



ACERCA DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES

Julio Cortés Morales

“Para el propósito de ofrecer un enfoque más fructífero de la sociología de los sistemas punitivos, resulta necesario despojar a las instituciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas, de sus velos ideológicos y apariencias jurídicas y describirlas en sus relaciones reales...La pena como tal no existe; existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales.”

Georg Rusche y Otto Kirchheimer

“La pregunta: ‘Si se tienen los medios con los que mejorar a los hombres, ¿por qué no habría de hacerlo?’ expresa, digamos que ingenuamente, la concepción según la cual son los hombres ‘malos’, los inadaptados, los que no están a la altura, comparados con la impecable racionalidad del sistema.”

Encyclopédie des Nuisances

El sistema penal moderno y los niños

El derecho penal es en gran medida un espectáculo. Siempre lo fue, y dicha condición en nuestros días parece haber llegado al punto de mayor exageración.

Culturalmente, los mecanismos de aplicación de penas, de sanciones, medidas o castigos, han estado rodeados desde hace ya mucho tiempo de componentes racionales, finalidades o funciones declaradas, y aspectos irracionales, emotivos, simbólicos, con funciones latentes que se cumplen a cierta distancia o en total contraposición a las funciones manifiestas o declaradas.

Así, mientras por una parte se puede hablar de un fracaso del sistema penal en cuanto a su objetivo aparente de reducir o eliminar la criminalidad, por otro lado el sistema es

altamente exitoso cuando moviliza a la mayor parte de los ciudadanos en torno a consensos básicos relativos a la mantención de cierto orden¹.

Bajo sus aparentes contradicciones, el funcionamiento de los sistemas penales mantiene una coherencia relativamente oculta entre:

-necesidades objetivas de control y disciplina social, que tienen una sorprendente capacidad para justificarse desde diversos discursos y finalidades;

-construcción de hegemonías subjetivas que sirven de sustrato, de “sentido común” sobre el cual este funcionamiento se hace posible –ideas tales como la necesidad de un uso cada vez mayor de la cárcel; construcción de la ilegalidad de los sectores dominantes como un problema diferente, no exactamente criminal, etc.-;

-resultados exitosos del control sobre lo que en realidad es su población objetivo: el conjunto de las personas -que viven un tiempo social determinado por la mercancía, un “tiempo sin tiempo”, cuya aceleración ha llevado a un sentimiento de instantaneidad permanente, casi sin sentido histórico-, y no solo aquellos directamente criminalizados por el sistema penal –a quienes se expulsa del tiempo social para ir vivir subjetivamente el tiempo de la pena-.

A fines del siglo XIX, las necesidades del control social en la fase de desarrollo del capitalismo que siguió a la Revolución Industrial, motivaron fuertes críticas al derecho penal existente, hijo de las correcciones introducidas a los mecanismos previos de castigo por la burguesía liberal en su momento crítico o progresista. Dichos ajustes superaban aquellos elementos que impedían la estructuración de un derecho y un sistema de control social que posibilitaran la gran transformación de fondo que está detrás de la totalidad social que en los últimos siglos se ha configurado: la “libre” circulación de mercancías, y el devenir mercancía del mundo (personas, naturaleza, ciudad).

La doble necesidad del poder penal de la burguesía (criticar las formas penales previas, y estructurar unas nuevas) llevó a que se reprochara fuertemente la incapacidad de los mecanismos meramente reactivos de control, limitados por su carácter formalizado y por el respeto (más declarado que real) a garantías y límites. Así, las nuevas demandas de control generaron la necesidad de contemplar mecanismos adicionales de disciplinamiento, en casi todas las áreas de actividad social. Algunas de estas nuevas formas consistieron en una subsistencia de mecanismos muy similares a la pena que pasó a ser central en el derecho penal moderno, la privación de la libertad, pero ejercida en nombre de finalidades diferentes a la del castigo retributivo. Así es como surge en relación a los menores de edad un sistema de control sobre el que se ha hablado y escrito largamente en estos últimos años, sistema llamado “tutelar de menores”, que en base a una declaración formal de exclusión de los menores del sistema penal de adultos, estructuró tribunales y recintos especializados para tratar con niños denominados “irregulares” o en “riesgo material o moral”. Demás está

