras de ladrones varones (Cooper, 2002, 270). Destaca también que es empíricamente irrefutable que «los delitos contra la propiedad son cometidos principalmente por actoras jóvenes, que los delitos de tráfico son perpetrados preferentemente por actoras adulto-mayores y que los delitos contra las personas, la familia y la moral, no presentan intervalos etarios preferenciales, ya que toda mujer en un área ecológica relativamente tradicional se verá expuesta a los conflictos específicamente femeninos, tales como el conflicto intrafamiliar y la mujer golpeada, el maltrato infantil, embarazos no deseados, a violaciones, abusos deshonestos, etcétera» (Cooper, 2002, 271)

Por otra parte, las mujeres condenadas por delitos contra la propiedad «no solo son jóvenes sino que además poseen bajísimos niveles educacionales, en la medida que un 74% de ellas ha cursado como máximo octavo básico e incluyendo un 10% de analfabetas [...] Se trata en síntesis de mujeres pobres, jóvenes, con bajos niveles educacionales, que no pueden optar a otros trabajos remunerados, salvo el de empleadas domésticas (si encuentran empleo) o el de vendedoras ambulantes, prostitutas, etcétera» (Cooper, 2002, 271).

Género, infancia y derecho penal sustantivo

Introducción

Por sus particularidades, es pertinente referirse a algunos tipos penales en los que el enfoque de género aplicado a infancia puede resultar relevante. Ya vimos anteriormente que hay ciertos delitos que involucran especialmente a adolescentes mujeres, tales como el delito de aborto, delitos de drogas, delitos contra la propiedad y prostitución. A continuación revisaremos someramente algunos de estos delitos, sin que sea una lista taxativa de tipos penales relevantes en este ámbito, sino más bien ilustrativa de la importancia de aplicar perspectivas diferenciadas.

Aborto

Respecto al delito de aborto, es necesario tener en consideración la relevancia del derecho de las niñas y adolescentes a vivir libres de violencia y discriminación. En ese contexto, se ha sostenido que «las altas cifras de violencia sexual, y su incidencia en el embarazo infantil y adolescente y las maternidades forzadas, así como la ausencia de políticas que aborden de manera efectiva esta situación, se identificó como un área de amplia preocupación para el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará» (Comisión Interamericana de Mujeres, 2019). El Comité de Expertas elaboró el Informe Hemisférico sobre Violencia Sexual y Embarazo Infantil en los Estados parte de la Convención de Belém do Pará

Que busca proveer información sobre los vínculos entre la violencia sexual, el embarazo infantil y las múltiples violaciones de derechos humanos que estos implican, así como proporcionar recomendaciones integrales a los Estados parte orientadas a que mejoren la efectividad de las medidas adoptadas en el cumplimiento de la garantía del derecho de las niñas a vivir una vida libre de violencia. El informe aborda las principales consecuencias de la violencia sexual —el embarazo infantil, la mortalidad materna y los matrimonios o uniones forzados— y destaca en particular la gravedad de la mortalidad materna de niñas de 10 a 14 años (Comisión Interamericana de Mujeres, 2019: 6).

Las cifras existentes en Chile ratifican estas afirmaciones. De acuerdo con información de prensa, del total de mujeres imputadas por el

delito de aborto entre los años 2017 a 2021 (con la existencia del aborto en tres causales), un 10,6% son menores de 18 años, es decir, 39 de 366 mujeres.¹³ El mismo medio refiere que «las mujeres que están pasando por un aborto provocado son mujeres que vienen de sectores más vulnerables, más populares, quienes no tienen acceso a anticonceptivos y viven en ambientes violentos». Se aprecia, por tanto, adolescentes interceptadas por múltiples vulnerabilidades, no solo por ser adolescentes mujeres, sino por encontrarse embarazadas en un país que criminaliza la disposición sobre su propio cuerpo, en un contexto social vulnerable y expuestas a violencia. Aquello debe ser considerado al momento de legislar sobre el delito de aborto y aplicar sus normas.

Delitos de drogas

Como indica Reyes, el 17,4% de las adolescentes mujeres comenzaron a delinquir traficando drogas, mientras que ninguno de los varones entrevistados reporta esta conducta como inicio de su comportamiento infractor. Y, si bien, la conducta que finalmente las llevó a la privación de libertad consiste en su mayoría en robos con intimidación (65,2% mujeres), existe también una presencia importante de ingreso por delitos de droga en el caso de adolescentes mujeres (17% versus 0,9% en el caso de los varones) (Reyes, 2014: 8 y 9).

En suma, los delitos contra la propiedad son relevantes en adolescentes, mujeres y hombres, mientras que los delitos de drogas afectan especialmente a las adolescentes mujeres. En este contexto, resulta especialmente importante considerar la política de persecución criminal de ambos tipos de delitos, que en los últimos años ha estado especialmente en boga como enemigos principales en la «guerra contra la delincuencia».

Así, producto de dichas políticas de persecución, se ha observado un gran aumento en el encarcelamiento femenino en el ámbito adulto, que también podría estar afectando a adolescentes mujeres. Se observa que el encarcelamiento de ambos géneros se mantiene más o menos estable hasta el año 2005, fecha en que ambos comienzan a aumentar, llegando cinco años después a un aumento de 111,1% en el encarcelamiento femenino, mientras que el masculino solo alcanza un aumento del 64%.

13 Valentina Paredes, «Perseguidas por abortar: 366 mujeres han sido imputadas por aborto sin causales, 39 son menores de edad», El Mostrador, 09 de diciembre de 2021, disponible en <https://bit.ly/3E5TodJ>.

Este abrupto cambio puede explicarse en virtud de dos hitos importantes del derecho penal ocurridos en el año 2005: la reforma procesal penal comienza a regir en todo Chile y se promulga la Ley 20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Si bien podría pensarse que el aumento en el encarcelamiento se debe a una persecución penal más efectiva, lo cierto es que no ha afectado a hombres y mujeres por igual, pues el encarcelamiento femenino ha sido mayor que el masculino sostenidamente desde el 2007 en adelante, llegando a ser casi el doble en los años 2010 y 2011.¹⁴

Si bien los datos anteriores se refieren al mundo adulto, lo cierto es que los motivos que se encuentran detrás pueden extrapolarse a adolescentes mujeres, pues las razones por las que la persecución penal de los delitos de drogas no ha sido equitativa, afectan también a las jóvenes. En efecto, el hecho de que gran parte de las mujeres adultas y adolescentes privadas de libertad lo estén por delitos de drogas, no se debe a que cometan más delitos de este tipo que sus pares masculinos, sino, a que el narcotráfico es un negocio manejado por hombres, en que la mujer ocupa los puestos más bajos: ejercen como mulas, empaquetan y distribuyen pequeñas cantidades o venden droga en las esquinas de sus barrios. Estas conductas son justamente aquellas más sencillas de investigar, procesar y condenar y, dado que al encarcelar a las mujeres y adolescentes que las realizan las redes de narcotráfico se mantienen intactas, quedan a salvo sus líderes y fácilmente pueden sustituir a la mujer apresada con otras mujeres y adolescentes que también se ven altamente expuestas a ser procesadas. De esta manera, la «guerra contra las drogas» se ha convertido, más bien, en una guerra contra las mujeres.

Este es un fenómeno que afecta a toda Latinoamérica. En efecto, po-

¹⁴ Datos se obtienen a partir del Compendio estadístico penitenciario de Gendarmería de Chile. Específicamente, para los años 2000-2009 se utiliza el número de población promedio a nivel nacional en el sistema cerrado, de hombres y mujeres adultos. Para el periodo 2010-2012 se utiliza el número de población penal a nivel nacional, promedio diario que ya no distingue entre menores y adultos. Finalmente, para el periodo 2013-2017 se utiliza el número de promedio nacional de la población, promedio de los cierres de mes. Cabe señalar que, entre el año 2000 y 2011 Gendarmería calcula el promedio anual tomando como base la población de cada día del año, mientras que entre 2012 y 2017 lo calcula según el cierre de cada mes. En el caso del 2018 y 2019, dado que no existe una cifra oficial anual, la calculé promediando la cifra de «población penal vigente al cierre del mes» de la Estadística General Mensual, de Gendarmería de Chile de cada mes de 2018 y de enero a marzo del 2019.

blación carcelaria femenina total en América Latina ha aumentado en 51,6% entre el 2000 y el 2015, en comparación con un 20% para el caso de los hombres y en Argentina, Brasil, Costa Rica y Perú, más del 60% de la población carcelaria femenina está privada de libertad por delitos relacionados con drogas (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016: 8).

Todo lo anterior se suma al contexto específico de adolescentes mujeres. Así, es relevante considerar que la comisión de estos delitos se relaciona directamente con el propio consumo de las adolescentes. Así, el estudio realizado por Reyes muestra que el porcentaje de mujeres entrevistadas (privadas de libertad) que no ha consumido drogas y/o alcohol es solo de 8,6%, mientras que este porcentaje es menor en los hombres (4,4%). En esta línea, del total de mujeres que han consumido algún tipo de drogas y/o alcohol, 65,2% de ellas lo habría realizado antes de seis meses de su ingreso al centro de detención (Reyes, 2014: 10). Por otra parte, el estudio de Reyes indica que el 39% de las parejas de las mujeres son consumidores de drogas. Adicionalmente, debe considerarse que el motivo para delinquir señalado en el estudio indica que el 41,2% de las mujeres señalan que la segunda motivación para delinquir es la necesidad de consumo y/o drogas. Como señala ese mismo estudio, el ingreso al mundo delictual también se debe en gran parte a la deserción escolar, que en el caso de mujeres adolescentes es mayor que en los valores (87% versus 76,8%). Así, podríamos observar que la condena a adolescentes mujeres por delitos de droga responde en gran parte a su contexto de vulnerabilidad, en que el Estado y sus familias han fallado en asegurar su escolarización y prevención del consumo de drogas. Aquello debiera ser considerado en la legislación de estos delitos, así como en sus políticas de persecución y, sobre todo, al momento de aplicar las normas y establecer condenas.

Delitos contra la propiedad

En el contexto de los delitos contra la propiedad, resulta sumamente relevante considerar los motivos por los que se cometen estos delitos y cómo el contexto social de las adolescentes influye en la decisión de ocupar estos delitos para conseguir sus objetivos. Así, resulta importante recordar que el segundo motivo para delinquir es el consumo de drogas, de manera que quienes no se dedican al tráfico para conseguir aquello, prefieren delitos que puedan otorgarle dinero u especies que intercam-

biar por estupefacientes, ámbito en que los delitos contra la propiedad encajan perfectamente. Así, resulta lógico que las primeras conductas delictivas de adolescentes sean hurtos (47,8% mujeres y 52,7% hombres) y que el motivo de condena sea principalmente el robo con intimidación (65,2% mujeres y 50% hombres). Aquello se relaciona también íntimamente con el primer motivo para delinquir, que consiste en adquirir vestuario (39,1% mujeres y 38,4% hombres).

Para entender por qué los y las adolescentes se decantan por los delitos contra la propiedad para conseguir dichos objetivos, resulta útil conocer también su contexto. Así, observamos que el entorno familiar y amistoso de las adolescentes genera distintos puntos de contacto con el sistema criminal, probablemente normalizándolo. En este contexto, el estudio de Reyes indica que el 70% de las parejas de mujeres se encuentran recluidos en un centro penitenciario, además, 5 de cada 10 mujeres entrevistadas indica tener un grupo de pares que delinquen y el 69,6% indica tener un familiar con antecedentes penales (Reyes, 2014: 11 y 12). Así, no sorprende que las adolescentes escojan la vía delictual del tráfico de drogas y/o delitos contra la propiedad para conseguir sus objetivos.

Aquello debiera ser la base o parte importante de las consideraciones a la hora de confeccionar un plan de persecución penal de delitos contra la propiedad en el caso de adolescentes, sobre todo con objetivos de prevención, reforzando las políticas anticonsumo de drogas y el reforzamiento de la escolaridad en la adolescencia, considerando, también que se trata de adolescentes que pertenecen a un mundo en que la delincuencia se encuentra normalizada de manera que el derecho penal adolece de un déficit de autoridad política.¹⁵ Aquello debiera ser considerado también en la persecución penal y aplicación de los delitos contra la propiedad.

Género, infancia y proceso penal

La perspectiva de la Fiscalía

Desde el rol de la Fiscalía en el proceso penal, en tanto organismo encargado de dirigir de manera exclusiva la investigación penal y de pro-

¹⁵ Al respecto, recomendamos leer a Rocío Lorca (2021). «Extrema pobreza y poder penal», en Carolina Fernández Blanco y Esteban Pereira Fredes (editores) *Derecho y Pobreza*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

teger a víctimas y testigos, es posible mencionar que la institución ha recogido el enfoque de género en la Política de igualdad de género de la Fiscalía de Chile (2019) y en el Manual para la Investigación de Casos de Violencia Física y Psíquica por razones de Género (Fiscalía 2019). La política insta a fortalecer la investigación penal y el ejercicio de la acción penal en casos de violencia de género; así como contar con personal especializado y sensibilizado para la persecución penal; crear condiciones para el cumplimiento de los estándares internacionales relativos a las víctimas de violencia de género; y emplear perspectiva de género en la persecución penal en casos de mujeres víctimas o victimarias. También se insta por la protección y el apoyo a víctimas y testigos, transversalizando el enfoque de género cuando corresponda.

El manual, en tanto, establece cuatro pasos para guiar las actuaciones de Fiscales, funcionarias y funcionarios. En primer lugar, se insta a entender el concepto de género e identificar las relaciones desiguales de poder. En segundo lugar, reconocer la influencia de prejuicios y estereotipos de género. Cualquier decisión que se tome no puede estar influenciada por patrones socioculturales discriminatorios. Particularmente, se debe de cuidar la construcción de la hipótesis y/o las líneas de investigación a fin de que no se formulen con estereotipos de género o se funden en prejuicios. En tercer lugar, se considera el principio de igualdad y no discriminación. Se debe de identificar los contextos de discriminación para garantizar una mejor protección y el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Por lo tanto, se debe de visibilizar si la víctima es indígena, extranjera, tiene alguna discapacidad, etcétera. Y, en cuarto lugar, incorporar en el actuar estándares internacionales sobre derechos humanos y violencia de género.

De manera meramente ejemplar, es posible citar algunas actuaciones concretas sugeridas por la Fiscalía para incorporar el enfoque de género en su labor. Así, se sugiere que, tratándose de la violencia de género contra las personas por su identidad de género, orientación sexual, expresión de género o diversidad corporal, se examinen los motivos subyacentes de la violencia, y abrir líneas de investigación que permitan analizar si el delito se basó en ello, identificando las formas en que la víctima vive en la desigualdad o las asimetrías de poder en el contexto público o privado. Respecto a la recepción de denuncias, se sugiere favorecer la privacidad, seguridad, accesibilidad y comodidad de la denunciante, generar un clima de confianza y tranquilidad para la víctima, explicar en un

lenguaje claro y sencillo el objetivo de la toma de declaración y despejar las dudas antes de comenzar, evitar el uso de áreas públicas u oficinas con tránsito de otras personas que puedan oír la realización de la toma de declaración, garantizar la accesibilidad de personas con discapacidad o personas mayores, contar con el tiempo suficiente para la toma de declaración, no ejercer presiones y evitar interrupciones, evitar referirse a la persona en público como víctima de delito de violencia de género a fin de proteger su identidad, garantizar que la toma de declaración no sea en presencia de la persona agresora. Evitar que terceras personas puedan influir o intimidar a la víctima. Finalmente, no se deben emitir juicios de valor de ningún tipo sobre la verosimilitud de los hechos relatados, las actitudes o conductas anteriores o posteriores de la víctima ni sobre otros aspectos de su vida privada (su conducta sexual, la relación con sus hijas o hijos, el haber continuado la relación con la persona agresora, entre otras). En este ámbito, resulta relevante la implementación de la Ley 21.057 que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales.

Respecto a la investigación en general, se sugiere tener en cuenta las características particulares que presentan estos casos, como la frecuente inexistencia de testigos directos, las dificultades que experimentan las víctimas para denunciar y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Evitar valorar la declaración de la víctima en función de estereotipos basados en supuestas conductas «esperables» de parte de las víctimas en determinadas situaciones. También son relevantes las situaciones de vulnerabilidad o discriminación múltiple en las que pueda estar la víctima, o la posibilidad, conforme los antecedentes que se cuenten, de que la víctima se encuentre en la fase «de luna de miel» del ciclo de la violencia.

La perspectiva de la Defensoría Penal Pública

La Defensoría Penal Pública, en el Manual de Actuaciones Mínimas de Igualdad de Géneros (2018) establece una serie de actuaciones muy concretas que este organismo puede considerar. Solo como ejemplo es posible mencionar las siguientes: registrar información indispensable para el sustento de la teoría del caso; solicitar información sobre si la imputada ha sido víctima de violencia intrafamiliar, doméstica o de género; recabar datos que sustenten la condición de privación sociocultural y

económica de la imputada; dejar constancia si la imputada tiene signos evidentes y constatables de maltrato físico o psicológico, de síndrome de la mujer maltratada, Estocolmo doméstico, estrés postraumático o de adaptación paradójica a la violencia doméstica; obtener la autorización de la imputada y proveerse de la prueba necesaria si fuere posible detectar cualquier otro signo de alteración de su salud mental o signos o marcas que permitan construir una defensa de género; en la primera audiencia, considerar el estado emocional de la imputada; recomendarle a la imputada no aceptar en esta etapa procesal salidas alternativas, para buscar una mejor salida procesal para ella; instar por otro tipo de medidas cautelares, ya que el encarcelamiento produce un impacto diferenciado por motivos de género; hacer presente la gravedad que implica para la mujer el abandono del hogar común y la prohibición de acercarse al lugar donde viven sus hijos e instar a la no aplicación de dichas medidas cautelares personales.

En cuanto a la estrategia de defensa con perspectiva de género, se puede considerar contextualizar la situación de violencia sufrida por la imputada, para efectos de alegar alguna eximente; enfocar las pericias en aquellos aspectos de la vida de la imputada que dan cuenta de cuestiones de género que inciden en la ocurrencia de los hechos que se le imputan. Dar cuenta de las variables de género que pueden incidir en el actuar de la imputada y de la contextualización de estas. Tratar de construir el concepto de «mujer media», pues las construcciones dogmáticas sobre el «hombre medio» y «hombre responsable» pueden generar problemas de género. Contradecir alegaciones de los demás intervinientes, basadas en la asociación de características sexistas asociadas a la «naturaleza» de las personas. En casos de aborto, alegar la exclusión de los dichos del personal sanitario, atendidos los tratados internacionales de DD.HH. y la normativa nacional que impide al personal de salud interrogar a la mujer en estos casos. Considerar, al aplicarse la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, que su cumplimiento puede verse imposibilitado producto de la carga de tiempo que tienen las mujeres. En cuanto a condena a multas pecuniarias, alegar el menor acceso a recursos económicos de la mujer en comparación a los hombres y su calidad de jefa de familia monoparental y de escasos recursos. Ante el pago de una multa, argumentar, cuando no se pueda pagar, para que se utilice el mecanismo establecido en el artículo 49 inciso tercero del Código Penal. Dar información de acuerdo con la Resolución Exenta 1574

del Defensor Nacional, de 30 de junio de 2008, en lo relativo al conocimiento y amparo que debe dársele a la mujer embarazada o con hijos lactantes para hacer uso del derecho que le asiste por el artículo 19 del Reglamento de establecimientos penitenciarios y por los artículos 92 y ss. del Reglamento de la Ley 20.084. Argumentar que el trabajo no remunerado de la mujer cumple con aquellas normas que exigen el trabajo para acceder a ciertas instituciones jurídicas, como penas sustitutivas o beneficios intrapenitenciarios.

La perspectiva del Poder Judicial

En la medida en que las decisiones judiciales deben basarse en la realidad y no simplemente en el parecer o voluntad de quienes ejercen dicho rol (dejando de lado sistemas basados en la íntima convicción y transitando hacia sistemas que buscan alcanzar un estándar de certeza), es imprescindible comprender que la perspectiva de género, lejos de ser una ideología o un elemento que aporte parcialidad al rol judicial, es un elemento que permite conocer mejor esa realidad. En efecto, la perspectiva de género permite despojar el razonamiento de sesgos y estereotipos, que contaminan el pensamiento con información no confirmada o derechamente falsa. A mayor abundamiento, el problema con los sesgos y estereotipos es que pertenecen al pensamiento intuitivo. Este tipo de pensamiento acude a categorías para obtener información de lo que nos rodea, sin necesidad de volver a conocer esas características cada vez que nos enfrentamos a un objeto o persona que pertenece a esa etiqueta (por ejemplo, si alguien nos dice que el senecio es una planta, ya podemos saber que tiene ciertas características asociadas a la categoría «planta», sin necesidad de observar y estudiar específicamente un senecio). Esto es muy útil para la cotidianidad, pues nos libera de la carga mental de conocer todo desde cero. Sin embargo, el razonamiento judicial debe orientarse a descubrir la verdad, y acercarse a ella lo más posible. Así, estas categorías, sobre todo cuando pasan a ser estereotipos o sesgos, atentan contra este propósito.

Ello se explica por las siguientes razones. Primero, es clave entender que los estereotipos atribuyen ciertas características (positivas o negativas) a una o más personas, solo por pertenecer a determinado grupo. Estos enunciados pueden ser normativos o descriptivos, dependiendo de su objetivo: proporcionar información sobre las características de un

grupo y/o de uno de sus miembros (estereotipos descriptivos) o definir y constituir los roles que los miembros de un grupo deben asumir (estereotipos normativos) (Arena, 2019: 14). En segundo lugar, es relevante entender por qué ambos tipos de estereotipos nos alejan de la realidad. Así, los estereotipos descriptivos suelen carecer de sustento estadístico o, cuando lo tienen, este suele de ser de poca calidad, de manera que la generalización que sostienen es derechamente falsa o difícilmente verificable, base sobre la cual no puede descansar la aplicación de una norma. Por otro lado, los estereotipos normativos imponen a las personas ciertos roles y deberes, restringiendo sus opciones de vida, lo que atenta contra la libertad e identidad de las personas (Arena, 2019).

En este contexto, la perspectiva de género ayuda a despojar el razonamiento judicial de estereotipos y sesgos de género, evitando los efectos antes descritos. Además, no solo es una herramienta valiosa epistemológicamente, sino que también es consecuencia de los mandatos constitucionales e internacionales que protegen el principio de igualdad y no discriminación y el derecho de acceso a la justicia. Todo aquello, en el contexto de que el Estado chileno ha sido condenado internacionalmente por la utilización de estereotipos en el razonamiento judicial, en los casos *Atala Riffo y niñas versus Chile* y *Norín Catrímán y otros versus Chile*.¹⁶

El Poder Judicial chileno ha comprendido este aspecto, por lo que desde el año 2014 en adelante ha avanzado a promover la igualdad de género en el ejercicio de sus funciones. Así, el 2017 crea la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, institución que tiene dos objetivos: promover que los y las integrantes del Poder Judicial disfruten de trabajos igualitarios y libres de discriminación, e impulsar el desarrollo de políticas para garantizar la igualdad en el acceso a la justicia. Esta Secretaría impulsa en el 2018 una Política de Género y No Discriminación (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación del Poder Judicial de Chile, 2018), con diversos ejes, entre los que se encuentra el objetivo de promover la incorporación de perspectiva de género en la administración de justicia. En este contexto, surge el «Cuaderno de buenas prácticas para incorporar perspectiva de género en las sentencias» (Arbeláez de Tobón y Ruiz González, 2018).

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*, 24 febrero 2012 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norin Catriman y otros versus Chile*, 29 mayo 2014.

Este último instrumento ofrece un marco conceptual y un marco normativo sobre temas de género, para luego pasar a exponer una matriz de análisis, con la que se busca facilitar la tarea de juzgar con perspectiva de género, ofreciendo una serie de pasos con distintos puntos a analizar o lineamientos a seguir, desde el conocimiento del caso hasta el pronunciamiento de la sentencia.