¹ La manera en que este consenso se produce y refuerza ha sido materia de discusión e investigación en diversas sociologías del castigo. Un buen repaso y síntesis en: David Garland, Castigo y sociedad moderna, siglo XXI. Por de pronto, es bueno tener en cuenta que hay efectos a nivel del sentimiento de comunidad, de unión en contra de un enemigo común (Durkheim, Mead), pero también aspectos más negativos que han sido revelados sobre todo por autores de inspiración psicoanalítica: mecanismos de chivo expiatorio, y de necesidad inconciente de reforzamiento del superyo de los ciudadanos “honestos”.

decir que este nuevo sistema, por más que las intenciones de sus inventores fueran complejas (desde pasiones humanitarias a una conciencia de clase dominante más o menos explícita que buscaba precisamente la normalización y/o puesta fuera de circulación de las “clases peligrosas”), nunca dejó de ser materialmente un tipo sui generis de penalidad.

Mientras el discurso penal clásico apuntaba a la centralidad de la noción de culpabilidad, como fundamento para la imposición de penas, las recetas positivistas comenzaron a actuar sobre la base de la “temibilidad” o “peligrosidad” del delincuente o desviado, incluso de manera predelictual. Las formas de control cambiaron, diversificándose, y ampliándose, para alcanzar de manera más efectiva a una capa mayor de sujetos peligrosos. Lo que logra por esta vía el sistema penal en sentido amplio es, además, invisibilizar ciertas formas de control. En efecto, la aplicación cotidiana de este sistema no es percibida culturalmente como ejercicio del poder penal del Estado.

En una visión histórica más o menos amplia, los niños en Chile han estado sometidos a distintos mecanismos disciplinantes, que de una u otra forma han subsistido conjuntamente hasta el día de hoy. Entre ellos tenemos:

-sujeción a la autoridad del padre de familia, a quien las leyes civiles han reconocido un poder de castigo al interior del mundo privado (“poder penal doméstico”). A esta esfera de control se le reconoce la facultad de solicitar internaciones al poder formal, al Estado, a través de sus tribunales (ver antiguo artículo 233 del Código Civil chileno, que facultaba al padre a corregir y castigar moderadamente a su hijo, y a solicitar a un juez su internación en establecimientos correccionales)².

-aplicación del derecho penal de adultos, atenuado en caso de imposición de sentencias condenatorias. Esta es la situación de aquellos a los que se refiere el artículo 10 del Código Penal como personas en principio “inimputables”, pero respecto de quienes se declara que han actuado “con discernimiento”. La franja de edad en que se aplica este mecanismo va de los 16 a 17 años. Al cumplirse los 18 se adquiere responsabilidad penal plena³.

-sometimiento al poder de la justicia de menores. Este poder se ejerce en principio sobre todos los niños que se encuentren en situaciones de “irregularidad”, sobre infractores de menos de 16 años, y aquellos de 16 y 17 declarados “sin discernimiento”.

Todos estos mecanismos se podrían englobar en el sector llamado “formal” o “reactivo” del control social, el que aplica la llamada “socialización secundaria” a aquellas personas que se desvían respecto de los lineamientos de comportamiento inculcados por los mecanismos más informales y proactivos de control y socialización. Sin embargo, sabemos que el nivel

² Algo de esto subsiste luego de reformas recientes en materia de filiación y tribunales de familia. El artículo 234 del Código Civil actual mantiene la facultad de corregir, pero “cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”. El inciso final de dicho artículo se mantiene también la posibilidad de “solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad”.

³ En este terreno el Estado ha jugado con diversas edades. Así, la franja del discernimiento fue desde los 10 a los 16 años en el Código Penal (1875). Con la Ley de Menores (1928), la franja quedó entre los 16 y los 20 años, y luego (1953) se bajó el tope superior de los 20 a los 18, quedando en la situación que rige hasta el día de hoy, y que será modificada por la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

de sometimiento de los niños en otros ámbitos puede en muchos casos ser nada benevolente, y en efecto, las regulaciones y prácticas que se viven al interior de la familia, escuelas y otros ámbitos de interacción pueden ser vistas como formando parte de un mismo *continuum*: el disciplinamiento funcional al orden social actual⁴.