Dicha matriz de análisis tiene varios pasos que resultan sumamente beneficiosos para niñas y adolescentes, que consisten en identificar las intersecciones entre diversas categorías de opresión o discriminación en los y las intervinientes, como podrían ser la minoría de edad y el género. Así, en la primera etapa, destinada a identificar el caso, hay un paso que consiste en «Identificar las partes o sujetos procesales, desde las “categorías sospechosas”» consistentes en grupos que han sido tradicionalmente discriminados (niños, niñas, adolescentes, mujeres, migrantes, etcétera). Luego, en la etapa de análisis y desarrollo del caso, la Matriz propone «Identificar las relaciones de poder en la situación bajo estudio» (que podrían darse, por ejemplo, entre niñas y personas adultas) y «Establecer si en el caso concurren dos o más discriminaciones (género, raza, sexo, etnia, edad, etcétera) por lo que se requiere el análisis de la interseccionalidad» (como ocurre en el caso de las niñas y adolescentes, discriminadas por su edad y su género).

Puede encontrarse además cierta consideración interseccional en la Política de Efectivización de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del Poder Judicial (Poder Judicial, 2020), de diciembre del 2020, que establece como uno de sus principios la igualdad y no discriminación. Ello, pues una de las dimensiones de este principio consiste en «evitar interpretaciones uniformadoras u homogéneas en torno a niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial, 2020: 34 y 35), lo que implicaría considerar otras características: diversidad cultural, social, económica, geográfica, diversidad sexual, etcétera. Si bien no se menciona explícitamente el género o la calidad de imputado o imputada, condenado o condenada, sí abre la puerta a una perspectiva interseccional.¹⁷ Dicha Política

17 Cabe mencionar también que la confección de dicha política consideró la opinión de niños, niñas y adolescentes recopilada mediante entrevistas a, entre otros grupos, adolescentes con sanción bajo la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente que se encuentren en centros cerrados y/o semicerrados. La selección de niños, niñas y adolescentes que participarían en dichas entrevistas se realizó resguardando la paridad de género.

contempla la creación de una Secretaría Técnica de Infancia y Adolescencia del Poder Judicial y de la figura de observador u observadora que monitoree la situación de los y las adolescentes en calabozos, sin embargo, en su descripción no se incluye referencia a la perspectiva de género o específicamente a las adolescentes mujeres imputadas o condenadas.

La perspectiva del Sename

Teniendo en consideración una serie de cifras estadísticas que dan cuenta de la situación de riesgo de niños, niñas y adolescentes LGBTIQ+, el año 2021 el Sename lanza la Política para el Abordaje de la Diversidad Sexual y de Género en Niños, Niñas y Adolescentes atendidos por Sename (2021), la que tiene como objetivo principal «promover una atención y protección pertinente, adecuada hacia la niñez y adolescencia diversa en su género, afectividad y sexualidad, que ingresa a la red Sename como sujeto de atención» (Sename, 2021: 22) y como objetivos específicos «entregar lineamientos adecuados para el reconocimiento y respeto de la orientación sexual, de la identidad y expresión de género de niños, niñas y adolescentes LGBTIQ+ atendidos por la red Sename» y «orientar respecto a medidas básicas de apoyo para intervención con niñas, niños y adolescentes LGBTIQ+» (Sename, 2021 22 y 23). En concreto, esto se traduce en no tolerar comportamientos discriminatorios, y en que se respete la identidad y expresión de género (Sename, 2021: 24 y 25). En cuanto a las orientaciones para la toma de medidas básicas, la política se refiere a apoyar al niño, niña o adolescente y su familia, capacitar a funcionarios y funcionarias, promover un enfoque de género y diversidad sexual, uso del nombre social, rectificación de la partida de nacimiento, entre otras (Sename, 2021: 26-31).

La Justicia Restaurativa en el Derecho Penal Juvenil

Como afirma Mera, uno de los elementos centrales que diferencian a la justicia restaurativa de la justicia penal tradicional está en que en lugar de considerar el conflicto penal como un asunto entre el Estado y el imputado para la imposición de una pena como consecuencia de la comisión de un delito, sitúa a las partes (víctima y ofensor) en el centro del proceso y fija como objetivos principales de la intervención al encuentro entre ellos y a la reparación del daño causado. El interés se ubica en responsabilizar de manera significativa al joven ofensor a través de un proceso que inclu-

ye el encuentro con el ofendido a fin de acordar una reparación, evitando así recurrir a la privación de libertad (Mera, 2018: 3).

La alternativa por la restauración supone así un cambio radical en la manera de comprender la dimensión que tiene el conflicto penal, trasladando el foco de la atención desde la expectativa de imponer un castigo a la de lograr un acuerdo entre víctima y agresor. Esto es muy relevante puesto que, si no se tiene en cuenta, las medidas o programas que se puedan incorporar en un ordenamiento determinado difícilmente podrán alcanzar los objetivos esperados.

Hay una serie de factores sociales que impulsan el surgimiento de la justicia restaurativa: los movimientos de defensas de los derechos de las víctimas y su demanda de inclusión en los procesos judiciales; una creciente conciencia acerca de la necesidad de delimitar el poder de intervención penal estatal; la introducción de enfoques comunitaristas que valoran la participación de la comunidad en la solución de los problemas que los aquejan; y las demandas que levantan pueblos nativos por el reconocimiento de sus particulares forma de hacer justicia.

Como antecedentes de las fórmulas actuales de la justicia restaurativa, existen experiencias innovadoras como la que se tienen lugar en Ontario, Canadá, en que un juez propuso que los jóvenes acusados de vandalismo arribaran a un acuerdo con los propietarios para resolver el problema, o como el de Nueva Zelanda, las propias policías impulsan conferencias familiares con ocasión de infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes.

La justicia restaurativa es la que busca aplicar un modelo reparador en los casos de comisión de delitos por menores de edad infractores. Mencionar la justicia restaurativa supone referirse, en primer término, a situaciones como la crisis del sistema penitenciario punitivo como esquema resocializador (Mir Puig, 2006). En efecto la crisis del sistema penitenciario, a causa de su ineffectividad como institución integradora del delincuente en la sociedad, ha traído consigo la polémica sobre la legitimidad de la pena privativa de libertad (Díaz, 209). En base a esta polémica nacen varias corrientes que buscan sustituir la pena privativa de libertad, para lo cual se utilizan nuevas expresiones que las justifiquen como víctima, reconciliación y responsabilización que se asocian con la justicia restaurativa, contraria a la justicia retributiva. De este modo, en la justicia restaurativa se considera al delito como un conflicto entre dos partes y entiende que se ha roto el equilibrio social al cometerse el

delito; por ende, con el fin de reestablecer el equilibrio se intenta reparar el delito, en lugar de reprimirlo, y reconciliar a las dos partes, en lugar de condenar (Capperlaere y otros, 2000).

En aplicación a la justicia restaurativa, al infractor se le da la oportunidad de reparar a la víctima, la cual incluye la cooperación en el tratamiento y eventual restricción de sus derechos, esto significa que se hace responsable por sus actos; y a la víctima se le propone ayuda y reparación mediante la conciliación (Cortés, 2007).

En el contexto de lo anotado anteriormente, se ha propuesto un modelo reparador dentro de la definición de justicia restaurativa en el tratamiento de la justicia juvenil, que considere estos aspectos: a) los motivos desencadenantes de la infracción o daño; b) la reducción de los índices de reincidencia mediante la responsabilización del menor; y c) la incorporación de los intereses de la víctima y la comunidad (Cortés, 2007).

En tanto proceso no punitivo, se vincula con la adopción de medidas no privativas de libertad y, por ende, amplía el elenco de alternativas para cumplir con el mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño de imponer las medidas privativas de libertad como opciones de último recurso.¹⁸

Un buen concepto de justicia restaurativa es el enunciado por Marshall, que la define como «un proceso por el cual todas las partes con un interés en un determinado delito se reúnen para resolver colectivamente la manera de hacer frente a las consecuencias de la ofensa y a sus implicancias para el futuro» (Marshall, 1996: 37).

Por su parte, la Observación General número 24 contiene un concepto de justicia restaurativa, al expresar que por tal se entiende:

todo proceso en que la víctima, el agresor y cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectado por un delito participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas de ese delito, a menudo con ayuda de un tercero justo e imparcial. Son ejemplos de procesos restaurativos la mediación, la celebración de conversaciones, la conciliación y las reuniones para decidir sentencias.¹⁹

¹⁸ Artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁹ Observación General número 24, Comité de los Derechos del Niño, 2019, párrafo 8.

De acuerdo con los Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia penal son considerados como programas de justicia restaurativa aquellos que usan procesos restaurativos y buscan alcanzar resultados restaurativos. A continuación, señala que un proceso restaurativo comprende «cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y cuando es adecuado cualquier otro individuo o miembros de la comunidad afectados por un crimen, participan en conjunto activamente en la resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencias»²⁰.

La Observación General número 24 refuerza la idea de recurrir a mecanismos de justicia restaurativa, al señalar:

existe una amplia experiencia en el uso y la aplicación de medidas no privativas de la libertad, incluidas medidas de justicia restaurativa. Los Estados partes deben aprovechar esa experiencia y desarrollar y aplicar dichas medidas adaptándolas a su cultura y tradición. Las medidas que constituyan trabajo forzoso, tortura o tratos inhumanos o degradantes deben estar prohibidas y penalizadas de manera explícita.²¹

Es posible identificar en la doctrina y las prácticas procesales a dos grandes formas de afrontar el desafío de alcanzar resultados restaurativos: el uso de procesos deliberativos y, en caso de no ser posible con ellos, recurrir a procesos de tipo coercitivo. Dentro de los mecanismos que optan por la deliberación se encuentra la mediación, las conferencias familiares, los círculos o reuniones restaurativas, entre otros.

Los procesos en los que tiene lugar la deliberación poseen mejores potencialidades para obtener los resultados restaurativos, en la medida que permiten la participación activa de los diversos actores involucrados en el delito. Por una parte hace posible que el ofensor pueda tomar conciencia del hecho y su gravedad, realice acciones efectivas para reparar el daño y se comprometa a seguir un programa que le permita una adecuada reintegración y evitar futuras infracciones. Por otro lado, el afectado por el delito es restituido en su condición de persona y repara-

²⁰ Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2012: 12).

²¹ Observación General número 24, Comité de los Derechos del Niño, 2019, párrafo 74.

do emocional y patrimonialmente por el daño sufrido. Adicionalmente, se reestablece la seguridad y confianza en la comunidad en que los derechos de las personas serán garantizados.

Los procesos deliberativos deben ser voluntarios. Son instancias directas que tienen lugar cara a cara, no adversariales, colaborativos, informales y desarrollados en un contexto seguro. Lo central es lograr un encuentro entre las partes, que puedan narrar su historia desde los hechos y la manera en que aprecian sus consecuencias, expresar sus sentimientos y emociones, describir una visión personal respecto del daño causado, encontrar formas de solucionarlo y, finalmente, alcanzar compromisos y acuerdos.

Junto a los procesos deliberativos, los sistemas de justicia penal pueden contemplar mecanismos restaurativos en los cuales predomine la coerción. En estas modalidades de solución de los conflictos puede ser relevante o no contar con la voluntariedad de las partes. Dentro de estas herramientas procesales es posible identificar a las salidas alternativas al proceso penal, o bien, decisiones judiciales que adoptan derechamente la forma de sanciones o penas. Quedan comprendidos en este amplio grupo de medidas restaurativas coercitivas la indemnización de los perjuicios causados con el delito, la restitución de determinados bienes, la realización de servicios en beneficio de la comunidad, etcétera.²²

La Ley 20.084, que establece en nuestro país un sistema de responsabilidad penal adolescente, contiene en su articulado algunas manifestaciones que se podrían enmarcar dentro de un concepto amplio de justicia restaurativa. Dentro del catálogo de sanciones aplicables, el artículo 6 en sus letras e) y f) contempla a la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reparación del daño causado, respectivamente. Por otra parte, el artículo 27 de la ley hace aplicables de forma supletoria la normativa del Código Procesal Penal, por lo que también rigen respecto de los y las adolescentes las salidas alternativas del párrafo 6 del Libro segundo, esto es, la suspensión condicional del

²² Esta forma de apreciar la justicia restaurativa no es unánime. Para algunos la aplicación de sanciones o de salidas alternativas, por tener lugar en un proceso propiamente judicial no podrían ser considerados dentro de los mecanismos que integran el concepto, otorgándole una visión restringida. Sin embargo, para efectos de este trabajo nos parece conveniente mencionarlas, ya que en el ordenamiento chileno se pueden apreciar soluciones restaurativas, tanto en el derecho procesal común como en la normativa de la Ley 20.084 sobre la justicia penal juvenil.

procedimiento y los acuerdos reparatorios. Dentro de las condiciones que se pueden imponer para la aprobación de la suspensión condicional del procedimiento se encuentra la de pagar una determinada suma a título de indemnización de perjuicios a favor de la víctima (artículo 238 letra e) que claramente tiene una naturaleza restaurativa. Los acuerdos reparatorios, en tanto, son indudablemente un mecanismo propio de la justicia restaurativa incorporado en la legislación procesal penal.

Una manifestación concreta de justicia restaurativa en nuestro país es la de los Tribunales de Tratamiento de Drogas. Estas instancias se establecen en Chile desde el año 2004 para adultos y desde 2008 para adolescentes. Desde el año 2021 se establecen convenios de participación intersectorial con participación del Ministerio de Justicia, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Servicio Nacional de Menores, Gendarmería de Chile, Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol y Fundación Paz Ciudadana, creándose una Unidad Coordinadora de Tribunales de Tratamiento de Drogas dependiente del Ministerio de Justicia. El año 2017 se inaugura de manera oficial en Santiago el Tribunal de Tratamiento de Drogas para Adolescentes, generándose un Protocolo de Acuerdo interinstitucional en relación con los programas (Vallejos y Rubio, 2021: 7).

En la actualidad, si bien el programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas es una alternativa a los mecanismos netamente punitivos, solo se incorpora al adolescente a un proceso de rehabilitación y de posible recuperación, lo que si bien puede tener impacto en su responsabilización acerca de la infracción cometida vinculado sobre todo al consumo de sustancias ilícitas, no se incorpora a la víctima en sus necesidades de reparación como parte integrante del proceso (Vallejos y Rubio, 2021: 7).

La Ley 21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, al referirse a la comprensión que se debe tener de la conducta infractora de la ley penal por parte de las y los adolescentes, declara consistente con tal postura a varias prácticas y, entre ellas, a la justicia restaurativa.

En su normativa, incorporó el párrafo 4 al título II de la Ley 20.084, titulado «De las salidas alternativas al procedimiento y de la mediación».

De forma consistente con ello, la Ley 21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil incorporó el nuevo artículo 35 bis a la Ley 20.084, en el cual aborda aspectos específicos relativos a la sus-

pensión condicional del procedimiento en materia de adolescentes, en los siguientes términos:

Artículo 35 bis. Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento procederá respecto de todo simple delito o falta, pudiendo decretarse por un plazo no inferior a seis ni superior a los doce meses. El tribunal podrá imponer una o más de entre las condiciones señaladas en el artículo 238 del Código Procesal Penal, a excepción de las dispuestas en las letras e), f) y h), pudiendo asimismo decretar la obligación de reparar a la víctima, prestar un servicio a la comunidad o de asistir a programas de entrenamiento cognitivo, terapia familiar, de intervención en violencia o abuso sexual u otro semejante. Deberá asimismo precisar la institución que se encargará de la ejecución, seguimiento y supervisión del cumplimiento de las condiciones impuestas y su periodicidad. Dicha institución podrá también solicitar la revocación en los términos del artículo 239 del Código Procesal Penal. Si en el procedimiento se hubiere evacuado el informe técnico de que trata el artículo 37 bis, su contenido deberá servir de base para la determinación de dichas condiciones. En caso contrario, el tribunal podrá así requerirlo, quedando en suspenso su aprobación por un periodo máximo de hasta 15 días. También se podrá imponer alguna de las medidas accesorias previstas en el artículo 9 de la Ley 20.066 en cuyo caso tendrá lugar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 23 de la presente ley.

En el caso de la mediación, como instrumento al servicio de la justicia restaurativa, un tercero imparcial facilita el diálogo entre la víctima y el ofensor, quienes: 1) hablan acerca de cómo el crimen lo afectó; 2) comparten información; 3) desarrollan por escrito un acuerdo de restitución mutuamente satisfactorio; y 4) desarrollan un plan de seguimiento (McCold, 2013: 11). La mediación restaurativa incluye la mediación comunitaria, programas de reconciliación víctima-ofensor y mediación víctima-ofensor. La nueva Ley 21.527 incorpora esta última, que en el contexto anglosajón se ha identificado con la sigla VOM (*Victim-Offender Mediation*) y se orienta sobre todo al diálogo, enfatizando menos la reconciliación y más la sanación de la víctima, la responsabilidad del infractor y la restauración de las pérdidas. Este modelo VOM se extendió en los Estados Unidos a mediados de la década de 1980. En Gran Bretaña, destacan las experiencias de VOM realizadas en Coventry y Leeds, de 1985 (McCold, 2013: 16).

Los artículos de la Ley 20.084 que se refieren expresamente con la mediación en materia en adolescentes son los siguientes:

Artículo 35 ter. Mediación. Todo proceso en que fuere procedente la suspensión condicional del procedimiento o el principio de oportunidad podrá ser derivado a mediación. La derivación la realizará el fiscal si no hubiere formalización. En caso contrario la ordenará el Juez a petición de las partes.²³ La mediación exitosa, con acuerdo cumplido por parte del imputado, dará lugar al archivo definitivo²⁴ o al sobreseimiento,²⁵ según sea el caso, sin perjuicio de los acuerdos alcanzados respecto a los efectos civiles del delito. No procederá la mediación si se hubiere declarado el cierre de la investigación ni tratándose de procesos referidos a delitos dolosos contra la vida; delitos contra la libertad ambulatoria; delitos contra la libertad sexual cometidos contra personas menores de edad y respecto de los delitos y faltas tipificados en la Ley 20.000, a excepción de los previstos en los artículos 4 y 50. Tampoco procederá en procesos por delitos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar, a menos que se dé estricto cumplimiento a lo previsto en el inciso siguiente. El Ministerio de Justicia, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública establecerán conjuntamente un protocolo estructurado de condiciones personales y procesales bajo las que se estima procedente la derivación. Se establecerán asimismo exigencias particulares y de carácter excepcional para la derivación de los hechos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar. En todo caso deberá darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 2 de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

Artículo 35 quáter. Intervinientes. En el proceso de mediación participarán la víctima y el imputado, personalmente. Su intervención será, en cualquier caso, voluntaria. Tratándose de delitos contra intereses colectivos o de carácter general, podrá ocupar el lugar de la víctima un representante de una entidad u organismo público o privado sin fines

²³ La formalización de la investigación es un acto de garantía por el cual el fiscal, titular público de la acción penal, le comunica al imputado los hechos por los cuales lo investiga, por lo que llama la atención que sea un criterio para la iniciativa en promover el proceso de mediación.

²⁴ El archivo definitivo es una figura jurídica que no existe actualmente en el Código Procesal Penal y no hay alguna figura similar con la que pueda relacionarse.

²⁵ Se debiera entender que se refiere al sobreseimiento definitivo, regulado en el artículo 250 del Código Procesal Penal, que tiene aplicación en el procedimiento aplicable a los adolescentes.

de lucro que represente el interés de la colectividad. En caso de controversia, resolverá el tribunal.²⁶

Artículo 35 quinquies. Efectos de la mediación frustrada. Si la mediación se frustrare por una causa que no fuere atribuible al imputado el mediador dejará constancia de ello, pudiendo servir el acta respectiva, si se llegare a imponer una condena, para atenuar la responsabilidad penal.²⁷. Asimismo, según cual fuere su contenido, podrá también servir como antecedente en las audiencias de sustitución y revocación de condena²⁸. Fuera de los casos mencionados en el inciso precedente, todo proceso de mediación, frustrada o exitosa, y todos los antecedentes referidos a aquel, se regirán por lo dispuesto en el artículo 335 del Código Procesal Penal.

Artículo 35 sexties. Programa de mediación. A los efectos de lo dispuesto en el presente párrafo, el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil dispondrá de un programa especial de mediación penal, integrado por mediadores públicos o contratados de conformidad a la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y su Reglamento. Los mediadores deberán encontrarse acreditados en un Registro de Mediadores Penales. El procedimiento, requisitos de ingreso y permanencia, supervisión y sanción, así como también las causales de eliminación del Registro, se establecerán a través de un Reglamento. El programa de mediación penal deberá también ofrecer un mecanismo que permita a las partes acceder a la información necesaria para resolver su intervención en el programa de mediación. El programa se encargará además de la supervisión del cumplimiento de los acuerdos alcanzados y de las certificaciones que correspondan. La mediación de que trata este párrafo será siempre gratuita para las partes. Toda persona que cumpla funciones como mediador deberá informar periódicamente al Ministerio Público o al Tribunal, según corresponda, sobre el desarrollo del proceso técnico de la mediación, sin que dicha periodicidad pueda exceder de los 3 meses.

²⁶ No queda claro si la entidad sustituye a la víctima, la representa o si se permite la comparecencia conjunta.

²⁷ Debiese ser considerada como una atenuante vinculada con la colaboración, lo que en todo caso, no queda tan claro que vaya a operar de ese modo.

²⁸ Parece claro que la intención sería considerar el trámite de la mediación en favor de los intereses procesales del imputado.

Capítulo 3

La Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente

Aspectos generales

El sistema de justicia penal de adolescentes en Chile se estructura sobre la base de las disposiciones contenidas en la Ley 20.084, aprobada el 7 de diciembre del año 2005. La regulación nacional sobre la materia había sido objeto de profundas críticas por la doctrina nacional y a través de observaciones formales del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que denunciaban el desajuste entre la legislación de menores vigente y las obligaciones adquiridas por Chile al momento de ratificar instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Esta situación afectaba gravemente los derechos de los niños y adolescentes imputados por infracciones a la ley penal, quienes estaban sometidos al modelo del discernimiento, un modelo condicional de imputabilidad, caracterizado por la discrecionalidad judicial para apreciar la concurrencia de los elementos subjetivos relativos a la capacidad de culpabilidad (Cillero, 2006).

El proceso de adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien no fue la única razón para modificar al sistema penal y tutelar de los menores de edad, si fue el factor predominante, tanto en el proceso prelegislativo, como en el proceso propiamente parlamentario de elaboración de la nueva legislación (Berríos, 2011).

Es igualmente una razón de peso para considerar como aspecto central de la génesis de la Ley 20.084 el proceso de ajuste de las leyes nacionales a la Convención, el carácter constitucional que poseen los derechos de los niños desde el momento en que se encuentran asegurados en un tratado internacional de derechos humanos. Eso significa que el Estado queda sujeto a la obligación de modificar sustancialmente todas las leyes nacionales que sean incompatibles con las normas de la Convención, como ocurre con la Ley de Menores y el Código Penal, con respecto al

tratamiento jurídico de las infracciones penales cometidas por personas menores de dieciocho años de edad (Berríos, 2011).

Las razones que significaron la crisis del sistema tutelar en un Estado de derecho y los principios y normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, determina que el sistema de justicia penal de adolescentes tenga que cumplir con tres importantes objetivos, que en alguna medida entran en tensión permanente:

- Proteger los intereses individuales y sociales más importantes, por su vinculación con los derechos humanos de las personas, esto es, bienes jurídicos, previniendo que los delitos atentan en contra de esos intereses, por medio de las sanciones y salidas procesales adecuadas para ello; en este sentido se trata de reducir y controlar la violencia social y entre las personas;
- Limitar la intervención penal en contra de los adolescentes, por medio de las garantías derivadas de sus propios derechos humanos; estas se orientan a limitar la violencia de la respuesta estatal, para mantenerlas dentro de los límites legítimos del ejercicio del *ius puniendi*;
- Las respuestas penales en relación a los adolescentes deben orientarse y limitarse por la protección y aseguramiento del desarrollo de los adolescentes, tanto en su aspecto individual como social. Este cometido se deriva directamente de reconocer que los adolescentes son sujetos de una protección reforzada por el derecho internacional y nacional.

La vigencia de un derecho penal mínimo para adolescentes, a su vez, debe contar con algunas características que hagan posible la reducción en el ejercicio del poder estatal respecto de los menores de edad. Para ello, se debe efectuar una distinción, entre los casos que pueden y deben ser objeto de una estrategia penalizadora y los que demandan alguna intervención penal estatal, si bien dentro de este segundo grupo será necesario hacer futuras distinciones. Así, el modelo de política criminal de adolescentes tiene que contener lo siguiente:

- Priorizar las alternativas al proceso y a la sanción, para evitar los efectos resocializadores, remitir el asunto, cuando sea necesario, a instancias que pueden elaborarlo en forma desjudicializada, esto en consonancia con lo que prescribe el artículo 40.3 letra b) de

la Convención sobre los Derechos del Niño,¹ sin el empleo de los instrumentos procesales-penales y penales, ya sea a través de soluciones reparatorias para la víctima, ya mediante la remisión del adolescente a las instancias de apoyo social (y terapéutico, si corresponde) normales, para promover su inserción social, lo que debe intentarse sobre todo a través del principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del procedimiento.

- En forma subsidiaria, responder penalmente en casos de delitos más graves, en los cuales la víctima no acepte la reparación, preferentemente por medio de sanciones (y medidas cautelares) no privativas de libertad, en función del artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño² y, solo como último recurso, mediante sanciones privativas de libertad, sujetas a revisión y sustitución, cuando su efecto desocializador así lo haga necesario, o a término anticipado, cuando su prolongación ya no sea necesaria para los objetivos tenidos en cuenta al imponerla (Couso, 2008).

La configuración de un nuevo modelo de justicia penal juvenil bajo el alero de la Convención sobre los Derechos del Niño y que en el caso de nuestro país debiese quedar reflejado en la ley de justicia penal juvenil, debe considerar garantías especiales para los adolescentes como expresión de su derecho a una respuesta penal especial, distinta de los adultos, frente a las infracciones penales que cometan. Estos derechos en particular debiesen ser: 1) una respuesta cualitativamente diferente a la que se les aplica a los adultos a partir de infracciones equivalentes; 2) una respuesta cualitativamente menos aflictiva o gravosa en relación

1 Artículo 40.3: Los Estados parte tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declara culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

2 Art. 40.4. Se dispondrán de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

con la que rige para los infractores adultos; 3) especiales garantías durante la ejecución de las sanciones; y, 4) fijar una edad por debajo de la cual no se impondrá sanción alguna (Couso, 2008).

En un sentido similar y con el objetivo de establecer las bases de un modelo jurídico de responsabilidad para los adolescentes, Cillero identifica en la Convención sobre los Derechos del Niño las proposiciones que permiten, a su juicio, organizar el sistema de justicia penal juvenil de una manera adecuada a las obligaciones previstas por aquella. Así, es posible identificar ocho elementos bien distintivos para la configuración de un nuevo sistema de justicia penal en nuestro país: 1) la consideración del niño como sujeto de derechos y con responsabilidad progresiva; 2) la atribución de responsabilidad por su participación en un hecho punible; 3) el principio de legalidad penal; 4) la aplicación del principio de oportunidad y de fórmulas de remisión del procedimiento como regla general; 5) la aplicación intensiva de las garantías penales y procesales; 6) la dignidad personal, la integración social y la responsabilidad como principios fundamentales de las consecuencias jurídicas aplicables; 7) el reconocimiento de la naturaleza restrictiva de derechos de las sanciones; y, 8) la regulación estricta del uso, duración y condiciones de la privación de libertad (Berríos, 2011: 168).

A pesar de la coincidencia que existe en los objetivos que debe plantearse un sistema penal de adolescentes a partir de la regulación contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, existe un acuerdo transversal según el cual la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en su redacción original del año 2005, no representa fielmente con las obligaciones que impone la Convención. En efecto, la ley no logra consolidar un sistema de reemplazo adecuado a la normativa internacional sobre derechos humanos. Por el contrario, su rigor punitivo, su defectuoso sistema de determinación de sanciones y la debilidad de su especialidad, tanto sustantiva como procesal y en la fase de ejecución de las sanciones, hacen temer que ella pueda ser fuente de nuevas vulneraciones de derechos (Cillero, 2006: 195). En gran medida, esta situación tiene lugar porque al comparar la ley aprobada con el proyecto enviado por el Presidente, se constata que las modificaciones introducidas durante la tramitación parlamentaria fueron inspiradas, principalmente, por argumentos relativos a necesidades de prevención del delito y atendiendo al convencimiento de algunos legisladores de que el rigor punitivo y la mayor simetría entre el Derecho penal de adultos y el de adolescentes,

tendrían como resultado la disminución de la delincuencia juvenil (Cillero, 2006: 190).

A continuación nos referiremos a la génesis de la ley de responsabilidad penal adolescente y a sus aspectos centrales, para luego destinar los siguientes apartados de esta unidad a los aspectos sustantivos y procesales de la Ley 20.084 y a las sanciones que contempla su regulación.

Como ya se ha hecho referencia con anterioridad, a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño, las políticas públicas venideras se tienen que orientar principalmente a la reforma de las leyes civiles y penales, con el objeto de adecuar la desalineada legislación nacional con las normas de la Convención. Esto es reconocido así por el propio Mensaje del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, al afirmar que

[el] Gobierno se ha impuesto, como un importante desafío, la completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia, de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos vigentes en Chile (Mensaje número 68-347) (De Ferrari, 2006: 114).

Con la presentación del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Adolescente sobresalía la necesidad de derogar el sistema de protección de la infancia-adolescencia que regía desde hacía más de 60 años plasmado en leyes de menores, para sustituirlo por otro que sí protegiera integralmente los derechos de los niños, a partir de estos mismos derechos. En el antiguo modelo, los niños y adolescentes que se encontraban en situación de riesgo social o moral o que hubiesen delinquido eran tratados como si fueran parte de un todo homogéneo, disponiendo el juez de menores para cada caso de medidas restrictivas de sus derechos de poca delimitación normativa, como la internación en establecimientos especiales de tránsito y rehabilitación, de manera informal y laxa, con escasas instancias para su revisión judicial. Estas prácticas que encaraban a los niños y las niñas como objetos de un conjunto de deberes de tutela y enmienda era conocida como tutelarismo, una forma de intervención estatal paternalista que con el fin de controlar y hacer el bien, disponía con total discrecionalidad del estado de los menores de edad prescindiendo de sus derechos y su autonomía como sujetos de dere-

chos (De Ferrari, 2006: 115). Es por ello que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente constituye una reforma necesaria, cuya mayor virtud es derogar el sistema anterior, caracterizado por el discernimiento y los procesos judiciales informales, dotándolos de garantías (Cillero, 2006: 195).

A partir de la entrada en vigencia de la ley de responsabilidad penal adolescente, el circuito de los artículos 1, 6 y 21 establece el sistema básico de responsabilidad juvenil chileno; todo delito cometido por un adolescente será objeto de persecución penal, basada en la pena prevista en la legislación para el delito respectivo, pero limitando su alcance y estableciendo consecuencias jurídicas especiales para el responsable.

La Ley se estructura en cinco Títulos, iniciados por uno Preliminar —«Disposiciones generales»— y concluidos por un Título Final, además, contiene tres artículos transitorios.

El apartado «Disposiciones generales» está formado por cinco artículos y constituye una especie de parte general de la Ley. Señala el ámbito de aplicación de la ley (artículo 1 inciso primero), la franja etaria de responsabilidad penal (artículo 3), los derechos del adolescente que las autoridades deben tener en consideración (artículo 2), las conductas excluidas del sistema penal de adolescentes (artículo 1 inciso tercero y artículo 4) y las reglas especiales sobre la prescripción de la acción y de la pena (artículo 5).

El título primero trata sobre las consecuencias jurídicas de las infracciones a la ley penal. Se regulan las sanciones no privativas de libertad y privativas de libertad, la sanción accesoria, las sanciones mixtas y el régimen de determinación de sanciones. El título segundo trata sobre el procedimiento para la averiguación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal (artículo 27). El título tercero regula la ejecución de las sanciones y medidas. Por último, el Título final contiene diversas materias, algunas relativas al cumplimiento de la mayoría de edad (artículo 56) o la restricción de libertad de menores de catorce años (artículo 58), y contiene artículos que modifican distintos cuerpos legales, tales como el Código Penal, la Ley de Menores y la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, entre otros.

Dentro de las modificaciones que introdujo la Ley 20.084, es relevante destacar las que realizó el artículo 68 a las Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, del año 2004, ya que incorporó a dicha ley el régimen de tramitación de las faltas, que son excluidas del nuevo sistema penal de

adolescentes, el que quedó alojado en el artículo 8 número 10 bis y en el nuevo párrafo 4, artículos 102 letra a) a 102 letra m), entregando su conocimiento a los tribunales de familia quienes deberán atenerse para su conocimiento y fallo a las reglas previstas en dicha ley especial (De Ferrari, 2006: 148).

Para la revisión de las normas contenidas en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente seguiremos el siguiente esquema: aludiremos, en primer lugar, a las reglas sustantivas; en segundo lugar, a los aspectos procesales del régimen penal aplicable a los adolescentes; en tercer lugar, al régimen de sanciones contempladas en la ley; y, finalmente, al estatuto propio de la ejecución de las sanciones que se imponen a los adolescentes.

El artículo 1 inciso primero contiene una regla general en relación con el contenido de la ley, al señalar que regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y su forma de ejecución.

Disposiciones sustantivas de la Ley 20.084

Por normas sustantivas hacemos referencia a las disposiciones generales de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, contenidas en los artículos 1 a 5.

En lo vinculado propiamente con los aspectos sustantivos, el artículo 1 inciso segundo de la ley dispone que en lo no previsto por la Ley serán aplicables las normas contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales, lo que hace aplicable a los adolescentes todo el estatuto normativo propio de los adultos. Lo anterior, se debe confrontar con el sistema de responsabilidad especial para adolescentes que instaura la Ley 20.084. Según el mismo Mensaje de la Ley, esta se basa en una «responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo», que fundamenta el establecimiento de un «sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento y durante el control de la ejecución de la sanción». Entre los principios especiales de la Convención sobre los Derechos del Niño que sirven de base para sustentar el principio de especialidad en el derecho penal sustantivo, se cuentan la excepcionalidad del recurso a la privación de libertad —como último recurso y por el tiempo más breve que proceda— frente a sus efectos perjudiciales; la adecuación general de la reacción penal a la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos (tanto su culpabilidad como —en ciertos casos— el

injusto penal; y la orientación especial de las sanciones y medidas a su reintegración con una función constructiva en la sociedad, es decir, a la prevención especial positiva (Couso, 2012: 268 y 269).

Sobre esto mismo, Hernández plantea que el nuevo régimen jurídico penal que instala la Ley 20.084 no solo debe abordar la alteración de los marcos penales abstractos estableciendo límites máximos y la previsión de un abanico de posibilidades punitivas como alternativa frente a las sanciones tradicionales, sino que también debe alcanzar al conjunto de los presupuestos de la responsabilidad penal y, al mismo tiempo, de las causas de exención de la misma, es decir, la teoría del delito del derecho penal de adolescentes (Hernández, 2007: 198).

El texto aprobado de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente considera que sus destinatarios cometen delitos igual que los adultos, pero modifica la reacción penal en los términos que ya se han señalado. La ley no modificó los criterios relativos a la tentativa y a la punibilidad del encubrimiento, que venían del proyecto de ley del año 2002. El texto gubernamental, apartándose del Anteproyecto de ley de 1998 volvió a considerar al encubrimiento como una forma de participación típica que constituye infracción juvenil. Por su parte, la Cámara de Diputados modificó el criterio del *iter criminis* propuesto por el Ejecutivo para las infracciones graves, extendiendo la ilicitud de la tentativa de estas, es decir, la criminalizaba (De Ferrari, 2006: 150).

Constituye, sin embargo, un gran avance en el tratamiento de las infracciones penales de los adolescentes el adecuarlas al principio de legalidad de los delitos haciendo referencia a los tipos penales contenidos en el Código penal, ya que se deroga la facultad judicial de aplicar medidas de contenido penal por la sola concurrencia de presupuestos abiertos como la irregularidad social o desajustes conductuales, que estaban establecidas en la legislación anterior. Con esto se logra la equiparación de garantías de los adolescentes a las establecidas para los adultos. No obstante, durante el largo periodo de estudio del proyecto de ley se hicieron propuestas y se redactaron anteproyectos que reducían el arco de conductas típicas punibles para los adolescentes. Esto es, se pretendió realizar un proceso de descriminalización primaria, de modo que el derecho penal de adolescentes solo comprendiera conductas tipificadas para los adultos, pero no todas ellas. Resultaba muy relevante dejar fuera del sistema penal para adolescentes a las faltas, criterio que finalmente el legislador siguió solo parcialmente, manteniendo algunas en el sistema de

responsabilidad penal de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, mientras que la sanción de las restantes quedó entregada a los Juzgados de Familia (Cillero, 2006:192).

En efecto, el artículo 1 inciso final de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente hace referencia a las faltas penales, regulando que

Tratándose de faltas, solo serán responsables en conformidad con la presente Ley los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, solo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la Ley 20.000. En los demás casos se estará a lo dispuesto en la Ley 19.968.

Si bien es punible para los y las adolescentes, queda excluida la procedencia de la detención en las falta del artículo 494 número 1 del Código Penal.

Las faltas que son punibles para los adolescentes, de acuerdo a la norma transcrita, son coincidentes con los delitos-falta constitutivos de faltas que habilitan para detener, que están previstos en el artículo 134 inciso tercero del Código Procesal Penal.³

El artículo 3 de la Ley 20.084 establece la edad de la responsabilidad penal de los adolescentes, disponiendo que «La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes».

Constituye la innovación más importante contenida en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que en consonancia con la modificación al Código Penal que extiende la exención de responsabilidad penal de adultos para todas las personas menores de dieciocho años, poniendo término al sistema de responsabilidad penal condicionada al discernimiento entre los dieciséis y dieciocho años.

Al fijar el límite superior mediante un criterio cronológico, la Ley otorga una mayor seguridad jurídica y, en consecuencia, garantiza una mayor igualdad de todos los adolescentes. Con ello, al excluir a todas las personas menores de dieciocho años del régimen penal de adultos cum-

³ «El imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494 número. 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233, 494 bis, 495 número 21, y 496, número 3, 5 y 26».

ple con las exigencias contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás tratados internacionales sobre la materia.

Igualmente relevante resulta el establecimiento legal —en catorce años— del límite inferior de responsabilidad penal especial, que viene a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este límite constituye una genuina y positiva novedad en el sistema jurídico nacional, pues impide, al menos en el plano normativo, la extensión del sistema punitivo formal por debajo de los catorce años. Sin embargo, preocupa que la propia Ley abra la posibilidad de aplicar, en sede de Tribunales de Familia, medidas de protección que, de no limitarse adecuadamente, podrían devenir en la aplicación de sanciones penales informales para las personas menores de catorce años, a los que la Ley califica como niños (Cillero, 2006: 191).

El inciso segundo del artículo 3 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente aclara que «En el caso que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rijan para los imputados mayores de edad».

Respecto del factor etario y la comisión de conductas constitutivas de delito, la ley N° 21.527 que creó el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil incorporó el artículo 25 ter a la Ley 20.084, que regula el curso de infracciones de la siguiente forma:

Artículo 25 ter. Concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos. Si un mismo proceso se debiera imponer condena por delitos cometidos siendo menor y mayor de dieciocho años de edad se impondrá exclusivamente la pena aplicable a estos últimos. Se exceptúa el caso en que fuere más grave el delito cometido siendo menor de edad, en cuyo caso la pena aplicable a las diversas infracciones se impondrá de conformidad a las reglas previstas en el presente título. A los efectos de este artículo y del siguiente se considerará más grave el delito o conjunto de ellos que tuviere asignada mayor pena de conformidad con las reglas generales. No obstante, el tribunal también podrá calificar su mayor gravedad teniendo en cuenta la naturaleza y extensión o cuantía de la sanción comparativa aplicable en uno y otro caso. Lo dispuesto en el inciso primero también se aplicará si la ejecución del delito se iniciare antes del cumplimiento de la mayoría de edad y terminare luego que esta se hubiere alcanzado.

El artículo 4 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, por su parte, contiene una disposición relativa a los delitos sexuales cometidos por adolescentes. Su tenor es el siguiente:

Artículo 4. Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.

La iniciativa para la incorporación de esta norma corresponde al Ejecutivo en la tramitación del proyecto, agregándolo en el curso de su discusión. No constituía originalmente un artículo, sino un inciso tercero del entonces artículo 6. A pesar del debate generado en el Congreso, su redacción definitiva recoge casi en plenitud su redacción original.⁴

Finalmente, el artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente establece reglas particulares sobre la prescripción de la acción penal y de la pena para la persecución penal seguida en contra de los adolescentes, que es de cinco años para hechos constitutivos de crímenes, dos años para los simples delitos y seis meses para las faltas.

La ley N° 21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley 20.082, dispone:

Agréganse en el artículo 5 los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos: No obstante, tratándose de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141 inciso final; 142 inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 letra b) y 150 letra e), ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433 número 1, en relación con la violación; todos del Código Penal, cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad, el plazo de

⁴ Para los detalles de la discusión parlamentaria en relación con este artículo, se puede consultar el texto de Carrasco, «Los delitos sexuales como objeto de regulación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (el artículo 4° y sus problemas)», disponible en <https://bit.ly/3DKJsoB>.

prescripción de la acción penal será de cinco años tratándose de simples delitos y de diez años tratándose de crímenes. En dichos casos, se suspende el cómputo del plazo hasta que la víctima cumpla dieciocho años. La prescripción de la acción penal se suspende si se hubiere derivado el conflicto a una instancia de mediación y mientras ésta dure.

Normas procesales contenidas en la Ley 20.084

En este apartado se expondrá el panorama que presenta la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en relación con los aspectos procesales, incluyendo las modificaciones introducidas por la ley N° 21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley 20.082

Las normas procesales se encuentran contenidas en el Título II de la Ley 20.084, artículos 27 a 41, que fuera objeto de modificaciones por la ley N° 21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.

En relación con las reglas de procedimiento aplicables a los adolescentes, el artículo 27 de la Ley 20.084 establece que la investigación, el juzgamiento y la ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes se deben someter a las disposiciones de la Ley 20.084 y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal. Es importante destacar que el reenvío a la normativa de adultos en el ámbito procesal es más restrictivo que el realizado por el artículo 1 en el ámbito sustantivo, ya que solo remite al Código Procesal Penal como norma supletoria, y no a normas procesales contenidas en leyes especiales. En materia sustantiva, en cambio, la remisión es expresamente al Código Penal y a las leyes penales especiales.

La aplicación supletoria de las normas procedimentales previstas en el Código Procesal Penal para los adultos permite sostener que no existe un juzgamiento plenamente especializado tratándose de adolescentes. Ello conlleva a que se produzcan conflictos entre ambos estatutos normativos, el de adultos y de adolescentes. Un ejemplo de ello es la aplicación a adolescentes de la norma del artículo 149 del Código Procesal Penal, incorporado por la Ley 20.931, relativa a la apelación verbal de la resolución que niega lugar o que revoca la medida cautelar de prisión preventiva, de acuerdo con el cual se mantiene la privación de libertad hasta que no sea resuelto por la Corte de Apelaciones el recurso de apelación interpuesto por el ministerio Público o el querellante.

El inciso segundo del artículo 27 fue modificado por la nueva Ley 21.527, eliminando la posibilidad de que causas penales contra adolescentes se tramiten de acuerdo al procedimiento monitorio. Ello se explica porque el procedimiento monitorio reduce considerablemente la posibilidad de defenderse, puesto que la notificación de la multa hace las veces de una condena, exigiéndose que el imputado sea quien reclame de dicha resolución.

Sobre este punto, el Mensaje de la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil lo explica de la siguiente manera:

La gestión del requerimiento escrito en ilícitos de menor entidad suele carecer de la formalidad y ritualidad que caracteriza al proceso. De ahí que sea escaso el número de casos donde el sistema detenta incidencias en el adolescente sino hasta la instancia de condena, con elevadas cifras de ausentismo. La comparecencia es por ello considerada indispensable para dar cuenta de los objetivos previstos en esta especial forma de intervención, optimizando asimismo, en términos prácticos, la posibilidad de que se ocupen las salidas alternativas y derechos procesales en general.

En definitiva, la reforma apunta a eliminar el procedimiento monitorio dado que no asegura, y más bien descarta, una participación expedita de los y las adolescentes ante el tribunal, ya que por regla general se tramita y resuelve sin que exista una audiencia judicial.

La ley N° 21.527 también agregó un inciso tercero al artículo 27 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en los siguientes términos:

El procedimiento abreviado procederá conforme a las reglas generales, a menos que la pena solicitada sea el internamiento en régimen cerrado con programa de reinserción social con una duración superior a los tres años. También podrá solicitarse una sanción mixta en la medida que se ajuste al plazo antes señalado.

La renuncia a ser juzgado en un juicio oral y a autoincriminarse, en el marco de un procedimiento abreviado, ha abierto un gran debate existiendo interpretaciones dispares.⁵

⁵ Reconociendo esta situación el pleno de la Corte Suprema ha solicitado al legislador dicte una norma legal que resuelva el punto. Véase Corte Suprema, AD-6001-2009 del 21 de octubre de 2009.

Esta norma viene a solucionar una importante duda interpretativa existente con anterioridad a la reforma, ya que por la propia naturaleza del procedimiento abreviado que requiere la aceptación de hechos y antecedentes de investigación por imputado, lo que debe hacer con pleno conocimiento de que renuncia a un juicio oral, existían buenas razones para postular que tal procedimiento no era procedente respecto de adolescentes. La modificación legal reconoce su procedencia, pero con un límite máximo de pena de tres años de privación de libertad, es decir, un umbral superior de pena más bajo que el aplicable a adultos, con un máximo de cinco o diez años dependiendo el delito de que se trate (Artículo 406 del Código Procesal Penal).

Atendido que la Ley desde ahora consagra expresamente la posibilidad de que adolescentes puedan renunciar al juicio oral y someterse a un procedimiento como el abreviado, la nueva ley 21.527 incorpora una novedosa regla de consentimiento informado, en el artículo 27 bis:

Artículo 27 bis. Consentimiento informado. Siempre que el consentimiento del adolescente sea condición para acceder a un determinado procedimiento, suspenderlo o ponerle término, o que se requiera para efectos de la aplicación de la cooperación eficaz contemplada en el artículo 36 bis de esta ley, el Juez deberá cerciorarse, antes de resolver, de que ha conversado con el defensor privadamente; y que ha sido adecuadamente informado de sus derechos y de las implicancias procesales que conllevan dichas decisiones. Tratándose del procedimiento abreviado verificará en particular si comprende que renuncia al juicio oral y que podría ser condenado o absuelto. En dichas actuaciones el Juez deberá usar un lenguaje comprensible acorde a la madurez y desarrollo del adolescente.

En lo relativo al concurso de procedimientos, que tendrá lugar cuando a una persona se le imputa una infracción sancionada por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y otra cometida siendo mayor de edad, el inciso primero del artículo 28 establece que en ese caso la investigación y el juzgamiento se rige por el Código Procesal Penal aplicable a los mayores de edad. Sin embargo, ello no tendrá lugar cuando el caso más grave fuera el cometido siendo menor de edad, caso en el cual se aplica el estatuto correspondiente a adolescentes (nuevo artículo 28 inciso segundo de la Ley 20.084).

El actual inciso tercero del artículo 28 de la Ley 20.084 dispone que,

si en un mismo procedimiento penal se investiga la participación de personas mayores y menores de edad, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 185 del Código Procesal Penal. Es decir, por su parte, la fiscalía está autorizado por la ley procesal penal para investigar conjuntamente dos o más delitos, lo que no le impide que luego separe las investigaciones. Por otra, la defensa podrá pedir que cuando dos o más fiscales se encuentren investigando los mismos hechos, la jueza o el juez disponga que sea uno quien continúe con la investigación de tales hechos. En lo que respecta a las acusaciones que formule el ministerio público, se procederá a la acusación conjunta de todos los delitos y responsabilidades, debiendo darse estricto cumplimiento a las normas aplicables a adolescentes ante el Juzgado o tribunal que conozca de la materia, y solo se podrán dictar autos de apertura distintos si de incluir los distintos hechos en una sola acusación pudiere provocar dificultades en el juicio oral o en el derecho a defensa.