La evidencia fáctica, histórica, nos muestra entonces que al capitalismo recurre a una serie de mecanismos entrelazados para garantizar sus necesidades de orden, y la manera en que esto afecta a la infancia, es muy compleja, puesto que se hace necesario evaluar sus fundamentos discursivos, formas de legitimación, operatoria real, efectos.....Además, de por sí es complicado diferenciar cuando hablamos de infancia, aquello a lo que en realidad nos estamos refiriendo. Por eso, se hace conveniente distinguir a lo menos el plano de la vida cotidiana de niños y niñas en un lugar y tiempo dados, de las imágenes o ideología sobre el rol de los niños y la infancia en la sociedad, es decir, el plano de las representaciones que una sociedad se hace sobre los niños y la infancia. Además, es un nivel en sí mismo interesante a objeto de análisis aquel que consiste en las instituciones creadas para el control social de los niños y niñas, sus discursos, prácticas, y la forma en que afectan las vidas cotidianas de niños. Estos tres niveles de análisis suelen presentarse en la realidad confundidos, obligando a una labor de distinciones, en que es posible entenderlos también en sus múltiples influencias recíprocas.

La relación entre estos tres niveles nos puede mostrar muchos desfases. Por ejemplo, la alta valoración que se da hoy en día a la educación formal, no obsta para que, en términos de las vidas concretas involucradas, muchos de los cambios operados durante el siglo hayan sido experimentados como algo negativo, como pérdida de autonomía y capacidad de interacción social directa⁵. Por otra parte, un discurso que asume cada vez más fuertemente la necesidad de dar protección a los niños, no cesa de legitimar intervenciones intrusivas sobre sus vidas, de carácter fuertemente restrictivo, y hasta coactivo. Otro tipo de desajuste es el que se da entre las intenciones concientes de los que tienen a su cargo decisiones sobre las formas de control institucionalizado de los niños, y los efectos reales de su accionar, y de las reformas que constantemente se van sucediendo en esta área⁶.

La infancia, entonces, aunque resulte obvio a estas alturas decirlo, es una construcción social e histórica, determinada por -o altamente dependiente de- la totalidad social de un momento dado, al punto que su suerte está marcada por las mismas tendencias históricas

⁴ Como ejemplo de esta perspectiva, es interesante lo que plantea Jens Qvortrup: “nada ha cambiado en cuanto a que la realidad para los niños es que ellos son forzados a realizar actividades que son social y económicamente necesarias. Esta es la continuidad histórica de la participación de los niños en la sociedad. La escolarización sólo representa un cambio en la forma y contenido de esta participación, y es tan indispensable para la sociedad actual como otras formas de actividad impuesta a los niños lo fueron previamente”, *Childhood as a social phenomenon – An introduction to a series of national reports. Eurosocial report 36/1991, European Centre Childhood Program*. Traducción propia.

⁵ Hace unos años, la intervención de la Dirección del Trabajo mediante un dictamen orientado a reconocer el carácter de trabajadores dependientes de los niños empaquetadores de supermercados, fue recibida por sus supuestos beneficiarios con una actitud de desconfianza y rechazo, y, en definitiva, frente a las amenazas de los dueños de supermercados en orden a prescindir de estos servicios, el Estado dio marcha atrás.

⁶ Un excelente ejemplo de desmitificación y desenmascaramiento de un discurso “humanitario” en relación a los niños lo proporciona el clásico libro de Anthony Platt “Los salvadores del niño, o la invención de la delincuencia”, siglo XXI.

que afectan al mundo adulto, al cual se haya indisolublemente ligada. Es una categoría dinámica, heterogénea, compleja, en permanente movimiento y redefinición, atravesada por múltiples tensiones internas que corresponde identificar en su expresión concreta en cada momento.

El difícil terreno de las reformas al sistema penal

Una cuestión de fondo que surge al discutir la relación entre control social, poderes penales, e infancia, es el rol de las reformas legislativas en cuanto a su poder de modificación conciente de las formas que asume actualmente dicha relación, de las condiciones en que estos poderes se ejercen, y de sus efectos en la vida cotidiana de los niños y a nivel social general.

En un artículo publicado por la revista Mercado Negro unos números atrás (“Propuestas para una discusión sobre las tendencias actuales del control social en Chile, parte 1”, MN N°16), he mencionado el dilema de todo quien trabaja en el ámbito del análisis crítico del sistema penal, en términos de la conveniencia o inconveniencia de comprometerse en la generación de nuevas políticas criminales. Varias razones apuntan en contra de esta opción reformista. Me referiré acá no tanto a cuestiones de principio⁷ sino a inconveniencias de orden práctico que se suelen verificar en este terreno.

En una realidad social que se mueve en gran medida determinada por fuerzas que apenas somos capaces de comprender, la excesiva confianza en lograr efectos deseados mediante la reforma de instituciones de control parece muy poco justificada. Ya en la década de 1930 los autores Rusche y Kirchheimer, con su libro “Pena y estructura social”, mostraron de manera convincente que la evolución de la penalidad occidental en los últimos siglos podía encubrir bajo una ideología humanitaria variaciones de las formas de castigo que obedecían en realidad a necesidades de la Economía política⁸. Otro momento histórico, analizado de acuerdo a este prisma, señala problemas similares: la estructuración del Derecho tutelar de

⁷ Fritz Sack, criminólogo alemán, por ejemplo, señala que comprometerse en reformas legislativas y política criminal hace perder la independencia necesaria para poder hacer en realidad teoría crítica en este ámbito. En sentido contrario, tenemos a Elbert: “...es preciso apuntar al esclarecimiento de los operadores con la mayor injerencia del sistema penal, como un prerequisite para aspirar a orientar cambios en él. En tal sentido, algunos ataques a penalistas o diversos operadores del sistema penal, por su presunta actividad “legitimadora” han sido un error. La legitimación no se da por mera presencia, sino por los contenidos de esa presencia conforme a las circunstancias...”.

⁸ Un ejemplo muy ilustrativo: la condena a trabajo esclavo en las galeras. Esta pena fue introducida entre fines del siglo XV y hasta el XVIII por países que eran potencias colonialistas, ante la dificultad de los Estados en reclutar gente “libre” dispuesta a sufrir tales condiciones laborales extenuantes y riesgosas. La aplicación de esta pena oscilaba de acuerdo a las variaciones en la demanda de remeros, y desapareció una vez que los desarrollos de la tecnología posibilitaron la invención de buques. “Lo que resulta significativo en el desarrollo de las galeras como método punitivo, es el hecho de que él mismo se basa exclusivamente en consideraciones económicas y no penales, lo cual es válido tanto para la sentencia como para su ejecución. La introducción y regulación de este tipo de trabajo forzado estaba determinado únicamente por el deseo de obtener la fuerza laboral necesaria al más bajo precio posible” (Georg Rusche/ Otto Kirchheimer, *Pena y Estructura social*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, página 63). Los proletarios resistían este trato, prefiriendo muchos cortarse una pierna o brazo para evitar la pena de galeras, al punto que se llegó a castigar con la muerte esas resistencias. Posteriormente, la Economía inventó nuevas penas: deportaciones para irse a trabajar a colonias penales remotas, principalmente en América y Australia.

menores, en la medida que se enlaza en la respuesta a problemas percibidos como apremiantes en el contexto de la llamada “cuestión social”, permite detectar desfases entre las ambiguas intenciones “progresistas” de sus promotores, y los efectos reales a nivel de niños controlados, y de la sociedad en general.

Más recientemente, nos podemos encontrar con fenómenos complejos que dan cuenta de este tipo de dificultades. Por ejemplo, en varios lugares se ha constatado que reformas tendientes a reducir los niveles de encarcelamiento de personas en un país, mediante la creación de “medidas” o “sanciones” alternativas, terminan por ampliar, extender las redes de control, sin lograr hacer bajar los niveles de privación de libertad, y atrapando a otros sujetos en mecanismos de control más blando, como la libertad vigilada.

En el Chile de los 90 se produjo un fenómeno curioso: la criticada figura que habilitaba a la policía a practicar la “detención por sospecha” fue derogada en medio de proclamaciones gubernamentales en el sentido de haber logrado un avance en materia de respeto a las libertades públicas. Al poco tiempo, desde los medios, la policía y el sentido común, comenzó a generalizarse la idea de que por culpa de estas leyes ahora los policías no tenían herramientas para poder actuar adecuadamente en las calles. Lo que no se señalaba es que las detenciones por sospecha habían ido siendo gradualmente desplazadas por detenciones basadas en la Ley de alcoholes (beber o estar -a juicio de un policía- “ebrio” en la vía pública⁹). Es decir, una reforma cuyo efecto positivo es meramente simbólico, termina usándose para avalar culturalmente un clamor por mayores controles y criminalización. En otro ámbito, la implicancia práctica de la victoria “derecho humanista” de la abolición formal de la pena de muerte (no aplicada en el país desde principios de los 80), implicó como resultado práctico la elevación del tiempo del presidio perpetuo calificado a 40 años.