En materia de medidas cautelares, las normas se encuentran contenidas en el párrafo 3 del Título II de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, y destaca el artículo 31 del siguiente tenor:

Artículo 31. Detención en caso de flagrancia. Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente solo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3 del Título V del Libro I del Código Procesal Penal. Si se diere lugar a la ampliación del plazo de la detención conforme al artículo 132 de dicho Código, esta solo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la presente ley. La detención de una persona visiblemente menor en un establecimiento distinto de los señalados en el inciso anterior constituirá una infracción funcionaria grave y será sancionada con la medida disciplinaria que proceda de acuerdo al mérito de los antecedentes, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pueda haber incurrido el infractor.

En la ejecución de la detención e internación provisoria que sea decretada deberá darse cumplimiento a lo previsto en los artículos 17 de la Ley 16.618 y 37, letra c), de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. El menor privado de libertad siempre podrá ejercer los derechos consagrados en los artículos 93 y 94 del Código Procesal Penal y 37 y 40 de esa Convención. Los encargados de dichos centros no podrán aceptar el ingreso de menores sino en virtud de órdenes impartidas por el juez de garantía competente. Si el hecho imputado al menor fuere alguno de aquellos señalados en el artículo 124 del Código Procesal Penal, Carabineros de Chile se limitará a citar al menor a la presencia del fiscal y lo dejará en libertad, previo señalamiento de domicilio en la forma prevista por el artículo 26 del mismo Código.

Como se puede apreciar, la renuncia al derecho de todo imputado a no auto incriminarse en el caso de los y las adolescentes presenta sus particularidades en el artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, con un estándar más elevado que en adultos, puesto que la declaración de un o una adolescente como medio de defensa debe ser prestada siempre ante el fiscal y en presencia de su defensor (quedando vedada la opción que pueda ser ante la policía, como es la regla procesal penal general). La obligación que la Ley impone a que se encuentre presente el abogado defensor refuerza en este punto el derecho a defensa. Cualquier actuación del joven en etapas tempranas del procedimiento requiere de la presencia de su abogado, porque dichas actuaciones pueden eventualmente derivar en una auto incriminación.

La privación de libertad de una persona durante el transcurso del proceso constituye sin duda una de las afectaciones más significativas de sus derechos, y es aún más sensible tratándose de niños, niñas y jóvenes, ya que se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor y por tanto, las restricciones para imponer una medida de encierro deben ser mayores que tratándose de personas adultas.

Respecto a la procedencia de la internación provisoria, la definición básica debiese estar constituida por su excepcionalidad, aspecto que en nuestra legislación penal juvenil no se encuentra establecido de manera expresa, pero sí se encuentra en el artículo 139 del Código Procesal Penal a propósito de la legislación aplicable a adultos.

Si bien la Ley 20.084 no declara la excepcionalidad de la privación de libertad, en su artículo 32 se limita de manera importante el ámbito

de la aplicación de la internación provisoria, por lo que es una evidente manifestación del principio de excepcionalidad, al establecer que:

La internación provisoria en un centro cerrado solo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales.

La ley N° 21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil incorpora un nuevo inciso segundo al artículo 32 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, el cual constituye una regla de control adicional a las establecidas en el Código Procesal Penal, que rige para la internación provisoria pero también para las medidas cautelares que adolescentes deban cumplir en el medio libre. La norma es: «Se deberá levantar el informe técnico de que trata el artículo 37 bis respecto de todo imputado que permaneciere más de quince días sujeto a internación provisoria o bajo sujeción a la vigilancia de una autoridad».

Respecto de dicho informe técnico, la ley establece lo siguiente:

Artículo 37 bis. Informe técnico. El Ministerio Público o la Defensa podrán solicitar, por escrito o verbalmente, la emisión de un informe técnico en cualquier etapa del procedimiento, a ser evacuado por el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Dicho informe deberá referirse a los criterios señalados en los incisos segundo y tercero del artículo 24 y a las pertinencias de las condiciones de que trata el artículo 35 bis debiendo regirse por lo dispuesto en el artículo 335 del Código Procesal Penal, pudiendo ser utilizado, en exclusiva, en las siguientes actuaciones judiciales: a) En aquellas en que se discuta una medida cautelar, si es invocado por la defensa, y, en aquello que sea citado por dicha parte. B) En aquellas en que se aprueban las condiciones de una suspensión condicional del procedimiento. c) En aquellas destinadas a la determinación de la pena, una vez evacuado el veredicto condenatorio. En los casos de que tratan las letras a. y b. del inciso precedente el juez que hubiere intervenido en la respectiva audiencia quedará inhabilitado para resolver en el futuro sobre la absolución o condena del imputado. La infracción de la obligación de reserva se sancionará conforme a las reglas generales, produciendo además la nulidad de todas las actuaciones en la que se produjere, incluyendo el juicio oral, en su caso.

La resolución que aprobare la expedición del informe señalado en este artículo deberá señalar el plazo máximo en que este debe ser evacuado, el cual no podrá superar los quince días. En casos calificados, el tribunal, en la misma resolución, podrá fundadamente disponer de un plazo de hasta veinte días. Con todo, en ningún caso, el juez podrá establecer un plazo inferior a los ocho días. La resolución de que trata este artículo no será susceptible de recurso alguno. El tribunal, deberá notificar al Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil dicha resolución inmediatamente por la vía más expedita posible. El incumplimiento del plazo señalado en el inciso quinto será considerado una falta grave y dará lugar a las sanciones administrativas procedentes. Este apercibimiento deberá constar expresamente en la resolución de que tratan los incisos precedentes.

Lo importante de este nuevo artículo 37 bis tiene que ver con la necesidad que surge de producir información especializada sobre el niño que es objeto de persecución penal que le permita al sistema hacer un ejercicio de individualización adecuado de la respuesta al caso concreto. Se trata de información para determinar la consecuencia y no la responsabilidad.

La ley 21.527 también agregó nuevos artículos a continuación del artículo 32, los cuales disponen:

Artículo 32 bis. Sujeción a la vigilancia. Las instituciones encargadas de ejecutar la medida cautelar de sujeción a la vigilancia prevista en la letra b) del artículo 155 del Código Procesal Penal, cuando procediere, deberán supervisar el cumplimiento de las obligaciones que impone el proceso mediante acciones de control, monitoreo y orientación. Deberán asimismo coordinar la atención de las necesidades sociales, psicológicas, educativas, de salud y de orientación judicial del adolescente imputado mediante acciones de derivación asistida. Finalmente, deberán también informar al tribunal sobre el curso y desarrollo de la medida con la periodicidad que éste determine.

Artículo 32 ter. Cautelares previstas en leyes especiales. Las medidas accesorias previstas en el artículo 6 podrán ser impuestas como cautelares conforme a las reglas generales, debiendo en cualquier caso tener lugar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 25 bis de la presente Ley. Asimismo, la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones también se podrá imponer como me-

didá cautelar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional.⁶

Sumado a lo anterior, el original artículo 33 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente contiene una norma de proporcionalidad de las medidas cautelares,⁷ la cual limita su aplicación, indicando que «En ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena».

La ley N° 21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil incorporó dos incisos nuevos al artículo 33, del siguiente tenor:

El tiempo que el imputado cumpliera en internación provisoria deberá ser abonado íntegramente en caso que fuere condenado a alguna de las penas previstas en las letras a) a d) del artículo 6, a razón de un día de cumplimiento por cada día de internamiento, arresto o vigilancia, indistintamente. Igualmente, el tiempo que el imputado cumpliera bajo arresto domiciliario o sujeto a la vigilancia de una institución deberá ser abonado íntegramente tratándose de las penas previstas en las letras b) a d) del artículo 6.⁸ En caso que la pena a cumplir fuere inferior al mínimo previsto en la Ley para la pena de que se trate, la extensión efectiva que se deberá cumplir se ajustará a dicho límite.⁹

Si bien se encuentran establecidas las restricciones para el encierro cautelar de adolescentes, no se ha producido a nivel jurisprudencial una doctrina clara de los tribunales superiores que convierta a la in-

6 Esta norma se encuentra en consonancia con la del artículo 9 de la Ley 20.066, la que hace extensibles las medidas indicadas en ese artículo a la posibilidad de imponerlas como medidas cautelares durante el curso del procedimiento.

7 Esta norma se encuentra en consonancia con la del artículo 9° de la Ley N° 20.066, la que hace extensibles las medidas indicadas en ese artículo a la posibilidad de imponerlas como medidas cautelares durante el curso del

8 procedimiento.

Propone limitar la posibilidad de imputar los días en cumplimiento de la medida cautelar de arresto domiciliario del artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal a las sanciones de adolescentes de las letras b) a d) del artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente excluyendo, por tanto, a la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

9 Esta norma parece referirse a una forma de determinar la pena adolescente más que decir relación con las medidas cautelares.

ternación provisoria en una medida excepcional y de último recurso.¹⁰

Dentro de las normas que regulan el procedimiento aplicable en materia de adolescentes, el artículo 35 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente se refiere al principio de oportunidad. Esta disposición hace aplicable al proceso penal juvenil la misma facultad que disponen los fiscales tratándose del sistema de adultos (artículo 170 del Código Procesal Penal). Es decir, le permite no iniciar o poner término a la persecución penal cuando se trate de hechos que no comprometan gravemente el interés público, en la medida que no sean delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o que la pena establecida en la ley para los mismos supere en su mínimo al presidio o reclusión menor en su grado mínimo.

En consecuencia, se trata de una facultad que no constituye una novedad en nuestra legislación ya que está prevista hace años en la normativa procesal penal de adultos. Ahora bien, posee dos particularidades, la primera, que el fiscal tendrá especial atención respecto a las implicancias futuras que podría tener el proceso sobre el adolescente, y segundo, que se amplía el margen de aplicación respecto del mismo principio aplicado a adultos.

Respecto a la duración o extensión temporal de la internación provisoria, lo que se señala es que debe existir una restricción no solo respecto de la aplicación de esta medida, sino también respecto de la extensión temporal en la que esta se aplica, de manera que se imponga por un lapso de tiempo «lo más breve posible».¹¹

Una revisión de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente da cuenta de que no existe una regulación especial acerca de este punto. La única norma que establece una revisión de oficio es la del inciso segundo del artículo 145 del Código Procesal Penal. En la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente no existe como se ha dicho una regulación expresa, sino más bien una referencia de carácter general a partir de la regulación de plazos más breves de la tramitación del procedimiento en el artículo 38 de la misma Ley al disponer que «Transcurrido el plazo

¹⁰ Véase los fallos en causa rol 203-2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de febrero de 2009; rol 203-2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de febrero de 2009; rol 399-2009 de la Corte de Apelaciones de San Miguel; rol 3191-2007 de la Corte Suprema de 27 de junio de 2007, entre otros que menciona el autor.

¹¹ Véase Comité de Derechos del Niño, Observación General número 10 (2007), párrafo 8o.

máximo de seis meses desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal procederá a cerrarla, a menos que el juez le hubiere fijado un plazo inferior. Antes de cumplirse cualquiera de estos plazos, el fiscal podrá solicitar, fundadamente, su ampliación por un máximo de dos meses».

En esta misma línea se encuentra el artículo 39, al disponer que el juicio oral, en su caso, deberá tener lugar no antes de los quince días ni después de los treinta días siguientes a la notificación del auto de apertura del juicio oral. Además, en ningún caso el juicio podrá suspenderse o interrumpirse por un término superior a 72 horas.

Respecto a las condiciones que se deben cumplir para que se lleve a cabo el cumplimiento de la internación provisoria, se encuentran vinculadas distintas garantías, siendo la manifestación más evidente, la separación entre adultos y jóvenes sometidos a la medida cautelar.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente consagra esta garantía con bastante fuerza, en su artículo 48, que reconoce el principio de separación, en virtud del cual «Las personas que se encontraren privadas de libertad por la aplicación de alguna de las sanciones o medidas previstas en esta ley, sea en forma transitoria o permanente, en un lugar determinado o en tránsito, deberán permanecer siempre separadas de los adultos privados de libertad». No parece existir discrepancia en sostener que esta norma constituye uno de los imperativos centrales contenidos en la legislación penal de adolescentes.

La nueva ley 21.527 incorporó reglas que se refieren a la fase de cumplimiento de la medida cautelar de internación provisoria, en los artículos 44 bis y 48 bis, que señalan lo siguiente:

Artículo 44 bis. Régimen en internación provisoria. La internación provisoria se ejecutará en términos compatibles con la presunción de inocencia de la que goza el adolescente imputado. Lo dispuesto en el inciso precedente en caso alguno será considerado un obstáculo para la organización de un régimen cotidiano de actividades que favorezcan el desarrollo de hábitos que posibiliten una convivencia respetuosa de los derechos de los demás; la atención en problemas de salud, la participación en actividades educativas, de nivelación o reforzamiento escolar, deportivas o de apresto laboral y el contacto permanente con la familia. Se deberán considerar, además, acciones que orienten o preparen al adolescente para el cumplimiento de las obligaciones que les impone el proceso y su preparación para el egreso, cuando corresponda. [...]

Artículo 48 bis. Toda persona que se encontrare cumpliendo una condena en aplicación de la presente Ley o que estuviere sujeta a internación provisoria tiene derecho a la atención efectiva en materias de salud, incluyendo salud mental y programas asociados al tratamiento de adicciones y al acceso a un régimen de educación formal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley número 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 20.370. Este último, en el caso de las condenas de internamiento en régimen cerrado con programa de reinserción social, deberá fundarse en un programa que tenga en cuenta las especiales condiciones bajo las que se desarrolla el proceso de educación formal, teniendo en especial consideración la recuperación de las trayectorias educativas interrumpidas. Corresponde al Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil adoptar las medidas necesarias para coordinar una adecuada, completa y oportuna cobertura de dichas prestaciones por parte de los órganos sectoriales competentes. Corresponde asimismo a los órganos competentes la provisión y pertinencia de dichas prestaciones.

En relación con la extensión temporal del procedimiento, existen exigencias más estrictas tratándose de adolescentes, lo que se fundamenta en el impacto negativo que la prolongación en el tiempo de un proceso penal produce en los derechos de las personas imputadas y en la legitimidad misma del sistema de justicia penal.

Por otra parte, el derecho a la información directa y sin demora de los cargos es el elemento sobre el cual se construye el derecho a la defensa, siendo indispensable una comunicación temprana de la imputación penal que se le dirige a una persona y, en el caso de jóvenes sometidos al proceso penal, esta comunicación debe realizarse en términos adecuados, de tal manera que sean comprensibles de acuerdo con su desarrollo y madurez.

La legislación procesal penal especializada en adolescentes no contiene regulación especial sobre el derecho a la información, por lo que se debe recurrir a las normas de aplicación general contenidas en los artículos 93, 131, 132 y 230 del Código Procesal Penal. Se ha querido ver una norma especial para adolescentes en el artículo 31 de la Ley, que hace referencia a que el adolescente al ser detenido debe ser llevado ante el juez lo antes posible y en un período que no exceda las 24 horas.

Duce señala que se aprecia como práctica en los tribunales que los

jueces se comuniquen directamente con el o la joven, para estar seguros del entendimiento por parte de este de los cargos.¹²

El derecho a ser oído en forma directa también es un elemento central del derecho de defensa establecido en favor de los jóvenes que sufren una imputación penal, que consiste en el derecho a ser escuchado por las diversas autoridades y en las distintas etapas de tramitación de los procesos penales. Sobre este punto, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla exigencias fuertes respecto a la participación de los niños en el proceso, enfatizando la posibilidad que intervengan en forma directa dando su opinión respecto a las decisiones que los puedan afectar, lo cual supone como mínimo contar con información que permita a los jóvenes expresar sus puntos de vista.¹³

Respecto al derecho a la asistencia apropiada, es posible señalar que en legislaciones comparadas se hace referencia a la defensa letrada, desde etapas muy tempranas del procedimiento y de carácter permanente.

Pese a que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente no cuenta con una norma específica sobre la materia, tanto del artículo 31 de la ley como de las normas generales previstas en el Código Procesal Penal, es posible sostener que los y las adolescentes deben contar con un defensor desde etapas iniciales y hasta las etapas de ejecución de la sanción, defensor que además debe ser especializado.¹⁴ En nuestro medio, la Defensoría Penal Pública ha creado a partir del año 2006 una unidad especializada en la defensa de jóvenes infractores de la ley penal.

Otra manifestación de este derecho se encuentra en el artículo 36 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente la cual hace referencia a la notificación que debe hacerse a los padres del adolescente infractor, lo que tiene por función promover el derecho a una defensa adecuada.

En relación con la cesura o división del debate y el establecimiento

¹² Véase por ejemplo audiencias RIT 28-2009; 53-2009; 81-2009; y, 83-2009, todas del 14.º Juzgado de Garantía de Santiago realizadas el día 5 de enero de 2009. En materia de suspensión condicional del procedimiento véase como ejemplos audiencias: RIT 209-2009 del 9.º Juzgado de Garantía de Santiago de 8 de enero de 2009; RIT 492-2009 del 4.º Juzgado de Garantía de Santiago de 13 de enero de 2009; RIT 303-2009 del 13.º Juzgado de Garantía de Santiago de 13 de enero de 2009; y, RIT 496-2009 del 15 de enero de 2009. En Duce (2010).

¹³ Véase Comité de Derechos del Niño, Observación General número 12 «El Derecho del Niño a Ser Escuchado», Julio de 2009.

¹⁴ Antecedentes generales sobre esta unidad pueden verse en Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2008 (2009: 55-67.)

de una fase procesal especial para determinar las consecuencias de la infracción juvenil, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente asumió la solución procesal conocida como la cesura o división del debate de juicio en dos partes distintas, una exclusivamente destinada a la discusión de la responsabilidad y otra a la determinación de consecuencias. En efecto, el artículo 40 de la Ley 20.084 regula la materia, estableciendo la obligatoriedad de la audiencia de determinación de pena en caso de condena, y agregando que en ella el tribunal podría requerir la opinión de peritos. Con ello, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente sigue la regla que rige (desde el año 2005) en el artículo 343 del Código Procesal Penal para adultos.

Capítulo 4

Sistema de sanciones, determinación y ejecución en la Ley 20.084

Régimen de sanciones contemplado en la Ley 20.084

El sistema de sanciones que contempla la Ley 20.084 como respuesta penal a las conductas de los adolescentes que transgreden las leyes penales se encuentra regulado en el Título I de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, bajo la denominación de «Consecuencias de la declaración de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley Penal», que contiene cinco párrafos y recorre desde el artículo 6 al 26.

Tomando en consideración las modificaciones introducidas por la ley N° 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, el actual artículo 6 de la Ley consagra las siguientes sanciones aplicables a los adolescentes:

Artículo 6. Sanciones. En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley solo se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes: a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; b) Libertad asistida especial con reclusión parcial; c) Libertad asistida especial; d) Libertad asistida simple; e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad; f) Reparación del daño causado, y h) Amonestación. Penas accesorias: a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados; b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias; c) Las medidas accesorias previstas en el artículo 9 de la Ley 20.066 que establece la ley de violencia intrafamiliar; d) La prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones prevista en la letra b) del artículo 16 de la Ley 19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, aplicándose lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de dicha disposición.

Los cambios que han sido incorporados al artículo 6 en relación con la normativa anterior, se pueden enumerar así:

1. Se sustituyó la sanción de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social por la de libertad asistida especial con reclusión parcial. Al respecto, en el Mensaje de la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio se señala que:

La ejecución de la pena de internamiento en régimen semicerrado ha provocado el mayor número de críticas. En lo relevante se puede destacar el que dicha sanción se ejecuta prácticamente como un régimen de reclusión nocturna, sin que sea posible advertir procesos de intervención reales que vayan más allá de los efectos del encierro. Ello explica que se trate de la sanción que ofrece los mayores resultados de incumplimiento y la mayor ratio de reincidencia. Sobre esa base se propone sustituir su contenido centrando sus efectos en la ejecución de un programa de libertad asistida de carácter intensivo (especial) que se acompañe de un régimen de internación nocturna. Se altera con ello el eje central de su ejecución que pasa a basarse en un contenido que goza de una evaluación del todo opuesta y que por ello ofrece los mejores resultados en los indicadores reseñados.¹

2. Se eliminó la sanción de multa, prevista en la letra g) del artículo 6. Esta modificación no estaba en el Proyecto original y fue incorporada durante el primer trámite constitucional de la iniciativa en el Congreso.

3. Se incorporaron las letras c) y d) como penas accesorias, que comprenden, respectivamente, a las medidas del artículo 9 de la Ley 20.066 de violencia intrafamiliar y a la letra b) del artículo 16 de la Ley de violencia en los estadios 19.327, que consiste en la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a las inmediaciones en que éste se realice.

La existencia de una diversidad de sanciones aplicables a adolescente que infringen la ley penal que se aprecia en la Ley 20.084 cumple con el mandato de la Convención de Derechos del Niño que en el artículo 40.4 en orden a disponer de diversas medidas, «tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad

¹ Proyecto de Ley, iniciado en mensaje de la presidenta de la República, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica, Mensaje 16.365, Boletín número 11.174-07, página 12.

vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción».

La distinta naturaleza de las sanciones contenidas en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente reafirma la fisonomía que debe tener un derecho penal mínimo para los adolescentes, en cuanto a que subsidiariamente, para los menores de edad que cometan un delito se deben contemplar sanciones no privativas de libertad y, solo como último recurso, mediante sanciones privativas de libertad, sujetas a revisión y sustitución (Couso, 2008: 9).

Otra modificación importante que introdujo la nueva ley 21.527 fue la eliminación de la sanción accesoria contenida en el artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, relativa a la obligación de someter al adolescente a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol. El fundamento expresado en el Mensaje de la ley 21.527, para esta propuesta es que:

Carece de sentido considerar el tratamiento de adicciones como una sanción si se cuenta con dicho recurso como parte de la intervención, en la generalidad de los casos. Por otro lado, los resultados de vincular la procedencia de estas intervenciones a la constatación de una patología específica (y no solo a la sintomatología) expresada en la ejecución del delito no ha dado los resultados esperados, pues no tiene en cuenta el efecto general que produce, en cuanto factor de riesgo, ni los efectos de la propia intervención, especialmente cuando se trata de la privación de libertad.

A la luz de los cambios incorporados por la nueva ley 21.527, las sanciones consideradas en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente para adolescentes se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Sanciones no privativas de libertad: amonestación, reparación del daño, servicios en beneficio de la comunidad, prohibición de conducir vehículos motorizados, libertad asistida simple y libertad asistida especial.
- Sanciones privativas de libertad: libertad asistida especial con reclusión parcial e internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

La sanción de libertad asistida simple tiene esa denominación tras la aprobación de la nueva Ley 21527, ya que anteriormente se llamaba solo libertad asistida.

A continuación, revisaremos las sanciones que contempla la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente de acuerdo con la regulación contenida en los artículos 8 a 19 Ley 20.084, explicando las modificaciones que fueron introducidas, en cada caso, por la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil.

Amonestación

Contemplada en el artículo 8 de la Ley, en los siguientes términos:

Artículo 8. Amonestación. La amonestación consiste en la repreensión enérgica al adolescente hecha por el juez, en forma oral, clara y directa, en un acto único, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, tanto para la víctima como para el propio adolescente, instándole a cambiar de comportamiento y formulándole recomendaciones para el futuro. La aplicación de esta sanción, en todo caso, requerirá una previa declaración del adolescente asumiendo su responsabilidad en la infracción cometida. Los padres o guardadores del adolescente serán notificados de la imposición de la sanción, en caso de no encontrarse presentes en la audiencia”.

La nueva ley 21.527 incorporó una regla para limitar a una sola ocasión la posibilidad de aplicar de esta sanción, intercalando un nuevo inciso tercero al artículo 8, pasando el actual inciso tercero a ser el cuarto, del siguiente tenor:

En caso alguno se podrá imponer una amonestación en más de dos ocasiones a un mismo adolescente. Lo dispuesto en el presente inciso no tendrá lugar si ha transcurrido un tiempo prolongado desde la última infracción o si la naturaleza del delito hiciere razonable imponer nuevamente esta misma sanción.

Como se puede apreciar, la regla de limitación tiene dos excepciones que quedan confiadas a la discrecionalidad del tribunal: el transcurso de un tiempo prolongado desde la última infracción y la naturaleza del delito que hiciere razonable la misma sanción.