A partir de 1989/90, en el sector de la sociedad ocupado en la gestión de los conflictos ligados al control de los niños, o de los “menores” (como en general se llama a aquel sector de los niños que está más proclive a sufrir las intervenciones normalizadoras del Estado y sus colaboradores “privados”)¹⁰, la ideología hegemónica – al menos en América Latina-

⁹ La desigualdad que opera en los distintos niveles del proceso de criminalización es en este caso muy notoria. En efecto, resulta difícil entender el “bien jurídico protegido” por estos tipos penales cuando el acto de beber en la calle es perfectamente legítimo si es que se realiza en mesas y sillas que dependen de un local comercial que tiene por giro la venta de bebidas -con independencia de la cantidad de alcohol que se consuma-. Visto así, pareciera que lo que molesta es que algunas personas beban alcohol fuera de ese marco de interacción. El absurdo es evidente cuando se toma en cuenta que se detiene constantemente a personas por estar en la calle con pequeñas cantidades de alcohol, dado que lo que se está sancionando allí parece ser una actitud ante la vida antes que otra cosa. En definitiva, queda entregado a los prejuicios y estereotipos de la policía el decidir quien merece o no ser detenido, invocando estas normas. Agregando otra dimensión del fenómeno, la etiqueta o estigma de “drogadicto” o “alcohólico” tampoco se distribuye equitativamente. Se aplica de preferencia sobre jóvenes percibidos como marginales, a la vez que en el mundo de la “farándula” la afición a ciertas drogas de algunos de sus más publicitados miembros parece ser más bien un dato anecdótico, gracioso, o, como mucho, un dramático problema de salud. El sistema penal no sólo no se ocupa mucho de sectores sociales poderosos: cuando de vez en cuando actúa sobre ellos, no destruye/reconstruye su “status”.

¹⁰ Bastante se ha escrito acerca de la manera en que las leyes e institucionalidad del sistema de menores trata a éstos como objetos (en nuestro medio, baste revisar los nombres de los cárceles especiales donde se los encierra: “centros de tránsito y distribución”, “centros de observación y diagnóstico”). Sería interesante revisar estos procesos de “cosificación” en relación con el fenómeno más amplio de la alienación y sus diversas variedades asociadas: reificación, extrañamiento, etc. La sospecha es que en estas formas extremas de cosificación se podría detectar el mecanismo básico de deshumanización que impone la mercancía en

pasó a ser la llamada “doctrina de la protección integral de los derechos del niño”. Esta es una construcción predominantemente jurídica y cultural que se basa en una extensión de la ideología de los Derechos Humanos a los menores de edad, y se ha afirmado sobre todo en una crítica al funcionamiento del modelo previo, el “tutelar” o de “situación irregular”, sobre todo en cuanto a sus intervenciones intensas y materialmente punitivas sobre la vida de familias y niños de los sectores más pobres de la población. En el aspecto penal, estas críticas dirigidas al funcionamiento y funciones reales de la justicia de menores echaron mano de la tradición de la criminología crítica, sobre todo en su capacidad de mostrar su funcionamiento clasista y enmarcado en un complejo disciplinario más amplio. Así, se señaló que el sistema de menores era en el fondo un “sistema penal disfrazado”, que al actuar basado en la idea de tutela, de dar protección, se permitía un funcionamiento discrecional e incluso arbitrario, sin sujetarse a los límites garantistas que tendría en cambio el derecho penal propiamente tal, por lo cual se trataría además de un “sistema penal reforzado”.

La llamada “delincuencia juvenil” ha sido durante el siglo XX uno de los campos en que la investigación criminológica más ha trabajado, y en los que se han logrado verificar o formular varias críticas a los sistemas penales -y de menores, como subespecie algo extraña de los mismos-. Precisamente, enfoques y teorías como el de las subculturas, la asociación diferencial, técnicas de neutralización, y el etiquetamiento, no solo fueron aplicados al estudio concreto de estas formas de “desviación”, sino que sus conclusiones posibilitaron la inversión de la mayoría de las afirmaciones o suposiciones ligadas a la ideología del sistema penal, facilitando el camino para la construcción de una teoría crítica del poder penal¹¹.