Para justificar el cambio propuesto, el Mensaje de la Ley 21.527 indi-

caba que «Se ha tenido en cuenta el bajo efecto disuasivo que ofrecen las condenas [...] de amonestación, opciones que pasan a constituir alternativas casi exclusivas en ilícitos de menor gravedad que, por diversas condiciones, arriban a la instancia de condena. De esta forma, a fin de potenciar su propio efecto disuasivo y el que demanda el sistema, se ha propuesto limitar su imposición, en cuanto se constata que carece de efectos de dicha naturaleza».²

Reparación del daño

La reparación del daño se mantiene como sanción principal, regulada en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente de la siguiente forma:

Artículo 10. Reparación del daño. La reparación del daño consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor. En este último caso, la imposición de la sanción requerirá de la aceptación previa del condenado y de la víctima. El cumplimiento de la sanción no obstará a que la víctima persiga la responsabilidad contemplada en el artículo 2.320 del Código Civil, pero solo en aquello en que la reparación sea declarada como insuficiente.

Prestación de servicios en beneficio de la comunidad

Esta sanción está tratada en el artículo 11 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, la cual se ha mantenido sin modificación por la nueva ley 21.527, establecida en los siguientes términos:

Artículo 11. Servicios en beneficio de la comunidad. La sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún

² Como se ha indicado más arriba, el Proyecto de Ley planteaba la limitación en la aplicación tanto de la multa como de la amonestación, pero la primera no fue aprobada por el Senado al cabo del primer trámite constitucional, ya que en esa instancia se optó por eliminar la sanción de la multa.

caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120. La imposición de esta sanción requerirá del acuerdo del condenado, debiendo, en su caso, ser sustituida por una sanción superior, no privativa de libertad.

Prohibición de conducir vehículos motorizados

El actual artículo 12 de la Ley regula la sanción de prohibición de conducir vehículos motorizados, de la siguiente forma:

Artículo 12. Prohibición de conducir vehículos motorizados. La prohibición de conducir vehículos motorizados se podrá imponer a un adolescente como sanción accesoria cuando la conducta en que se funda la infracción por la cual se le condena haya sido ejecutada mediante la conducción de dichos vehículos. La sanción se hará efectiva desde el momento de dictación de la sentencia condenatoria. En caso de quebrantamiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 52 de esta ley, a menos que a consecuencia de la conducción se hubiere afectado la vida, la integridad corporal o la salud de alguna persona, caso en el cual se remitirán los antecedentes al Ministerio Público para el ejercicio de las acciones que correspondan.

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 21.527 se decidió eliminar en el inciso segundo la expresión «y su duración podrá extenderse hasta el período que le faltare al adolescente para cumplir veinte años».

Libertad asistida simple

La libertad asistida simple corresponde a una de las sanciones no privativas de libertad que contempla la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. De acuerdo con su artículo 13, consiste en la sujeción del adolescente al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social. La función del delegado consistirá en la orientación, control y motivación del adolescente e incluirá la obligación de procurar por todos los medios a su alcance el acceso efectivo a los programas y servicios requeridos.

El mismo artículo 13 de la ley, continúa:

El control del delegado se ejercerá en base a las medidas de supervigilancia que sean aprobadas por el tribunal, que incluirán, en todo caso, la asistencia obligatoria del adolescente a encuentros periódicos previamente fijados con él mismo y a programas socioeducativos. Para ello, una vez designado, el delegado propondrá al tribunal un plan personalizado de cumplimiento de actividades periódicas en programas o servicios de carácter educativo, socioeducativo, de terapia, de promoción y protección de sus derechos y de participación. En él, deberá incluir la asistencia regular al sistema escolar o de enseñanza que corresponda. Podrán incluirse en dicho plan medidas como la prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, de visitar determinados lugares o de aproximarse a la víctima, a sus familiares o a otras personas, u otras condiciones similares.

En cuanto a la duración que puede tener la libertad asistida simple, la ley 21.527 sustituyó el inciso final del artículo 13 que establecía un plazo máximo de tres años, por un lapso de tiempo que no puede ser inferior a los seis meses ni superior a los dieciocho. Acerca de esta modificación, en el Mensaje presidencial que se envió al Congreso, respecto de la Ley 21.527 se dice que:

En el diseño de la intervención se ha tenido en cuenta que carece de sentido proyectar una intervención en tiempos demasiado breves o extensos. De ahí que sea indispensable contar con límites mínimos y máximos razonables proponiéndose para la libertad asistida un lapso que puede fluctuar entre los 6 y los 18 meses; para la libertad asistida especial, un lapso que va de los 6 meses a los tres años; para la nueva sanción de libertad asistida especial con internación nocturna (que sustituye el rol que cumple en la actualidad el régimen semicerrado) un período que va de los seis meses a los cinco años; y para el régimen cerrado un periodo mínimo de seis meses, manteniendo los máximos actualmente vigentes.

Luego, se agrega que «Este mismo contenido lleva a garantizar dichos límites a todo evento incluyendo los casos concursales y el régimen dispuesto en la actualidad para proceder a la sustitución de las condenas».

Libertad asistida especial

La ley de responsabilidad penal juvenil mantiene la sanción de libertad asistida especial, que en su artículo 14 dispone que:

Artículo 14. Libertad asistida especial. En esta modalidad de libertad asistida, deberá asegurarse la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes y el fortalecimiento del vínculo con su familia o adulto responsable. En la resolución que apruebe el plan, el tribunal fijará la frecuencia y duración de los encuentros obligatorios y las tareas de supervisión que ejercerá el delegado. La duración de esta sanción no podrá ser inferior a los seis meses ni superior a los tres años.

En relación con esta sanción, la Ley 21.527 incorporó una modificación en el plazo contemplado para su duración, consistente en que «La duración de esta sanción no podrá ser inferior a los seis meses ni superior a los tres años». La razón para el cambio se encuentra, al igual que en el caso de la libertad asistida, en que carece de sentido proyectar una intervención en tiempos demasiado breves, aunque la regla modificada no se ajusta a la justificación de lo inconveniente de las intervenciones demasiado extensas, lo que puede tener sentido si se considera que la libertad asistida especial debiese aplicarse para casos de delitos más graves que la libertad asistida simple.

Libertad asistida especial con reclusión parcial

Esta nueva sanción se establece en la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, modificando el artículo 16, quedando de la siguiente forma:

Artículo 16. Libertad asistida especial con reclusión parcial. La sanción de libertad asistida especial con reclusión parcial consistirá en la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de actividades socioeducativas intensivas a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre.

Una vez impuesta la pena y determinada su duración, el director del centro que haya sido designado para su cumplimiento, propondrá al tribunal un régimen o programa personalizado de actividades, que considerará las siguientes prescripciones: a) Las medidas a adoptar para la asistencia y cumplimiento del adolescente del proceso de educación formal o de reescolarización. El director del centro deberá velar por el cumplimiento de esta obligación y para dicho efecto mantendrá comunicación permanente con el respectivo establecimiento educacional; b) El desarrollo periódico e intensivo³ de actividades de formación, socioeducativas y de participación, especificando las que serán ejecutadas al interior del recinto y las que se desarrollarán en el medio libre, y c) Las actividades a desarrollar en el medio libre contemplarán, a lo menos, ocho horas, no pudiendo llevarse a cabo entre las 22:00 y las 7:00 horas del día siguiente, a menos que excepcionalmente ello sea necesario para el cumplimiento de los fines señalados en las letras precedentes y en el artículo 20. El programa será aprobado judicialmente en la audiencia de lectura de la sentencia o en otra posterior, que deberá realizarse dentro de los quince días siguientes a aquella. El director del centro informará periódicamente al tribunal acerca del cumplimiento y evolución de las medidas a que se refiere la letra a)”

Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social

Esta sanción no fue objeto de modificación, en cuanto a su reconocimiento, el artículo 17 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente se regula de la siguiente manera:

Artículo 17. Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. La internación en régimen cerrado con programa de reinserción social importará la privación de libertad en un centro especializado para adolescentes, bajo un régimen orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de esta Ley. En virtud de ello, dicho régimen considerará necesariamente la plena garantía de la continuidad de sus estudios básicos, medios y especializados, incluyendo su reinserción escolar, en el caso de haber desertado del sistema escolar formal, y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de

³ La expresión «e intensivo» es agregada por la Ley que creó el Servicio de Reinserción Social Juvenil.

formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal. Además, deberá asegurar el tratamiento y rehabilitación del consumo de drogas para quienes lo requieran y accedan a ello.

En lo que sí innova tanto la sanción de libertad asistida parcial con reclusión parcial y la de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social es en su duración. El nuevo artículo 18 modificado por la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, dispone lo siguiente:

Artículo 18. Límite máximo de las penas privativas de libertad. Las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad. Tampoco se podrán imponer por un periodo inferior a un año de duración. La pena de libertad asistida especial con reclusión parcial no se podrá imponer por un lapso superior a los cinco años, ni inferior a los seis meses.

La determinación de sanciones penales adolescentes

Las reglas de determinación de las sanciones para adolescentes infractores de la ley penal se encuentran en los artículos 20 a 26 de la actual Ley 20.084. Estas disposiciones han sido intensamente reformadas por la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil. El Mensaje de la mencionada ley, en esta materia, aludía a lo siguiente:

Se propone un sistema de determinación de la pena que cuente con un soporte dado por un informe técnico que se elabore en forma coordinada con los diversos planes de intervención disponibles. Con ello se focaliza la necesaria individualización de las sanciones en torno a las alternativas propuestas por los modelos de intervención, asegurando una mayor precisión entre las necesidades que presenta el adolescente y la sanción que le corresponde sin alterar el papel que cumple la gravedad del hecho cometido. Dicha valoración se potencia mediante el aseguramiento de una instancia específica y autónoma destinada a debatir sobre la pena procedente, que se separa, por ley, del debate referido a la culpabilidad del potencial condenado. Todo lo dicho se extiende a las instancias donde se requiere de la intervención judicial para aprobar, modificar o precisar el contenido de los respectivos planes de intervención individualizados. Ello garantiza en

mejor forma la necesaria coherencia que debe existir entre la decisión que respalda la pena impuesta, su ejecución y eventual modificación, como las acciones que favorecen su cumplimiento. Finalmente, se disponen los casos y formas que permiten que los contenidos del respectivo informe técnico puedan ser útiles para las decisiones que debe adoptar la judicatura a la hora de resolver una eventual suspensión condicional del procedimiento o la procedencia de una medida cautelar de carácter personal.

No fue objeto de modificaciones el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que fija la finalidad de las sanciones aplicables a adolescentes por la comisión de delitos, estableciendo que las sanciones tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

La especialidad del sistema, y la generalmente aceptada centralidad de la prevención especial positiva en el derecho penal juvenil, se justifican como una consecuencia de las particularidades jurídicas del autor en relación con la responsabilidad que se le impone por el hecho cometido (criterio culpabilístico), y no solo como una cuestión utilitaria relativa a la prevención del delito como se sostuvo por los partidarios de una primacía absoluta del fin educativo. Por ende, la especialidad no se fundamenta solamente en la necesidad de la pena, sino que también en su merecimiento, y ambos componentes deben ser analizados y valorados en atención a la especial situación jurídica de los adolescentes (Cillero, 2008: 4).

La importancia que se asigna a la prevención especial en el Derecho Penal de adolescentes, suele provocar confusiones respecto de la naturaleza punitiva de las consecuencias jurídicas impuestas por la justicia penal de adolescentes y sobre el fundamento de la decisión de sancionar. La aparentemente trivial afirmación de que el Derecho penal de adolescentes es Derecho penal, a la que hay que asociar un reconocimiento del carácter aflictivo —negativo para el que la sufre— de la sanción penal de adolescentes, es un punto de partida sin el cual no se entendería la exigencia de garantías de naturaleza penal (principio de legalidad penal, debido proceso con estándares procesal-penales, etcétera). Por ello, no está demás insistir en ciertas definiciones fundamentales a este respecto (Couso, 2008: 9).

La sanción es definida, desde el punto de vista de quien la sufre (que es lo importante en el plano jurídico-constitucional), como un mal. Más precisamente, puede entenderse como toda privación o restricción de derechos impuesta como consecuencia de una infracción normativa, cuyo carácter aflictivo (en el sentido de que es percibido como un mal por quien la sufre) es, a diferencia del de otras medidas restrictivas de derechos (como el embargo de los bienes del deudor), deliberado y no un mero efecto colateral no buscado, pues solo de esa manera se produce el efecto preventivo-general que busca. La sanción es, por último, estigmatizante, pues simbólicamente busca señalar en forma negativa a quien se le impone, como una forma de significar el rechazo institucional que provoca el delito cometido (Couso, 2008: 9).

Uno de los fundamentos de la existencia del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y esa fundamentación es igualmente aplicable al derecho penal de adultos como al de adolescentes.

Como se ha señalado,

La doctrina y la normativa internacional le otorgan al sistema penal de adolescentes un vínculo simultáneo con tres finalidades: la protección de bienes jurídicos —en términos político criminales, formulada generalmente como reducción del delito o de la reincidencia—; un estatuto de garantías frente a la persecución penal estatal, y la protección del desarrollo e integración social del adolescente (Cillero, 2019: 185).

En relación con el fin de la sanción, la alusión del artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente a que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social se enmarca dentro del fin de la pena que corresponde a la prevención especial positiva, que consiste en que la pena tiene un fin orientado al infractor al que se le impondrá, con el objeto de entregarle herramientas para que no vuelva a delinquir en el futuro (resocialización, rehabilitación, inserción social, etcétera) (Couso, 2008: 11).

El sistema de determinación de las sanciones procede de manera escalonada, desde la rebaja de la pena en un grado del mínimo asignado en la Ley hasta su substitución por alguna de las sanciones especiales establecidas en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. En virtud del artículo 23, se determinará «la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes», dependiendo del tramo o marco penal general aplicable, que se determinará en cada caso una vez

aplicadas las normas de los actuales artículos 21 y 22, mediante el cual se ajusta el elenco de las sanciones privativas de libertad posibles, y su duración, según si el adolescente infractor era mayor o menor de 16 años al momento de la comisión del hecho, en aplicación de lo que dispone el artículo 18 de la Ley.

Concluida esta operación, le sigue la última fase, que consiste en individualizar, en palabras del legislador, «la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos», formulación que resulta incompleta. En efecto, del tenor literal pareciera que los criterios del artículo 24 servirán solo para determinar la naturaleza, pese que también han de utilizarse para establecer la extensión, aunque dentro de los límites ya fijados para las sanciones privativas de libertad en los artículos precedentes. En el caso de las sanciones no privativas de libertad su naturaleza dependerá de los tramos del artículo 23 y su extensión o intensidad, de las normas específicas establecidas al definir a cada una de las sanciones (Cillero, 2008: 12).

A continuación, detallaremos los pasos que se deben realizar para la determinación de las sanciones aplicables a los adolescentes, de acuerdo con la regulación contenida en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que ha sido objeto de enmiendas por la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil.

Como punto de partida, para la determinación de la sanción, hay que recurrir al artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, cuya fisonomía actual es la siguiente:

Artículo 21. Reglas para la determinación de la pena de base. Para establecer la pena que servirá de base a la determinación de la que deba imponerse con arreglo a la presente Ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la Ley para cada uno de los delitos correspondientes, las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del Código Penal que resulten aplicables, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código. No se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales incluyendo al artículo 351 del Código Procesal Penal.

Esta norma fue modificada en su oportunidad por la Ley 20.191 del año 2007 y la nueva Ley 21.527 le introduce modificaciones que se pueden detallar así:

Se le cambió el epígrafe al artículo 21: ya no alude a reglas para determinar la extensión de las sanciones de adolescentes, sino que son reglas que sirven para fijar una pena base a partir de la cual se va a definir, posteriormente, la naturaleza y la duración de la sanción concreta a imponer. Esto es importante, ya que elimina la confusión entre duración de la pena de adulto y de adolescente que contenía la formulación legal anterior, dejando en claro que la pena de adultos es solo una referencia para calcular la pena de base de adultos que se tendrá en consideración para determinar la o las sanciones penales de adolescentes que, en abstracto, se podrán imponer en el caso concreto, según quedan determinadas en el artículo 23.

La redacción anterior hacía referencia al «Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69», la que fue sustituida por la actual, haciendo alusión a los artículos 50 a 78 del Código Penal que resulten aplicables, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código, que son, en todo caso, los artículos que contiene el citado párrafo 4. Aun cuando pudiera parecer un cambio irrelevante, cobra sentido al intentar distinguir entre los artículos que resultan aplicables para adolescentes de aquellos que no lo sean.

Se incorpora la frase «No se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales incluyendo al artículo 351 del Código Procesal Penal». Esto obedece a la intención de distanciar el proceso de determinación de la sanción de adolescentes de las reglas aplicables a los adultos, lo que se origina en el Mensaje de la Ley 21.527, a propósito de la reiteración delictiva y a los concursos de delitos, quedando reflejado en las reglas concretas de determinación de las sanciones para adolescentes.

Con esta modificación la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, se puede entender que se hacen inaplicables todas las demás reglas de determinación de la pena, como las del artículo 449 o del artículo 450 inciso primero del Código Penal, que castiga ciertos delitos de robo como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa.

A pesar de estas modificaciones, el artículo 21 mantiene el régimen de la rebaja de grado a partir de la pena señalada por la ley al delito para una persona adulta, proveniente del antiguo artículo 72 inciso primero del Código Penal.

Luego de ello, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente contiene en el artículo 22 una regla de ajuste, para que el cálculo realizado de acuerdo artículo 21 no sobrepase los límites máximos determinados en el artículo 18. El artículo 22 señala que «Si la sanción calculada en la forma dispuesta en el artículo precedente supera los límites máximos dispuestos en el artículo 18, su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites». Ello obliga a considerar necesariamente la edad de la o el adolescente de que se trate. Asimismo, hay que tener en cuenta que tanto el artículo 17 como el 18 fueron modificados por la Ley que creó el nuevo Servicio de Reinserción Social.

El artículo 23 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente contiene las reglas que se debe seguir para determinar las ahora llamadas «alternativas de pena», disposición que contiene la sanción o sanciones aplicables al caso en concreto.

Artículo 23. Reglas para la determinación de las alternativas de pena. La determinación de las penas que podrán imponerse a los adolescentes conforme al siguiente artículo, se regirá por las reglas siguientes: 1. Si la extensión de la pena aplicable conforme a los artículos precedentes supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. 2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, la libertad asistida especial con reclusión parcial o libertad asistida especial. 3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de la libertad asistida especial con reclusión parcial, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad. 4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de la libertad asistida especial con reclusión parcial, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado. 5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días, o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad o multa, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado o amonestación.

El encabezado del artículo 23, incluido el epígrafe, fue modificado por la Ley 21.527. El epígrafe ya no hace referencia a «reglas de determinación de la naturaleza de la pena», sino fue reemplazado por «reglas para la determinación de las alternativas de pena». A continuación, queda de manifiesto que el artículo 23 no tiene por función fijar la naturaleza de las penas aplicables a los adolescentes, sino que solo sirve como mecanismo de conversión de la pena de adultos a un tramo de pena para adolescentes, dentro del cual el tribunal deberá definir la pena concreta conforma a los criterios que entrega el artículo 24.

En relación con los tramos que contiene el artículo 23, apunta Maldonado que la etapa de determinación penal de la pena se basa en la aplicación de reglas propias del régimen de adultos, referencia que se explica por el hecho que el legislador tomó la opción de regular la gravedad de los distintos marcos penales de adolescentes previstos (en un total de cinco) acorde a las valoraciones de entidad adoptadas en la ley penal general, por lo que resultaría forzoso prever un mecanismo de conversión que permitiera transformar un determinado rango de aflictividad (como pena base) que viene descrito a partir de la pena procedente en el régimen de adultos, en una pena de adolescentes (Maldonado, 2011: 515).

En consonancia con la nueva fisonomía del artículo 21, la ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil modifica la tabla demostrativa que sigue al artículo 23 con la finalidad de reemplazar la pena de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social por la de libertad asistida especial con reclusión parcial y eliminar la multa.

La Ley 21.527 representó una buena oportunidad para modificar la tabla demostrativa que figura en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente a continuación del artículo 23 y así, junto con adecuar la tabla al nuevo catálogo de sanciones, corregir la inconsistencia que presentaba entre el tramo de los «cinco años y un día» con el artículo 23 número 1.

A continuación, el artículo 24 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente contiene los criterios que deben ser seguidos por los tribunales para la determinación de la sanción penal concreta aplicable en adolescentes.

La Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil sustituyó completamente el artículo 24 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, quedando como sigue:

Artículo 24. Individualización de la pena. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, el tribunal impondrá una sola pena de entre las que fueren procedentes, cualquiera fuera el número de los delitos cometidos. En su caso, se tomará como base las sanciones aplicables al delito que merezca las de mayor gravedad. La naturaleza y la extensión de la pena a imponer se orientará por los objetivos señalados en el artículo 20 y se determinará considerando exclusivamente los siguientes criterios, debiendo, en cualquier caso, darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal:

1. La gravedad del delito o delitos cometidos, considerando especialmente: a) El bien jurídico protegido, la modalidad escogida para su afectación y la extensión del daño causado con su comisión. b) El empleo de la violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas. c) La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas. d) La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.
2. Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo.
3. La edad y el desarrollo psicosocial del condenado.
4. El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particularmente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta Ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.

Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave debiendo, alternativamente, ampliar su extensión o imponer una más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes. En cualquier caso, la pena aplicable será impuesta con una mayor extensión o será sustituida por una más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, respecto de quienes cometieren un crimen habiendo sido sancionado previamente por otro. Las respectivas penas no se impondrán en caso alguno con una extensión inferior o superior a la prevista en los artículos 9, 11, 13, 14 o 18, respectivamente. Tratándose de las sanciones privativas de libertad estas tampoco se podrán imponer con una extensión inferior o superior a la de la pena resultante de la aplicación del artículo 21, a no ser que sobrepase los límites mínimos o máximos previstos para cada caso

en la presente Ley. En este último caso el límite se ajustará a aquellos. El tribunal deberá especificar y fundamentar en el fallo la forma como ha procedido a la fijación de la pena a partir de los criterios señalados indicando los hechos que los respaldan.

La reforma legal reformula los criterios orientadores que sirven de base para que el tribunal fije la naturaleza y la extensión de las penas aplicables a los adolescentes.

En la regulación anterior, como señalaba Medina, en el artículo 24 se plantea que los criterios de determinación de pena se orientan esencialmente a la precisión de los grados de disvalor de conducta y de resultado, de lo cual era un fiel reflejo la enumeración de criterios contenidos en las letras a) y e) del artículo 24, todos los cuales se relacionan con el grado de reproche por el hecho, con independencia de las consideraciones preventivas (Medina, 2009: 208). No puede ponerse en duda, agrega más adelante, que el artículo 24 cumple en el caso del régimen penal de los adolescentes la misma función que el artículo 69 del Código Penal cumple en el régimen general, esto es, proveer de criterios que permiten fijar la magnitud de la sanción dentro de un marco predeterminado según las reglas generales. Junto a ello, la función del artículo 24 es proveer también de los criterios que orientan en la adopción de la clase de la sanción adecuada (Medina, 2009: 211).

Entre los cambios importantes en los numerales que contiene el artículo 24 se encuentra la eliminación del criterio de idoneidad que se encontraba presente en la letra f), que señalaba «La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social».

El criterio de idoneidad de la sanción, que atendía a la consideración de las condiciones personales del adolescente y a la proporcionalidad entre la sanción y el acto realizado, es reemplazado por una referencia a cuestiones más fenomenológicas (relativo a la realización de la conducta imputada como a características personales) como «los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo» (número 2) y una referencia general al «comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particularmente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de

conformidad con esta ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados» (número 4).

Estos criterios, que de alguna forma no son extraños al ordenamiento jurídico penal vigente ya que guardan un paralelismo con los contenidos en la Ley 18.216 y sus modificaciones posteriores.

Asimismo, el legislador introdujo un conjunto de criterios para valorar la gravedad del delito (letras a) a la d) del número 1 del nuevo artículo 24) y una referencia al número 3 a la «edad y el desarrollo psicosocial del condenado» que podrían servir de parámetro de valoración —dentro de los marcos estrictos que otorga la ley— de cuestiones relativas a la madurez o, más en general, relativas a la graduación de la capacidad de culpabilidad del o la adolescente.

En este sentido, Horvitz se inclina por estimar que la edad de los y las adolescentes solo podría ser interpretada en un sentido favorable, es decir, mientras más joven debe optarse por las penas mejor aflictivas y menos desocializadoras, a partir del patrón criminológico, de acuerdo con la cual, mientras más precoces son los contactos diferenciales con fuentes criminológicas más pronto, rápido y definitivo será el inicio y consolidación de la carrera criminal (Horvitz, 2006: 114).

Otra importante variación en la forma en que el juez debe individualizar una pena concreta, tiene que ver con el deber de imponer una sola pena de entre las que fueren procedentes, cualquiera que sea el número de los delitos cometidos por un o una adolescente, tomando como base, cuando sea necesario, las sanciones aplicables al delito que merezca las de mayor gravedad.

Lo anterior tiene relación directa con el sistema de concurso de delitos, al cual se hace referencia en el Mensaje de la Ley 21.527, indicando que «se ha tenido en cuenta que las evaluaciones hechas sobre el funcionamiento de la Ley 20.084 han reparado uniformemente en la necesidad de homogeneizar el tratamiento de los concursos de delitos. En particular, se ha criticado la inconveniencia de recurrir en él al mecanismo de la acumulación material de condenas».

La redacción original del artículo 24 consideraba que los criterios contenidos en dicha disposición permitían determinar con nitidez la naturaleza de las sanciones, pero ello sufre un cambio con la modificación realizada por la Ley 21.527, ya que ahora dichos criterios permiten establecer tanto la naturaleza como la extensión de la pena, es decir, para la elección de la pena dentro de los tramos del artículos 23 y establecer,

a continuación, dentro del tramo de que se trate, la extensión concreta de la pena a imponer.

Por otra parte, el artículo 24 modificado hace alusión al artículo 63 del Código Penal, el que impide atribuirle una doble valoración en perjuicio del imputado a las circunstancias agravantes que por sí mismo constituyen un delito o son expresadas en el tipo penal y las circunstancias atenuantes inherentes al delito al que acceden. Este aspecto era un tema cuestionable en el antiguo artículo 24, acerca del cual Horvitz advertía sobre la existencia de una infracción al principio *non bis in ídem*, al existir criterios de determinación de la naturaleza de la pena que ya podían haber sido considerados para fijar la gravedad del delito y la posición o lugar de la consecuencia asignada al mismo dentro de la escala de penas (Horvitz, 2006: 103).

Los tres últimos incisos del artículo 24, con las modificaciones introducidas por la nueva Ley 21.527, incorporan un proceso de individualización de la pena que el juez debe seguir. Las etapas que contiene dicho proceso son las siguientes:

a) Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave debiendo, alternativamente, ampliar su extensión o imponer una más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la Ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes. De acuerdo al tenor de esta regla es imperativo para el tribunal exasperar la sanción cuando se trate de reiteración de delitos, tomando en consideración los factores que la ley incorpora.

b) En cualquier caso, la pena aplicable será impuesta con una mayor extensión o será sustituida por una más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la Ley, respecto de quienes cometieren un crimen habiendo sido sancionado previamente por otro. Si bien es claro que la Ley quiere endurecer el tratamiento para quienes reiteren la comisión de delitos que tengan asignada penas de crimen, en realidad no hace más que reiterar la regla descrita anteriormente, ya que en ambos casos obliga al juez a ampliar la extensión de la pena a imponer o bien aplicar una más grave.

c) Las respectivas penas no se impondrán en caso alguno con una extensión inferior o superior a la prevista en los artículos 9, 11, 13, 14 o 18, respectivamente.

d) Tratándose de las sanciones privativas de libertad, tampoco se podrán imponer con una extensión inferior o superior a la de la pena resultante de la aplicación del artículo 21, a no ser que sobrepase los límites mínimos o máximos previstos para cada caso en la presente ley. En este último caso el límite se ajustará a aquellos. La ley contempla actualmente la posibilidad de que el cálculo de la pena para adolescentes sobrepase los límites fijados por el artículo 21, lo que no ocurría con el estatuto anterior a la reforma en el cual la pena obligaba a que la pena se ajustara a los límites máximos fijados por la Ley.

e) El tribunal deberá especificar y fundamentar en el fallo la forma como ha procedido a la fijación de la pena a partir de los criterios señalados indicando los hechos que los respaldan.

Pese a que el nuevo artículo 24 se propone que a adolescentes se les imponga una sola pena, aun cuando exista un concurso de delitos, el artículo 25 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente continúa permitiendo al tribunal la aplicación de sanciones conjuntas en los casos de los numerales 3 y 4 del artículo 23. En la nueva redacción se alude a la situación de sanciones mixtas del artículo 19, quedando como sigue:

Artículo 25. Imposición conjunta de más de una pena. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, solo en las situaciones regladas en los numerales 3 y 4 del artículo 23, el tribunal podrá imponer conjuntamente dos de las penas que las mismas reglas señalan, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo. Lo dispuesto en el inciso precedente tendrá lugar sólo cuando ello permita el mejor cumplimiento de las finalidades de las sanciones de esta ley expresadas en el artículo 20 y así se consigne circunstanciadamente en resolución fundada.

La Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil agregó los artículos 25 bis, 25 ter, 25 quáter y 25 quinquies, que regulan lo siguiente:

Artículo 25 bis. Determinación de las sanciones accesorias. El comiso de los objetos, documentos e instrumentos del delito se impondrá en todas las condenas. La prohibición de conducir vehículos motorizados se impondrá en todo caso en que concurran los presupuestos descritos en el inciso primero del artículo 12 de la presente Ley, con una extensión

mínima de seis meses y máxima de cuatro años.⁴ Las medidas accesorias previstas en el artículo 9 de la Ley 20.066, que establece Ley de Violencia Intrafamiliar, se impondrán en los casos y formas que las justifican conforme a las reglas generales, a excepción de las previstas en las letras a) y b) cuando el condenado y la víctima compartieren domicilio, residencia o lugar de estudio o trabajo y el primero fuese menor de edad. Estas últimas solo se podrán imponer en dicho caso, en situaciones extremadamente calificadas, debiendo fundarse en antecedentes objetivos y específicos de los que se deberá dar cuenta de forma detallada en la sentencia debiendo además adoptarse los resguardos que garanticen que el condenado no quedará privado de condiciones mínimas para su desarrollo. Las sanciones accesorias de que trata este inciso se podrán imponer, con una extensión mínima de seis meses y máxima de dos años. La prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones se aplicará en los casos y formas previstos en la Ley 19.327, incluyendo lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de la letra b) del artículo 16 de dicho cuerpo legal. Las sanciones accesorias de que trata este inciso se podrán imponer, con una extensión mínima de seis meses y máxima de cuatro años.

El nuevo artículo 25 bis complementa la incorporación de las letras c) y d) al artículo 6, referidas a las medidas accesorias del artículo 9 de la Ley 20.066 de violencia intrafamiliar y del artículo 16 letra b) de la Ley 19.327 de violencia en los estadios. El actual artículo 25 ter tiene el siguiente tenor:

Artículo 25 ter. Concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos. Si un mismo proceso se debiera imponer condena por delitos cometidos siendo menor y mayor de dieciocho años de edad se impondrá exclusivamente la pena aplicable a estos últimos. Se exceptúa el caso en que fuere más grave el delito cometido siendo menor de edad, en cuyo caso la pena aplicable a las diversas infracciones se impondrá de conformidad a las reglas previstas en el presente título. A los efectos de este artículo y del siguiente se considerará más grave el

⁴ Considerando que el artículo 13 número 1 de la Ley 18.290 establece que para obtener licencia no profesional clase B se exige tener 18 años y excepcionalmente se podrá otorgar a mayores de 17 años que hayan aprobado un curso de conducción, llama la atención que la pena accesoria de prohibición de conducir vehículos motorizados se pueda extender hasta por cuatro años, rango que puede muy probablemente significar el traspaso de la pena de adolescentes a la adultez del infractor.

delito o conjunto de ellos que tuviere asignada en la ley una mayor pena de conformidad con las reglas generales. No obstante el tribunal también podrá calificar su mayor gravedad teniendo en cuenta la naturaleza y extensión o cuantía de la sanción comparativa que fuere aplicable en concreto en uno y otro caso. Lo dispuesto en el inciso primero también se aplicará si la ejecución del delito se iniciare antes del cumplimiento de la mayoría de edad y terminare luego que esta se hubiere alcanzado.

Este nuevo artículo 25 ter se hace cargo de la situación que se presenta cuando a alguien en un mismo procedimiento se le debe imponer pena como adolescente y como adulto, lo que puede tener lugar por la concurrencia de un concurso de delitos o bien por existir una reiteración de delitos. Frente a estos casos, la Ley opta por aplicar solamente la pena que corresponde al estatuto de adultos.

La excepción a lo anterior tendrá lugar cuando el delito cometido como adolescente fuera más grave que el cometido como adulto. Esta regla se anticipa a la posibilidad de que el propio infractor que haya cometido un delito grave como adolescente luego de cumplida la mayoría de edad tratara de eludir el castigo cometiendo un delito aun insignificante con la intención de evitar que se le imponga una pena drástica por el delito cometido como adolescente. Si se presenta esta situación, el cálculo de la pena debe efectuarse conforme a las reglas contenidas en los artículos 21 a 24 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que ya hemos revisado.

La regla del inciso final del nuevo artículo 25 ter es coincidente con la del artículo 3 inciso tercero de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, cuyo sentido es que «En el caso que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad».

El nuevo artículo 25 quáter incorpora la figura de la unificación de condenas para adolescentes:

Artículo 25 quáter. Unificación de condenas. Si con posterioridad a la acusación o requerimiento o durante la ejecución de una sanción prevista en esta Ley, el responsable fuere condenado por la comisión de un delito diverso al que la justifica, el tribunal que deba sancionarlo procederá a regular la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos en caso que hubieren sido

juzgados conjuntamente de conformidad con lo dispuesto en las demás reglas del presente título. En dicho caso el tiempo de ejecución que se hubiere satisfecho será abonado a la nueva condena, salvo que se trate de las penas previstas en las letras e) o f) del artículo 6. Lo dispuesto precedentemente no tendrá lugar tratándose de la comisión de uno o más simples delitos de menor gravedad respecto de aquellos que fundan la condena en curso de ejecución. En dicho caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 52, considerando los hechos, a estos efectos, como un quebrantamiento de condena. Lo dispuesto en el inciso precedente también tendrá lugar respecto de todos aquellos que ya se encontraren cumpliendo una condena por el máximo de las penas que autoriza la ley para la sanción de los delitos de que se trate. Se exceptúa de esta regla el caso en que el condenado cumpliera una pena de internamiento en régimen cerrado por el máximo que autoriza la Ley, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el inciso primero. Si en dicho caso el resultado fuese equivalente se podrá aumentar la extensión del internamiento hasta por un periodo de tres años adicionales. A estos efectos no tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

A diferencia de la figura del concurso de delitos cometidos como adolescente y como adulto, regulada en el artículo 25 bis, la unificación de condenas como adolescente tendrá lugar cuando una vez que se ha formulado acusación, requerimiento simplificado, o bien durante la ejecución de una condena, el adolescente es condenado por otro delito de mayor gravedad, caso en el cual el tribunal que debe pronunciar la condena por el nuevo delito debe imponer la pena que hubiere resultado de considerar los delitos en su conjunto, abonando el tiempo que ya haya cumplido por el delito anterior, lo que debe extenderse al tiempo por el que haya estado sometido a internación provisoria u otra medida cautelar privativa de su libertad. Si, por el contrario, el nuevo delito cometido es de menor gravedad, se observarán las reglas relativas al quebrantamiento del artículo 52.

Un caso particular se presenta cuando el adolescente ha sido condenado por el máximo de la pena que autoriza la Ley dentro de los parámetros del artículo 23. Frente a esta situación, el tribunal debe apreciar la nueva condena como un quebrantamiento de la anterior, a menos que la pena anterior fuera de internación en régimen cerrado por el máximo legal (diez años), supuesto en el cual el tribunal que debe pronunciar la

condena por el nuevo delito debe imponer la pena que hubiere resultado de considerar los delitos en su conjunto, quedando habilitado para extender el internamiento hasta por un periodo de tres años adicionales, si el cálculo conjunto de las penas fuera equivalente a la pena privativa de libertad ya impuesta, situación que por lo demás siempre va a tener lugar.

La particularidad de estas reglas es que contempla para adolescentes un trato más severo que el aplicable a adultos, que fluye del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, el que no resulta aplicable por la expresa exclusión que realiza el inciso final del artículo 24 quáter. En efecto, tratándose de adultos, el cúmulo de las penas a imponer no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.

Finalmente, en este aspecto, la Ley 21.527 incorpora en el artículo 25 quinquies la figura de la unificación de las condenas impuestas en el régimen de adolescentes y de adultos. En principio, la regla es que el tribunal que debe pronunciar la condena por el nuevo delito cometido una vez que se ha alcanzado la mayoría de edad debe imponer la pena que hubiere resultado de considerar los delitos en su conjunto, a menos que el delito cometido como adulto sea más grave o mereciere mayor pena, caso en el cual se aplicará solo la pena de adulto y se extinguirá la pena de adolescente que estuviere cumpliendo. Así quedó regulado el artículo 25 quinquies:

Artículo 25 quinquies. Unificación de condenas de diversos regímenes. Lo dispuesto en el artículo anterior también se aplicará si el nuevo delito ha sido cometido siendo el condenado mayor de 18 años, a menos que se trate de un delito de mayor gravedad o que deba recibir una sanción superior. En dicho caso tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 25 ter, extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución.

En esta unificación de condenas como adolescente y como adulto se advierte con mayor claridad que se trata de estatutos de penas distintos y puede resultar difícil de compatibilizar cuando no se trate de penas de adolescentes no privativas de libertad.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta lo que dispone el artículo 55 de la Ley, que regula la situación de quien mientras cumple una condena privativa de libertad como adolescente y alcanza la mayoría

de edad, debiendo atender a si restan menos o más de seis meses para decidir si la pena se sigue cumpliendo en un recinto para adolescentes o si se debe seguir cumpliendo en un recinto para adultos. Entendemos que en ambos casos se va a aplicar la regla de la unificación de condenas de distintos regímenes del artículo 25 quinquies.

Dentro de las reglas sobre la determinación de sanciones, la Ley 21.527 actualiza el artículo 26, quedando de la siguiente forma:

Artículo 26. Límites a la imposición de sanciones. La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso. En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto que hipotéticamente hubiese sido condenado por un hecho análogo en equivalentes circunstancias no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza ni se podrá imponer una pena, de cualquier clase, cuya naturaleza o extensión fuere superior a aquella. A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo se considerará lo dispuesto en la Ley 18.216. En caso alguno se podrá disponer el cumplimiento de sanciones que individual o copulativamente supongan una condena que supere los límites máximos previstos en los artículos 9, 11, 13, 14 o 18.

Para la comparación entre el tratamiento penal a adolescentes y a adultos, la nueva redacción del artículo 26 incorpora una referencia a la Ley 18.216 que para los adultos considera un catálogo de penas sustitutivas a las privativas de libertad. Con ello, actualmente queda claro que la situación de un adolescente en relación con un adulto se debe apreciar aun cuando no se trate de un mismo procedimiento en el cual efectivamente estén siendo imputados adultos y adolescentes, sino que se tiene que comparar a un adulto que puesto hipotéticamente en la misma situación del adolescente no hubiese sido condenado a una pena privativa de libertad, por ejemplo, un adulto que no tuviere condenas anteriores por crimen o simple delito y fuere condenado a una pena que no supere los tres años de privación de libertad podría acceder a la pena sustitutiva de remisión condicional o si fuera condenado a una pena que no rebase los cinco años de privación de libertad se le puede imponer la pena de libertad vigilada intensiva. Esto restringe de manera importante la posibilidad de que un adolescente sea condenado a una pena privativa de libertad.

Sistema de ejecución de sanciones para adolescentes

La ejecución de las sanciones y medidas que se impongan a adolescentes se encuentra regulada en el Título III de la Ley 20.084 y ha sido objeto de importantes modificaciones.

La Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil introdujo una modificación orgánica en el artículo 50 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en virtud de la que el tribunal que debe conocer y resolver los asuntos que se promuevan en la fase de ejecución de una condena en adolescentes corresponderá al juez de garantía del domicilio del condenado.

Lo anterior altera la regla que regía con anterioridad a tal modificación, de acuerdo con la cual, las materias relacionadas con la ejecución de la condena correspondían al tribunal del lugar en que debía cumplirse la condena. De paso, también deja sin aplicación la regla de competencia denominada de la ejecución, consagrada en el artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales.

La nueva Ley 21.527 se hace cargo de la situación del adolescente condenado que no se presentare a la ejecución de la condena o no concurriere a las citaciones que se le dirijan para la determinación del plan de intervención, dada la relevancia que tiene su comparecencia para iniciar la ejecución de la condena. El nuevo artículo 52 bis estatuye lo siguiente:

Artículo 52 bis. Incumplimiento. Si el condenado no se presentare a la ejecución de la condena o no concurriere a las citaciones que se le comuniquen para la determinación del plan de intervención se despachará orden de arresto, suspendiéndose el plazo señalado en el inciso primero del artículo 40 bis. La renuencia reiterada será tratada como quebrantamiento de condena.

Esta norma viene a complementar lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, Decreto Supremo 1.378 del año 2006, de acuerdo con el cual, se entenderá por incumplimiento la ausencia de participación del adolescente en las actividades del plan de intervención individual, la que deberá ser evaluada periódicamente por el programa respectivo.

Con esta regla lo que se busca es que la no presentación del adolescente a las citaciones relacionadas con el plan de intervención no implique por sí mismas —como ocurre hoy en día— un quebrantamiento de la

condena que se le ha impuesto, sino que frente a esos incumplimientos el sistema opere de forma eficiente en ubicarlo, someterlo a una medida de arresto y trasladarlo al tribunal.

El nuevo artículo 40 bis, al que se hace referencia, alude al plan de intervención que debe ser aprobado judicialmente. La nueva disposición reza lo siguiente:

Artículo 40 bis. Plan de intervención. Toda condena impuesta quedará sujeta a la aprobación judicial de un plan de intervención, estructurado a partir de las reglas técnicas que al efecto determine el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, y que deberá tener lugar en un máximo de quince días desde la fecha en que se comunica la sentencia conforme lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal. Dicha comunicación se hará en audiencia ante el Tribunal encargado de la ejecución de la sentencia, siendo obligatoria la presencia del condenado. Toda modificación que sufra el plan de intervención requerirá de una nueva autorización en audiencia judicial en la medida en que varíe las condiciones de ejecución de la condena y a menos que las razones que lo motivan hayan sido objeto de controversia judicial. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las condenas previstas en las letras g) y h) del artículo 6. Tratándose de las condenas previstas en las letras e) y f) de dicha disposición tendrá lugar lo señalado en el artículo siguiente.

El punto de partida para el análisis de lo que debe ser la fase de ejecución en adolescentes es considerar que los criterios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos consagran el derecho a un tratamiento especial en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil respecto del que opera para adultos. Existe una protección reforzada de los menores de edad privados de libertad, que permite distinguir con claridad entre las condiciones que deben cumplirse para la ejecución de las sanciones penales en adolescentes y en el sistema de ejecución de adultos.

El fundamento para validar el trato diferenciado de adolescentes es la situación de vulnerabilidad en que se encuentran frente a la privación de su libertad, atendido su estado de desarrollo, lo que obligaría al Estado a reforzar su obligación de protección y asistencia.

Los adolescentes privados de libertad gozan de una doble protección por parte del Estado. Esta doble protección se explica, en primer lugar,

por la especial posición en que se encuentran por los efectos del encierro, y, en segundo lugar, por las características propias de los adolescentes, en particular, la etapa de desarrollo en que se encuentran. El cuadro de vulnerabilidad en que se encuentran los jóvenes privados de libertad gira en torno a tres dimensiones: los efectos del encierro son más graves en los adolescentes que en los adultos; el carácter de grupo minoritario dentro de la población penitenciaria; y el que los adolescentes sufren mayores problemas relacionados a la exclusión social que los adultos.

Esta doble vulnerabilidad es el fundamento de la obligación del Estado a desplegar su rol de garante de manera reforzada o especial.⁵ A su vez, dicho rol reforzado o especial obliga a los Estados a actuar con mayor cuidado y responsabilidad junto con tomar medidas que tengan en cuenta las necesidades de estas personas acorde a su edad y el principio del interés superior del niño.⁶ Esta posición especial parte de la base del respeto y cumplimiento de las exigencias generales de la normativa internacional respecto a las personas privadas de libertad.

La Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil hace referencia a la especialización, incluida la fase de ejecución de las sanciones y medidas, en los siguientes términos:

Artículo 5. Principio de especialización. El Servicio deberá garantizar que en la ejecución de las sanciones y medidas dispuestas en la Ley 20.084 se cumpla con la especialización que la diferencia del régimen previsto en la ley penal común. [...] Artículo 27. Centros y programas para la ejecución de sanciones y medidas. Del Director Regional dependerán, técnica y administrativamente, los centros de administración directa del Servicio ubicados en la respectiva región en que se ejecuten la medida de internación provisoria y las sanciones de internación en régimen cerrado y de libertad asistida especial con internación nocturna, previstas por la Ley 20.084. Del mismo modo, el Director Regional será el encargado de realizar todas las acciones necesarias relativas a la provisión de la oferta de programas que sean ejecutados por organismos acreditados dentro de la respectiva región.

⁵ Véase *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (párrafo 160).

⁶ Véase Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 37), Observación General número 24 (párrafo 92 y 108), Observación General número 13 (párrafo 34), Reglas de Beijing (número 26.4) y Reglas de la Habana (número 18).

La Ley 21.527 también incorpora el concepto del «expediente único» para cada adolescente, de la siguiente forma:

Artículo 30. Expediente único de ejecución. El Servicio deberá disponer de un expediente único de ejecución de cada joven sujeto de atención, que deberá estar disponible electrónicamente y contar a lo menos con la siguiente información: a) Individualización del o la joven, señalando la circunstancia o no de estar afectado o afectada por una discapacidad, o presentar alguna condición de salud relevante. b) Individualización de las medidas y sanciones que se hubieren decretado con ocasión de su ingreso actual o ingresos previos. c) Plan de intervención, programas asociados y las evaluaciones e informes que se hayan realizado. d) Resolución que ordena su ingreso, resolución judicial que se dicte en la etapa de ejecución y la certificación del término de la ejecución de la condena o egreso de la medida, según corresponda. e) Informe de seguimiento post sanción, si correspondiere. La información contenida en el expediente único de ejecución solo estará disponible para los intervinientes del sistema judicial y encargados de la ejecución, según corresponda de acuerdo a su función, sin perjuicio del acceso que tenga a dicha información el Ministerio de Desarrollo Social y de la Familia de acuerdo a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto siguientes. El tratamiento de la información contenida en este sistema estará sujeto a las normas de la Ley 19.628. Para la correcta administración del expediente único de ejecución, el Servicio deberá realizar las coordinaciones necesarias para vincularse, en lo que sea procedente, con el Registro de Información Social del Ministerio de Desarrollo Social y con el Sistema integrado de información, seguimiento y monitoreo del Servicio cuyo objeto sea la protección especializada de niños y niñas, cualquiera sea su nombre o denominación. Un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y firmado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos establecerá las directrices generales para la remisión y recepción de datos entre el Sistema integrado de información, seguimiento y monitoreo del Servicio cuyo objeto sea la protección especializada de niños, niñas y adolescentes, cualquiera sea su nombre o denominación, Registro de Información Social del Ministerio de Desarrollo Social y Familia y el Expediente Único de Ejecución, estableciendo además las normas para regular la interconexión de los datos, su traspaso automático, periódico, masivo y seguro, junto a las normas necesarias para su correcta implementación y funcionamiento del Sistema de información de la letra n)

del artículo 12. En todo caso, este reglamento deberá dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 19.628.

Siguiendo a Castro (2021), la especialidad en el sistema de ejecución de sanciones adolescentes impacta en cinco dimensiones del sistema: orientación en la ejecución de la sanción privativa de libertad, en las condiciones carcelarias, sobre el régimen penitenciario, sobre el buen orden y sobre los mecanismos de control.

A continuación, se expondrán cada uno de dichos ejes vinculándolos con la normativa legal chilena.

Orientación de la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil

El primer eje temático en el cual la especialidad tiene impacto es en la finalidad de la ejecución de la pena. El derecho internacional de los derechos humanos le otorga a la prevención especial positiva una preponderancia por sobre las otras finalidades de la pena. Tratándose de adolescentes privados de libertad dicha preponderancia estaría reforzada.⁷

Esta finalidad incide de forma directa en todos los aspectos del funcionamiento de los centros privativos de libertad, por ejemplo, el contacto con el mundo exterior, las actividades, la infraestructura y las medidas de seguridad, entre otras.

La prevención especial positiva es un principio rector que debe orientar todas las acciones administrativas tomadas al interior del recinto y, por otro lado, orientar las medidas concebidas para ayudar a reintegrar a los adolescentes infractores en la sociedad, en particular, actividades o programas que habilitarán al menor a reintegrarse una vez terminada la condena en el ámbito familiar, comunitario y laboral.

En este contexto, es posible situar a los distintos mecanismos de los que da cuenta la normativa de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en especial, el Título III.

De acuerdo con el artículo 44 de esta Ley, la ejecución de las sanciones privativas de libertad estará dirigida a la reintegración del adoles-

⁷ Véase la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40.1), las Reglas de Beijing (número 17), las Reglas de la Habana (número 12), la Observación General número 20 (párrafo 88) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.4)

cente al medio libre y en virtud de ello se deben desarrollar acciones tendientes al fortalecimiento del respeto por los derechos de las demás personas y al cumplimiento del proceso de educación formal y considerarse la participación en actividades socioeducativas, de formación y de desarrollo personal.

Condiciones de la detención

El segundo eje temático en el que la especialidad tiene impacto es en las condiciones carcelarias. El derecho internacional de los derechos humanos establece que las condiciones de detención tanto para adultos como para adolescentes deben ser acordes con la dignidad humana.⁸ Lo anterior trae consecuencias precisas para los adolescentes privados de libertad en un conjunto misceláneo de temas.

Diseño del recinto y tamaño

El diseño arquitectónico del centro debe servir a la finalidad de reinserción de la ejecución. En ese sentido, el recinto debe considerar espacios adecuados y suficientes para las diferentes actividades como las educativas, deportivas, laborales, artísticas y de esparcimiento.⁹ Los centros deben ser pequeños para asegurar un trato individualizado y garantizar el contacto con su entorno social y familiar.¹⁰

Cultura organizacional

Un tema relevante es la idea de trabajo común y compromiso de los funcionarios por el orden y el cuidado del adolescente. En ese sentido, existe el desafío de implantar una nueva lógica dentro de la administración de los centros que busca comprometer a los funcionarios en una consecución balanceada de los fines que persigue la institución junto con la información sobre los avances o retrocesos en la consecución de estos, sus avances, costos y calidad. Esto implica la permanente elaboración de planes, estrategias e incentivos para lograr esos fines.

⁸ Véase las Reglas de La Habana (número 12).

⁹ Véase la Observación General número 24 (párrafo 95b) y las Reglas de la Habana (número 32).

¹⁰ Véase las Reglas de la Habana (número 30).

Alojamiento

El alojamiento debe cumplir requisitos que se vinculan a la higiene, iluminación, calefacción y ventilación. Las normas internacionales no determinan con precisión estas temáticas dejando la determinación de los estándares concretos a las legislaciones nacionales. Respecto del espacio mínimo disponible por joven, es una cuestión que no se encuentra especificada pero la evidencia muestra que no contar con un espacio acorde afecta el bienestar físico y psicológico. Respecto a las habitaciones se establece que deben ser independientes o para grupos pequeños¹¹ y que se debe asegurar la separación de condenados y detenidos; de hombre y mujeres; y de los jóvenes y mayores de edad.¹² Existe acuerdo sobre que la sobrepoblación debe ser entendida como una situación excepcional que debe ser evitada por los sistemas penales juveniles.

Necesidades especiales de alojamiento: mujeres y pueblos originarios

Los recintos deben contar con facilidades adicionales respecto a grupos minoritarios que cubran sus necesidades específicas. Dentro de estos grupos se encuentran las mujeres adolescentes privadas de libertad y adolescentes pertenecientes a pueblos originarios.¹³

Intensidad en la custodia

La seguridad pasiva destinada a lograr la custodia y evitar fugas debe ser mínima.¹⁴ Se considera seguridad pasiva el empleo de cámaras, barrotes, puertas de seguridad y muros, entre otras. Lo importante es que los centros deben ser abiertos y sus dependencias deben tener un carácter educacional por sobre uno penitenciario, privilegiando las actividades de reinserción social y la seguridad dinámica que surge del contacto, vínculo y comunicación.¹⁵

11 Véase las Reglas de la Habana (número 32).

12 Véase las Reglas de la Habana (número 28, 29), las Reglas de Beijing (número 26.3) y la Observación General número 24 (párrafo 92).

13 Véase las Reglas de Beijing (número 26.4), la Observación General número 17 (párrafo 52), la Observación General número 24 (párrafo 102), las Reglas de Bangkok (números 2, 6, 7, 19, 20, 31) y el Convenio 169 (artículos 8.1 y 9.2).

14 Véase las Reglas de la Habana (número 30).

15 Véase las Reglas de Beijing (número 19.1).

Personal capacitado

El personal que trata directamente con los adolescentes debe tener formación que le permita entender las características de la adolescencia y para ello es fundamental que sea capacitado en temas como psicología juvenil, pedagogía, derechos del niño y estándares de derechos humanos.¹⁶ Además de la capacitación, se requiere un equipo multidisciplinario (trabajadores sociales, pedagogos, psicólogos, psicoterapeutas y psiquiatras) y debe existir una dotación suficiente con una jornada laboral realista y una remuneración atractiva.

Prevención de riesgos

El riesgo de incendio, motines, enfermedades y suicidios es elevado al interior de los recintos por lo que resulta fundamental que se reduzcan al mínimo esos peligros, se contemplen protocolos de actuación, se capacite al personal y se evite la construcción de centros en zonas de riesgo.¹⁷

Salud

Por la posición de fragilidad asociada a la etapa de la vida en que se encuentran los adolescentes la salud es uno de los factores más importantes dentro de las condiciones materiales de la detención.¹⁸ La asistencia médica integral es un derecho para los adolescentes que incluye los servicios de prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y atención paliativa.¹⁹ Esta asistencia debe girar en torno a programas de salud, prevención del uso indebido de drogas, desintoxicación y protección con participación de las familias y las comunidades.²⁰ La atención médica debe cumplir con los mismos criterios generales que se exige a

¹⁶ Véase las Reglas de la Habana (número 85), las Reglas de Beijing (número 22.2), la Observación General número 15 (párrafo 27), la Observación General número 24 (párrafo 112).

¹⁷ Véase las Reglas de la Habana número 32 y CIDH: *Instituto de Reducción del Menor vs. Paraguay* (párrafo 177 a 179).

¹⁸ Véase la Observación General número 4 (párrafo 22), la Observación General número 20 (párrafo 58 y 60) y la Observación General número 15 (párrafo 5).

¹⁹ Véase la Observación General número 15 (párrafo 25).

²⁰ Véase la Observación General número 24 (párrafo 95d) y las Reglas de la Habana (número 54).

los programas de salud infantil respecto a disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.²¹ Asimismo, se debe asegurar el tratamiento y su continuidad a los jóvenes con problemas psiquiátricos.²²

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente contempla actualmente una norma relativa a esta materia en el nuevo artículo 48 bis, incorporado por la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, del siguiente tenor:

Artículo 48 bis. Toda persona que se encontrare cumpliendo una condena en aplicación de la presente ley o que estuviere sujeta a internación provisoria tiene derecho a la atención efectiva en materias de salud, incluyendo salud mental y programas asociados al tratamiento de adicciones y al acceso a un régimen de educación formal. Este último, en el caso de las condenas de internamiento en régimen cerrado con programa de reinserción social, deberá fundarse en un programa que tenga en cuenta las especiales condiciones bajo las que se desarrolla el proceso de educación formal. Corresponde al Servicio Nacional de Reinserción Penal de Adolescentes adoptar las medidas necesarias para coordinar una adecuada, completa y oportuna cobertura de dichas prestaciones por parte de los órganos sectoriales competentes. Corresponde asimismo a los órganos competentes la provisión y pertinencia de dichas prestaciones.

Régimen penitenciario

El tercer eje temático donde la especialidad tiene importancia está vinculado a un conjunto de elementos del régimen penitenciario. Todo régimen penitenciario debe cumplir con cuatro exigencias. La primera es que no se deben generar situaciones que signifiquen un trato cruel, inhumano o degradante. Se debe erradicar el castigo corporal.²³ Segundo, se debe facilitar, además de los derechos generales que tiene todo individuo privado de libertad, las garantías especiales contempladas en la Convención sobre los Derechos del Niño. Para lo anterior, es necesario que los adolescentes conozcan desde el momento en que ingresan al

²¹ Véase la Observación General número 15 (párrafo 112).

²² Véase las Reglas de la Habana (número 53).

²³ Véase la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 77 letra a), las Reglas de Beijing (número 17.3), las Directrices de Riad (número 21 y 54) y las Reglas de La Habana (número 67).

centro sus derechos y deberes.²⁴ En tercer lugar, el diseño y la ejecución del régimen debe organizarse en torno a la finalidad preventiva especial positiva reforzada. En ese sentido, se debe privilegiar medidas de corte educativo, de formación de trabajo, de tiempo libre, de contacto con el mundo exterior y apoyo en el egreso. La participación en las medidas de reintegración se encuentra determinada por el plan de intervención diseñado entre los funcionarios y el adolescente al momento del ingreso. Esta elaboración cuenta con exigencias por parte del derecho internacional de los derechos humanos.²⁵

En los apartados siguientes se desarrollarán las cuestiones más significativas vinculadas con el régimen penitenciario.

Educación

Se debe privilegiar, en la medida de lo posible, los centros de educación ubicados fuera del recinto. Es recomendable potenciar el contacto con la comunidad y la participación afuera de actividades para incrementar el normal desenvolvimiento en la sociedad.²⁶ Los programas educacionales deben cumplir con las exigencias generales. Estos programas deben ser diseñados y adaptados a necesidades y capacidades de los adolescentes y prepararlos para su reinserción.²⁷ El diseño debe ser atractivo y flexible para motivar e incluir jóvenes marcados de por vida con entornos difíciles y elevados niveles de abandono escolar.²⁸

Formación y trabajo

La formación laboral es concebida como un derecho y tiene como objetivo permitir al joven desempeñar un rol constructivo y productivo en la sociedad.²⁹ El trabajo también apunta a lo mismo, por tanto, al interior de los centros los jóvenes deben tener la oportunidad de trabajar con una remuneración. La formación y la actividad se deben adaptar a

24 Véase las Reglas de La Habana (número 24).

25 Véase las Reglas de la Habana (número 27).

26 Véase las Reglas de La Habana (número 38).

27 Véase la Observación General número 24 (párrafo 95c), la Observación General número 17 (párrafo 27), las Reglas de La Habana (número 38) y las Directrices de Riad (número 21).

28 Véase la Observación General número 20 (párrafo 70), las Directrices de Riad (números 24 y 30) y las Reglas de La Habana (número 40).

29 Véase las Reglas de La Habana (número 42), las Reglas de Beijing (número 26.1).

las necesidades del mercado moderno.³⁰ Se debe priorizar la realización de trabajos fuera del centro, de no ser posible, estos deben asemejarse lo más posible a los trabajos de la comunidad.³¹ Los trabajos deben gozar de las garantías contempladas en la legislación laboral y a una remuneración justa la cual se dividirá para la compra de objetos personales y un ahorro para su egreso.³²

Tiempo libre

El juego y el descanso son fundamentales para la salud y el bienestar del niño y adolescente.³³ Por lo anterior, tienen derecho a un tiempo que no esté determinado ni controlado por los adultos, donde se considere un tiempo libre para el ocio. En la medida de lo posible, esta debe ser realizada fuera del centro.³⁴

Contacto con el mundo exterior

El contacto con el mundo exterior es útil para prevenir la tortura y los abusos; para potenciar la normalización del régimen penitenciario; y en la preparación del egreso. En los casos de los adolescentes privados de libertad se ha considerado de forma explícita, por un lado, ampliar las visitas familiares de modo que sean más frecuentes y largas, y, por otro, que se amplíen las salidas controladas fuera del recinto para potenciar contactos con redes de apoyo o participar en actividades.³⁵ También una dimensión del contacto con el mundo exterior es la posibilidad de acceso a la información y el uso de la tecnología, en particular, aparatos electrónicos con internet.³⁶

30 Véase la Observación General número 20 (párrafo 74).

31 Véase las Reglas de La Habana (número 45).

32 Véase las Reglas de La Habana (número 46) y la Observación General número 12 (párrafo 117).

33 Véase la Observación General número 17 (párrafo 9) y la Observación General número 12 (párrafo 115).

34 Véase la Observación General número 17 (párrafo 42 y 51) y las Reglas de La Habana (número 47).

35 Véase las Reglas de la Habana (números 59 al 60), las Reglas de Beijing (número 26.5) y la Observación General número 24 (párrafos 94 al 95e).

36 Véase la Observación General número 20 (párrafo 47).

Apoyo para la puesta en libertad

Uno de los desafíos que trae aparejada la puesta en libertad consiste en la relación con el acompañamiento de los jóvenes. Existe una importante probabilidad de reincidencia los primeros meses posteriores a la liberación por lo que se recomienda contar con una red de servicios que acoja al adolescente y le brinde durante los primeros meses alojamiento, trabajo y medios necesarios para apoyar su reintegración.³⁷

Permanencia en el centro de los adolescentes que cumplan 18 años

La evidencia científica levantada por la neurociencia señala que el desarrollo cerebral continúa hasta cerca de los 25 años. Por esta razón, se recomienda que los jóvenes presos, que cumplan la mayoría de edad, no sean enviados a centros para adultos, sino que permanezcan en el centro de menores.³⁸

Buen orden

El cuarto eje temático donde la especialidad tiene importancia está vinculado al funcionamiento pacífico del centro. La especialidad obligaría a limitar las estrategias de orden focalizadas en la violencia en dos dimensiones: restringiendo la aplicación de las infracciones disciplinarias y contemplando exigencias más severas para el uso de medidas coercitivas.

Mayores restricciones en la aplicación de las infracciones disciplinarias

Las infracciones disciplinarias deben ser adaptadas a los menores ya que se encuentran en una etapa de la vida en que se presentan problemas de control de impulsos y no prevén las consecuencias de sus actos.³⁹ En cuanto al proceso en el que participan menores, la etapa de investigación, determinación y aplicación de las infracciones debe cumplir con las exigencias de todo procedimiento. En particular, se debe levantar un acta completa con las actuaciones, no se podrán aplicar sanciones que no se ajusten a las leyes o reglamentos, no se podrá

³⁷ Véase las Reglas de La Habana (número 80).

³⁸ Véase la Observación General número 24 (párrafo 35 y 92).

³⁹ Véase la Observación General número 12 (párrafo 66).

aplicar más de una medida por la misma infracción, se debe respetar el debido proceso.⁴⁰

Respecto de las sanciones disciplinarias, en ningún caso pueden constituir un trato cruel, inhumano o degradante y se encuentra prohibido cualquier otra sanción que pueda poner en riesgo la salud física o mental del menor. También, se prohíbe las sanciones que contemplen reducción de alimentos, la restricción o denegación de contacto con familiares y el trabajo, la celda de aislamiento y los traslados.⁴¹

Exigencias más severas para el uso de medidas coercitivas

La utilización de estas medidas exige el mayor cuidado ya que puede generar situaciones de riesgo para la vida e integridad corporal del adolescente. Estas deben ejercerse siempre bajo la estricta supervisión de especialistas en medicina o psicología.⁴² En ese sentido, solo se podrán utilizar la coerción física, mecánica y médica cuando se hayan agotado o fracasado los mecanismos de solución de conflictos.⁴³ Los medios utilizados deben ser lo menos lesivos y se deben ocupar por el tiempo estrictamente necesario.⁴⁴

Mecanismos de control

El quinto eje temático en el que la especialidad tiene importancia es en los mecanismos de control.

En la ejecución de las sanciones privativas de libertad existen elevados riesgos de que se cometan abusos entre y contra jóvenes, por tanto, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce la importancia de los mecanismos de prevención y protección de derechos al interior de los centros.⁴⁵

⁴⁰ Véase la Observación General número 12, (párrafo 134) y las Reglas de La Habana (número 70).

⁴¹ Véase las Reglas de La Habana (número 67), las Reglas de Beijing (número 17.3), las Reglas de Riad (número 21h y 54), y la Observación General número 24 (párrafo 95).

⁴² Véase la Observación General número 10 (párrafo 89).

⁴³ Véase las Reglas de La Habana (número 64) y la Observación General número 24 (párrafo 95 f).

⁴⁴ Véase las Reglas de La Habana (número 64).

⁴⁵ Véase la Observación General número 4 (párrafo 12); número 8 (párrafo 11), número 13 (párrafo 3i) y número 20 (párrafo 49).

Los mecanismos de prevención se ocupan de la detección de situaciones de riesgo que podrían lesionar derechos al interior de la prisión y de visibilizar las condiciones carcelarias. Los mecanismos de protección se ocupan de la adjudicación de los derechos, de restaurar el imperio de la ley al interior de la prisión y de determinar responsabilidades legales.

Control judicial

Debe existir un tribunal con competencia expresa encargado de resolver las afectaciones de derechos producidas por toda acción u omisión del servicio durante la etapa de ejecución, que como hemos señalado le corresponde al juez de garantía del domicilio del condenado. Este tribunal cuando resuelva los conflictos de intereses en la decisión administrativa debe analizar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Respecto a la idoneidad, el tribunal deberá determinar si la decisión administrativa es útil para satisfacer el fin que se deseaba resguardar. Respecto a la necesidad, si se eligió la alternativa menos dañina, la más inocua o con menos impacto en los derechos del afectado. Respecto a la proporcionalidad, si se justifica el sacrificio de un interés por la utilización de un medio que sirva a la protección de otro.

En materia de adolescentes privados de libertad existen exigencias expresas en materia de control que marcan la diferencia con el sistema de adulto. Estas son:

1. *Intervención con carácter preventivo.* La intervención judicial debe ir más allá, resolviendo el conflicto jurídico y, en la medida de lo posible, ordenar medidas de prevención concretas que protejan al adolescente.⁴⁶

2. *Velar por el interés superior del niño.* En toda decisión los tribunales deberán respetar el debido proceso, proteger el desarrollo del joven, su interés superior y procurar que la intervención sea lo menos perjudicial posible. Los tribunales deben actuar con celeridad y orientar sus intervenciones a respuestas que incluyan la mediación, terminar con la impunidad de los agresores e indemnizar los daños.⁴⁷

3. *Calificar los tratos crueles, inhumanos o degradantes considerando las características del menor.* En el análisis, se debe considerar necesariamente la especial vulnerabilidad a la que son susceptibles niños, niñas y

46 Véase la Observación General número 13, (párrafo 54).

47 Véase la Observación General número 13 (párrafo 54 y 55).

adolescentes dada sus particulares características, debiendo ser tratados con tacto y sensibilidad.⁴⁸

4. *Revisión periódica de la privación de la libertad para examinar la sustitución de la pena por otra de menor medida.* El carácter excepcional de esta medida producto de los efectos negativos que el encierro genera en los adolescentes obliga a realizar revisiones periódicas de la sanción y a evaluar la conveniencia de sustituirla por otra menos intensa y de medio libre.⁴⁹

En esta materia, la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio refacciona las disposiciones relativas a la sustitución y la remisión de las sanciones penales adolescentes.

Respecto de la sustitución de sanciones, se le agregan dos incisos al artículo 53 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, quedando como sigue:

Artículo 53. Sustitución de condena. El tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta Ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento. La sanción sustitutiva no se podrá imponer en una extensión inferior o superior al mínimo y máximo previsto en la Ley.⁵⁰ Para estos efectos, el juez, en presencia del condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción, examinará los antecedentes, el desarrollo del plan de intervención, oír a los presentes y resolverá. A esta audiencia podrán asistir los padres del adolescente o las personas que legalmente hubieren ejercido la tuición antes de su privación de libertad, y la víctima o su representante. La inasistencia de estos últimos no será nunca obstáculo para el desarrollo de la audiencia. La resolución que se pronuncie sobre una solicitud de sustitución será apelable para ante la Corte de Apelaciones respectiva. En caso alguno la internación en un régimen cerrado podrá sustituirse

48 Véase la Observación General número 13 (párr.54b) y CIDH *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú* (párrafo 170).

49 Véase las Reglas de Beijing (números 19.1 y 28.1), la Observación General número 20 (párrafo 88), la Observación General número 24 (párrafo 88) y las Reglas de La Habana (número79).

50 Este inciso es intercalado por la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil.

por una de las sanciones previstas en las letras e) o f) del artículo 6. Tratándose de sanciones impuestas en virtud de la comisión de un crimen respecto de quienes hubiesen sido previamente condenados por delito sancionado con pena aflictiva, la sustitución solo procederá una vez que se haya cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta.⁵¹

En lo sustancial se mantiene la fisonomía de la sustitución de sanciones, precisando la extensión que puede tener la sanción sustitutiva y estableciendo un requisito más riguroso tratándose de las condenas por la comisión de crímenes. En este caso se exige el cumplimiento de más de la mitad de la sanción originalmente impuesta, pero solo cuando con anterioridad el condenado haya sido condenado por delito sancionado con pena aflictiva. Quedará sujeto a la interpretación de los tribunales si la apreciación de las penas de crímenes y aflictivas a las que se alude en la disposición reformada se refiere a las penas en abstracto o en concreto, cuestión que hoy plantea dudas al momento de adoptar decisiones, a partir de la rebaja de pena contenida en el artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Sin duda, uno de los aspectos más importantes para la decisión acerca de la sustitución de la pena es el que dice relación con que parezca menos gravosa para la integración social del adolescente infractor. Para resolver, los tribunales requieren tener a disposición los antecedentes relacionados con el desarrollo del plan de intervención, que deben constar en un informe de cumplimiento elaborado por la institución a cargo de la ejecución de la pena. La ausencia de avances significativos en el proceso de resocialización de adolescentes será el motivo principal para rechazar las peticiones de sustitución de sanciones, tal como se aprecia en las sentencias rol 103-2021 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 469-2020 de la Corte de la Apelaciones de Antofagasta, rol 659-2020 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 344-2020 de la Corte de Apelaciones de Arica.

En el caso particular de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en la causa rol 431-2020, se señala que «la sustitución de la pena no puede, sino, efectuarse considerando un análisis global e integrado de la necesidad de reinserción social, con la totalidad de principios, fines y criterios que, en el caso concreto, justificaron la im-

⁵¹ Ídem.

posición de las penas y, en atención que constituye una alteración de lo resuelto mediante sentencia definitiva, dictada, ciertamente, con todos los elementos del caso, solo en la medida que ello se encuentre plenamente justificado, necesariamente por medio de antecedentes posteriores que lo acrediten, particularmente un cambio efectivo de los patrones de conducta del condenado».

Por el contrario, la jurisprudencia ha razonado que cuando el adolescente demuestra avances en su programa de intervención y se puede apreciar que ha obtenido un cumplimiento de satisfactorio a óptimo en casi todos los ítems de evaluación, como ocurrió en el caso rol 178-2020 de la Corte de Apelaciones de La Serena, en el que se alcanzó el 88% de cumplimiento de los aspectos abordados en el plan de intervención, se estimó como razón suficiente para acoger la petición de sustitución de condena de régimen cerrado a semicerrado.

En relación con la remisión de la condena, se mantiene el artículo 55 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en los siguientes términos:

Artículo 55. Remisión de condena. El tribunal podrá remitir el cumplimiento del saldo de condena cuando, en base a antecedentes calificados, considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición. Para ello será aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 53. Para los efectos de resolver acerca de la remisión, el tribunal deberá contar con un informe favorable del Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Tratándose de una sanción privativa de libertad, la facultad de remisión solo podrá ser ejercida si se ha cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta o de dos tercios de la misma, si se trata de delitos que en el régimen de adultos pueden recibir una pena igual o superior al presidio o reclusión mayor en su grado máximo.

En el inciso final, reformado por la Ley 21.527 que crea el Servicio de Reinserción Social Juvenil, se establece un régimen más riguroso para proceder a la remisión de la pena tratándose de delitos particularmente graves, castigados en el régimen de adultos con una pena superior a quince años de privación de libertad

Quedará sujeto a la interpretación de los tribunales el punto de determinar si esa pena de presidio o reclusión mayor en su grado máximo se

refiere a la pena mínima o la pena máxima asignada por la ley al delito, lo que puede resultar determinante la proceder o no a la remisión de la condena.

La nueva Ley 21.527 intercaló una disposición que tiene por finalidad el debido emplazamiento de la víctima a los actos del procedimiento relacionados con la ejecución de sanciones y, en particular, aquellas en las que se podría decidir la sustitución o la remisión de la condena en adolescentes:

Artículo 55 bis. A efectos de lo dispuesto en los tres artículos precedentes la víctima deberá informar su domicilio para fines de notificación en la primera actuación en que intervenga ante un tribunal o fiscal del Ministerio Público, pudiendo en dicha oportunidad indicar una forma alternativa para recibir dicha comunicación. El tribunal o fiscal que hubiere recibido dicha información deberá registrarla y comunicarla oportunamente a quien debe resolver. Lo dispuesto también tendrá lugar en caso de que se hubiere decretado cualquier tipo de medida que obligue a guardar reserva para fines de protección de la víctima, debiendo el órgano correspondiente adoptar las medidas de resguardo que sean pertinentes.

Inspección carcelaria

Respecto a la inspección, la institución que las realice debe ser independiente, los inspectores deben ser calificados y contar con la participación de expertos de la salud y con facultades legales para ingresar sin restricciones a los centros. Estas visitas deben ser periódicas evaluando el acatamiento de las reglas relativas al ambiente físico, higiene, alojamiento, comida, servicios médicos y cualquier aspecto o condiciones de vida que pueda afectar la salud física y mental del interno. Además, la inspección debe utilizar un instrumento con indicadores que permitan medir objetivamente la satisfacción de las necesidades especiales y la posterior realización de un informe de evaluación.⁵²

⁵² Véase las Reglas de La Habana (números 72, 73 y 74), la Observación General número 24 (párrafo 95).

Reclamos y quejas

Los reclamos y quejas constituyen mecanismos de prevención y protección de derechos en el interior de los centros. De prevención ya que permite solucionar problemas y evitar que escalen. De protección porque permite conocer hechos que constituyen lesiones de derechos. Se pueden presentar en todo momento y deben ser respondidas sin demora. Los centros deben poner a disposición un mediador independiente en cada centro para recibir e investigar las quejas formuladas y ayudar a la solución de conflictos.⁵³

Un aspecto muy relevante relacionado con la fase de ejecución es el del quebrantamiento de las sanciones impuestas. La relevancia del quebrantamiento radica en la necesidad de asegurar el cumplimiento de las condenas que no son debidamente cumplidas, ya que, de lo contrario, se afectaría la confianza y la seriedad en el sistema de justicia penal juvenil (Berríos, 2022: 87). Sin embargo, por otra parte se debe hacer frente a la tensión que existe entre la necesidad de reducir el uso de la privación de libertad como respuesta penal y la aplicación rigurosa de las sanciones, sobre todo las que no implican una privación de libertad.

En materia de quebrantamiento, la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil innovó en aspectos significativos, quedando de la siguiente forma:

Artículo 52. Quebrantamiento de condena. Si el adolescente no diere cumplimiento en forma grave o reiterada a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente Ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes: 1) Tratándose de las penas accesorias previstas en las letras a), c) o d) del artículo 6, se aplicará en forma sustitutiva la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por el tiempo mínimo previsto en la Ley. Si el adolescente no aceptare la medida, se aplicará la libertad asistida en cualquiera de sus formas por el tiempo mínimo previsto en la Ley. Todo lo dicho, sin perjuicio de la mantención de las prohibiciones o restricciones que ellas importen, por el tiempo restante. 2) Tratándose del quebrantamiento de las medidas de reparación del daño y prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se aplicará en forma sustitutiva la libertad asistida

⁵³ Véase las Reglas de La Habana (números 75 a 78) y la Observación General número 24 (párrafo 95).

en cualquiera de sus formas por el período mínimo previsto en la Ley. 3) El quebrantamiento de la libertad asistida o de la libertad asistida especial dará lugar a una ampliación del plazo por el que hubiesen sido impuestas dichas sanciones o, alternativamente, a su sustitución por la sanción inmediatamente superior, extensiva al tiempo mínimo previsto en la Ley, según cuál hubiese sido la naturaleza del incumplimiento y su persistencia. 4) El quebrantamiento de la libertad asistida especial con reclusión parcial podrá sancionarse ampliando del plazo por el que hubiese sido impuesta dicha sanción o, alternativamente, sustituyéndolo por una pena de internación en un centro cerrado por el tiempo mínimo previsto en la Ley, según cuál hubiese sido la naturaleza del incumplimiento y su persistencia. En su caso, se procederá al abono del tiempo que se hubiere satisfecho la condena original. 5) El quebrantamiento del régimen de libertad asistida simple o especial al que fuere sometido el adolescente en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, facultará al juez para ordenar que se sustituya su cumplimiento por la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el tiempo que resta. El quebrantamiento que no fuese grave o reiterado podrá dar lugar a una intensificación del correspondiente plan de intervención. En las audiencias de que trata este artículo será obligatoria la presencia del condenado.

Los Estándares Comunes para Iberoamérica sobre Determinación y Revisión Judicial de Sanciones Penales de Adolescentes, previenen en el número 25 letra a):

Si el o la adolescente a quien se ha impuesto una sanción dirigida a promover su integración social se sustrae de forma completa y permanente a la ejecución de la sanción, antes de imponerle una respuesta más severa —en los sistemas de justicia juvenil que consideran esta posibilidad— debe evaluarse si acaso el incumplimiento se debe a circunstancias que no están bajo su control, que se traduzcan en una incapacidad o una gran dificultad para cumplir la sanción —trátase de circunstancias personales del adolescente o del propio programa, centro o institución en que la sanción debe cumplirse—. En este caso, corresponde modificar la sanción por una que favorezca mejor su integración social, atendiendo a su capacidad de cumplimiento de la sanción (Couso, Cillero y Cabrera, 2019).

Sobre la justificación de estos cambios, en el Mensaje de la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, se señala:

carece de sentido un sistema centrado, en exclusiva, en el contenido sancionatorio que confía en que los casos más graves ameritan una intervención estrictamente disuasiva. Lo adecuado por ello es asociar primariamente el tratamiento de los casos de quebrantamiento a una rigidización idónea en el respectivo plan de intervención, previendo, además, para el caso que lo amerite, de una modificación más drástica en el contenido de la sanción, basada precisamente en el hito de la renuencia a cumplir la condena. Se requiere, asimismo, diferenciar los casos de mero incumplimiento de aquellos que dan lugar a una hipótesis de quebrantamiento.

En relación con la normativa original, la nueva Ley 21.527 incorpora las exigencias de gravedad o reiteración del incumplimiento para que pueda decretarse el quebrantamiento de la condena. Es así como se resalta que si no se trata de hechos graves o reiterados solo podrá tener lugar una intensificación del correspondiente plan de intervención.⁵⁴

Con la expresión «grave o reiterado» la legislación de adolescentes se aviene con los mismos términos que se utilizan en otras parcelas del derecho penal para catalogar incumplimientos de condiciones o deberes impuestos por los tribunales. Así, para la revocación de la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, la Ley exige que los incumplimientos de las condiciones sean graves o reiterados. Por su parte, a propósito de los incumplimientos a la ejecución de las penas sustitutivas de la Ley 18.216 en sede penal de adultos, se distingue entre el incumplimiento grave o reiterado y aquel que no lo tiene alguna de esas características.

Un denominador común a todos esos regímenes, al que ahora se incorpora la Ley 20.084, es que se da a entender que no es necesaria la verificación de múltiples incumplimientos para que se dé lugar al quebrantamiento de la pena impuesta. Sin embargo, en materia de adolescentes será difícil encontrar un incumplimiento que sea grave, puesto que, de acuerdo con lo que indica el nuevo artículo 52 bis, incluso la no presentación a la ejecución de la condena o a las citaciones que se le comuniquen para la determinación del plan de intervención no se con-

⁵⁴ Llama la atención que siendo el quebrantamiento lo que el tribunal tiene que decidir a partir de los incumplimientos a las obligaciones que impongan las condenas impuestas a adolescentes, el nuevo artículo 56 se refiera a quebrantamientos no graves o no reiterados, debiendo entender que en realidad se está refiriendo a la calificación de los incumplimientos.

sideran en sí mismas suficientes para configurar un quebrantamiento, lo que solo tendrá lugar cuando tenga lugar una renuencia reiterada del adolescente condenado.

Un problema que se puede presentar en la interpretación y aplicación judicial del nuevo artículo 52 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente es que el factor de la gravedad del incumplimiento presenta una doble dimensión, tanto para calificar el incumplimiento mismo como grave y dar lugar a al quebrantamiento y, además, para adoptar la decisión respecto de las consecuencias que tendrá el quebrantamiento en cada uno de los numerales de la disposición. Esto revive el inconveniente que presentaba el antiguo artículo 24 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en relación con la doble valoración de las consideraciones vinculadas al ilícito y la situación personal del adolescente, en el marco de la prohibición de doble valoración impuesta por el principio del *non bin in idem*.

Al momento de apreciar la entidad de los incumplimientos de los adolescentes para dar cumplimiento a las sanciones, la jurisprudencia ha sostenido que es necesario tener en cuenta consideraciones tales como el consumo habitual de drogas, el fallecimiento del padre del menor, la comisión de otros ilícitos, y la socialización con grupo de pares disruptivos. Ello sumado a la notable falta de madurez del adolescente para responder a las exigencias de la sanción y del centro o programa específico de que trate, han dado lugar a que se revoque un quebrantamiento y estimar que los incumplimientos no revisten la suficiente gravedad para tenerlo por configurado.⁵⁵

Otras de las hipótesis que permiten descartar la existencia de incumplimientos que den lugar a un quebrantamiento, son aquellos que los tribunales han considerado propios de su dinámica de vida, búsqueda de reinserción y de escolaridad.⁵⁶

Un factor importante que incorpora la Ley 21.527 que crea el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, es el de la progresividad en la respuesta estatal frente a los incumplimientos de adolescentes en la ejecución de sus sanciones, quedando la posibilidad de aplicación de una pena privativa de libertad como de última alternativa. Esto también

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 166-2014, de 26 de marzo de 2014, considerando undécimo, citado por Berríos (2022: 95).

⁵⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1902-2017, de 28 de agosto de 2017.

tiene influencia en aspectos propiamente procesales, por ejemplo, el que tiene que ver con el número de audiencias que tengan lugar para debatir acerca del quebrantamiento de la pena. Al respecto, se ha revocado la decisión de quebrantamiento cuando «se tratase de la primera y única audiencia llevada a cabo para conocer del quebrantamiento de la sanción de libertad asistida sin que conste apercibimiento previo para su correcta ejecución».⁵⁷

Otro punto relevante a considerar respecto del quebrantamiento y de las demás decisiones que se adopten en la fase de ejecución de las condenas es que, de acuerdo con el nuevo artículo 56 bis que se incorpora a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, son apelables las resoluciones adoptadas en virtud de lo dispuesto en las reglas que se incluyen en el párrafo 3 del Título III, entre las cuales se encuentran, además del quebrantamiento, los pronunciamientos que recaigan en materia de sustitución y remisión de sanciones.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 320-2019, de 25 de junio de 2019.

Referencias

- Arbeláez de Tobón, Lucía y Esmeralda Ruíz González (2018). *Cuaderno de las buenas prácticas para incorporar Perspectiva de Género en las sentencias*. Poder Judicial de Chile. Disponible en <https://bit.ly/3fTp-Nej>.
- Arena, Federico (2019). «Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos». En Valentina Risso y Sofía Pezzano (editoras), *Derecho y control 2*. 1.ª ed. (pp. 11-44). Córdoba: Ferreyra. Disponible en <https://bit.ly/3UlgGSt>.
- Asociación para los derechos de las mujeres y el desarrollo (2004) «Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica». *Derechos de las mujeres y Cambio Económico*, 9, 1-8. Disponible en <https://bit.ly/2lYth2T>
- Berrios, Gonzalo (2005). «El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes», *Revista de Estudios de la Justicia*, 6, 161-174.
- . (2011). «La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas», *Política criminal*, 6 (11), 163-191. DOI: [10.4067/S0718-33992011000100006](https://doi.org/10.4067/S0718-33992011000100006).
- . (2022). «El quebrantamiento de condena en la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente», *Política Criminal*, 17 (33), 86-109. DOI: [10.4067/S0718-33992022000100086](https://doi.org/10.4067/S0718-33992022000100086).
- Beloff, Mary (2001). «Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina», en Mauricio González y Elieth Vargas, *Derechos de la Niñez y Adolescencia Antología* (pp. 301-324).
- Bustos Ramírez, Juan (2007). *Derecho Penal del Niño-Adolescente*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Cappelaere, Geert y Anne Grandjean (2000), *Niños privados de libertad, derechos y realidades*. Madrid: Ministerio de trabajo e inmigración.
- Carrasco-Jiménez, Edison (2007). «Los delitos sexuales como objeto de regulación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (el artículo 4º y sus problemas)». *Revista Procesal Penal*, 70, 9-34.
- Castro, Álvaro (2021). «La especialidad en la ejecución de la sanción

- privativa de libertad juvenil: análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina». *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 86, 251-289, disponible en <https://bit.ly/3EhoPyM>.
- Cillero, Miguel (1994). «Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile», en Pilloti, F. (Coordinador), *Infancia en Riesgo y Políticas Sociales en Chile* (pp. 75-150). Montevideo: Ed. IIN-FLACSO.
- . (1996). «Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos», en Medina Quiroga, Cecilia y Mera Figueroa, Jorge (editores), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humano* (pp. 477-544). Santiago: Ediciones UDP.
- . (1998). «El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño». En Emilio García Méndez y Mary Beloff (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia*, Buenos Aires: Temis-DePalma.
- . (2006). «Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes», *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile.
- . (2008) «Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el derecho penal de adolescentes chileno». Documento de trabajo número 13, Defensoría Penal Pública.
- . (2019) «Determinación de Sanciones Penales Juveniles en el Derecho Internacional de Derechos Humanos» en Miguel Cillero, Jaime Couso y Myriam Cabrera, *Proporcionalidad de la Sanción Penal de Adolescentes. Estudio Comparado y Estándares para Iberoamérica* (pp.177-203). Santiago; Thomson Reuters.
- Cillero, Miguel y otros (2011). *Código Penal Comentado*. Santiago: Abeledo Perrot.
- Comisión Interamericana de Mujeres (2019). «La infancia y el enfoque de género: la importancia de un abordaje integral». En *Infancia y Género. Un encuentro necesario* (pp. 15-16). Montevideo. Uruguay: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *caso Atala Riffo y niñas versus Chile*. Disponible en <https://bit.ly/3NQv1nw>.
- . (2014). *Caso Norin Catriman y otros versus Chile*. Disponible en <https://bit.ly/3TgTTPG>.

- Cortés, Julio (2007). «A 100 años de la creación del Primer Tribunal de Menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente». *Justicia y Derechos del Niño*, 9, 143-158.
- Couso, Jaime (2008). «La política criminal para los adolescentes y la Ley 20.084». Documento de trabajo número 12, Defensoría Penal Pública.
- . (2012). «La especialidad del derecho penal de adolescentes, Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 38, 267-322.
- Couso, Jaime, Miguel Cillero y Myriam Cabrera (editores) (2019). *Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes. Estudio comparado y estándares comunes para Iberoamérica*. Santiago: Thomson Reuters, Santiago.
- Couso, Jaime y Julio Duce (2013). *Juzgamiento Penal de Adolescentes*. Santiago: LOM.
- Cuesta, José Luis y Isidoro Blanco (2010). *Menores infractores y sistema penal*. Instituto Vasco de Criminología.
- De Ferrari, Luis (2006). *Notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes*, *Justicia y Derechos del Niño*, N° 8.
- De Giorgi, Alessandro (2005). *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas en la sociedad de control*. Barcelona: Virus.
- Defensoría Penal Pública (2018). *Manual De Actuaciones Mínimas En Materia De Igualdad De Géneros*. Disponible en <https://bit.ly/3UAwOQ4>.
- Díaz, Lina (2009). *Derecho penal de menores: un estudio comparado del derecho penal juvenil en Colombia y España*. Bogotá: Temis.
- Duce, Mauricio (2009). «Derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil». *Ius et Praxis*, 15 (1), 73-120. DOI: [10.4067/S0718-00122009000100004](https://doi.org/10.4067/S0718-00122009000100004).
- . (2010). «El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Nuevo Procesal Juvenil Chileno». *Política Criminal*, 5 (10), 280-340. DOI: [10.4067/S0718-33992010000200001](https://doi.org/10.4067/S0718-33992010000200001).

- Paredes, Valentina (2021) «Perseguidas por abortar: 366 mujeres han sido imputadas por aborto sin causales, 39 son menores de edad». *El mostrador*, disponible en <https://bit.ly/3ElnYAl>.
- Feld, Barry (1999). *Bad Kids, Race and the Transformation of the Juvenile Court*. Oxford: Oxford University Press.
- Fiscalía, Ministerio Público de Chile (2019). Manual Para La Investigación De Casos De Violencia Física Y Psíquica Por Razones De Género. Disponible en <https://bit.ly/3DMULMU>.
- . (2019). *Política Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile*. Recuperado el 09 de diciembre de 2021, de Disponible en <https://bit.ly/3Ejo8bh>.
- García Méndez, Emilio (2001) «Prehistoria e Historia del control socio-penal de la infancia; política jurídica y derechos humanos en América Latina». *Derechos de la niñez y la adolescencia: antología* (p. 293-300). Unicef
- . (2017). *Infancia ¿para dónde van sus derechos?* Buenos aires: Didot.
- Giorgi, Víctor (2019). «Prólogo». En Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *Infancia y Género. Un encuentro necesario* (pp. 9-12). Montevideo. Uruguay: Instituto Interamericano del Niño y la Niña.
- Gómez, A. (2020), «Marco internacional del derecho penal para menores de edad». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, 2020, 395-419. DOI: [10.22201/ijj.24487872e.2020.20](https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20).
- Guerrero, Luis (2007). «Seguridad pública y prevención del delito en el Estado social de derecho. Especial comentario a la trascendencia de la educación», *Dikaion*, 16 (1), 251-172.
- Grupo de trabajo en infancia y género (2019). *Infancia y Género. Un encuentro necesario*. Montevideo. Uruguay: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN)
- Hernández, Héctor (2007). «El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito», *Revista de Derecho* (Valdivia), 20 (2), 195-217.
- Hassemer, Winfried (2013). Los jóvenes en el Derecho penal. Conferencia de apertura para el 26° Congreso Alemán de Tribunales Juveniles. En Varios autores, *Estudios de Derecho Penal Juvenil IV* (pp. 61-94), Defensoría Penal Pública.

- Horvitz, María Inés (2006). «Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable». *Revista de Estudios de la Justicia*, 7, 97-119. DOI: [10.5354/rej.voi7.15085](https://doi.org/10.5354/rej.voi7.15085).
- Larrauri, Elena (2002). *Género y Derecho Penal* [Conferencia dictada en el marco del Seminario «Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas», realizado los días 26 y 27 de setiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica.].
- Lipsey, Mark, David Wilson y Lynn Cothorn (2000). «Effective Intervention for Serious Juvenile Offenders», *Juvenile Justice Bulletin*. Disponible en <https://bit.ly/3UH7cAJ>.
- Lovera Palermo, Domingo y Ximena Gauché Marchetti (2019). «Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos». *Ius et Praxis*, 25 (2), 359-402. DOI: [10.4067/S0718-00122019000200359](https://doi.org/10.4067/S0718-00122019000200359).
- Mañalich Raffo, Juan pablo (2013). «Los plazos de prescripción de la acción penal de la ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art.369 quáter del Código Penal». En Varios autores, *Estudios de Derecho Penal Juvenil IV* (pp. 213-232). Defensoría Penal Pública, Santiago.
- Mackinnon, Catharine (1995). *Hacia una teoría feminista de Estado*. Madrid: Cátedra.
- Maldonado, Francisco (2004). «La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes: reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado», *Justicia y Derechos del Niño*, 6. UNICEF, 2004
- . (2011). «Fundamentación y determinación de la pena en el derecho penal de adolescentes. A propósito dl juicio seguido contra B. N. M. por delito de robo con intimidación (RUC 0900505404-1) en la V Región», *Ius et Praxis*, 17 (2), 505-536. DOI: [10.4067/S0718-00122011000200018](https://doi.org/10.4067/S0718-00122011000200018).
- . (2014). «Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales adolescentes». *Revista De Derecho. Escuela De Postgrado*, (5), 17-54. DOI: [10.5354/rdep.voi5.35835](https://doi.org/10.5354/rdep.voi5.35835)
- Medina, Gonzalo (2009). «Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente». *Revista de Estudios de la Justicia*, 11, 201-234. DOI: [10.5354/rej.voi11.15200](https://doi.org/10.5354/rej.voi11.15200).
- Melossi, Darío (1992). *El Estado del control social*. México: Siglo XXI.
- Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Gobierno de Chile (2020).

- Mesa interseccional sobre trata de personas datos 2011-2020*. Disponible en <https://bit.ly/3G3sCnR>.
- Mir Puig, Santiago (2006). *Estado, pena y delito*. Montevideo: BdeF.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2007). «Los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos como parte del parámetro del control de constitucionalidad: la sentencia rol 786-2007 del Tribunal Constitucional». *Estudios Constitucionales*, 5 (2), 457-466.
- Núñez, Raúl y Jaime Vera (2012). «Determinación judicial de la pena. Motivación y su control en el derecho penal de adolescentes chileno». *Política criminal*. 7 (13), 168-208. DOI: [10.4067/S0718-33992012000100005](https://doi.org/10.4067/S0718-33992012000100005).
- Oberlin, Ana (2019), «Género, disidencias y niñez». En Grupo de trabajo en infancia y género, *Infancia y Género. Un encuentro necesario*. Montevideo. Uruguay: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN)
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC (2018). *Global Report on Trafficking in Persons*. Disponible en <https://bit.ly/2AzgZ5j>.
- Olsen, Frances. (1990). El sexo del derecho. En David Kairys, *The Politics of Law* (pp. 452-467). Nueva York: Pantheon.
- Organización de las Naciones Unidas (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*. Disponible en <https://bit.ly/3WMWKcR>.
- . (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (Convención de Palermo)*. Disponible en <https://bit.ly/3A1z0bc>.
- . (2010). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*. Disponible en <https://bit.ly/2LFT2wZ>.
- Organización De Las Naciones Unidas Mujeres, ONU Mujeres (2021). *La mujer y la pobreza*. Disponible en <https://bit.ly/3zXBDef>.
- Organización de los Estados Americanos, OEA (1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará)*. Disponible en <https://bit.ly/3TnM29>.
- Scott, Elizabeth (2000). «Criminal Responsibility in Adolescence: Lessons from Developmental Psychology». En Thomas Grisso y Robert Schwartz, *Youth on trial* (pp.291-324). Chicago: University of Chicago Press.

- Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación del Poder Judicial de Chile (2018). *Política de igualdad de género y no discriminación*. Disponible en <https://bit.ly/3WHj2g6>.
- Siegel, Larry y John Worrall (2010). *Introduction to Criminal Justice*. California: Wadsworth.
- Tiffer, Carlos (1997). *De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo garantista: Nueva ley de justicia penal juvenil*.
- UNICEF (2021a). *Día mundial contra la Trata: ¿Un negocio rentable?* Disponible en <https://bit.ly/3DY96Gs>.
- UNICEF (2021b). *Los niños, niñas y adolescentes tienen derechos*. Disponible en <https://uni.cf/3EiSP05>.
- Vallejos, Claudia y Pamela Rubio (2021) *Mediación Penal en Tribunal de Tratamiento de Drogas Adolescente, Departamento de Investigación y Formación LEASUR*. Disponible en <https://bit.ly/3DNEIEo>.