Las alternativas existentes en la justicia juvenil

La crítica a los efectos percibidos como “negativos” en el trato penal/tutelar de los menores de edad, llevó a una serie de reacciones. Es difícil intentar categorizarlas todas, pero podríamos hablar de algunas tendencias:

-En algunos países con “estados de bienestar”, se potenció en base al modelo tutelar, un modelo llamado “educativo”, que vendría a ser algo así como un desarrollo del modelo tutelar en esos contextos. La negación del carácter “penal” de la intervención es más fuerte en este modelo, que potencia soluciones administrativas de naturaleza socio-educativa, sin embargo, sus intervenciones tienden a ser selectivas y concentrarse en cierta criminalidad menor, mientras las intervenciones propiamente penales siguen produciéndose en otros ámbitos.¹²

relación a todas las personas y el mundo.

¹¹ Para revisar este recorrido y los intentos por potenciar una crítica teórico/práctica del poder penal contemporáneo, se recomiendan los siguientes textos: Alessandro Baratta, “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”; Massimo Pavarini, “Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico”; Elena Larrauri, “La herencia de la criminología crítica” (Todos ellos, en siglo XXI editores); Taylor, Walton, Young, “La nueva criminología”, Amorrurtu.

¹² Para una acertada revisión crítica de los modelos existentes, se recomienda el trabajo de Francisco Maldonado “La especialidad del sistema de responsabilidad penal adolescente. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado”, en Justicia y Derechos del Niño N°6, UNICEF, 2004. Al referirse a las críticas al modelo educativo o de bienestar, Maldonado señala que “constituye una propuesta de

-tendencia a subsumir a los menores de edad en la justicia penal de adultos. Esta tendencia es una de las posibles consecuencias que tiene la constatación de que el derecho de menores es una forma disfrazada de derecho penal. Se tiende entonces a reconocer el carácter penal de estas intervenciones, asimilando el trato de los menores infractores al de los adultos.

-modelos de derecho penal juvenil. Esta alternativa tiene en cuenta la naturaleza penal de los conflictos, pero sostiene la especificidad del sujeto adolescente, y en consecuencia, la necesidad de establecer un sistema especial, que en cierta forma rescata algunos elementos o criterios del modelo educativo¹³.

En el plano normativo, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, sin pronunciarse de manera clara por algún modelo, señala algunas exigencias mínimas en este sentido. El artículo 40, en sus cuatro numerales, contiene la mayor parte de los criterios exigibles en cuanto al establecimiento de un sistema para tratar con la delincuencia de los menores de 18 años de edad. Entre estos tenemos: una finalidad “positiva” de la intervención, que debe orientarse a fortalecer el respeto del niño por los derechos fundamentales de las personas; una serie de garantías mínimas señaladas en el N°2; la especialidad o especificidad de los órganos y leyes que se creen con este objeto; la obligación de fijar una edad mínima bajo la cual la comisión de infracciones no sea juzgada; la necesidad de disponer de una serie de medidas que sirvan de alternativa a la internación en instituciones. En el artículo 37b se señala una de las obligaciones principales a los Estados: el uso de la privación de libertad de niños como medida “de último recurso y por el período más breve que proceda”. Estas prescripciones se combinan con otros principios existentes en estos instrumentos internacionales, tales como el principio del interés superior del niño, el derecho a no ser separado de la familia salvo casos excepcionales, derecho a manifestar opinión en todos los asuntos que afecten al niño, etc.....para señalar la necesidad de configurar modelos de derecho penal juvenil, o de justicia juvenil, que constituyan una vía diferente tanto al derecho tutelar de menores, como al derecho penal de adultos.

Si entendemos las exigencias de la Convención como una base mínima, resulta entonces que los intentos de descriminalización, diversificación, introducción de elementos restaurativos y de mediación penal, deben hacerse sobre este marco. Este acuerdo mínimo nunca existió, como factor de aglutinación de las escasas fuerzas que se mantienen en actitud crítica frente al sistema penal, intentando reducir su violencia. La falsa dicotomía entre “penalización” y “protección” contribuyó a evitar este acuerdo.

En este punto, la confusión comienza a surgir como un dato inexorablemente ligado al tema en discusión. En efecto, nos encontramos con los siguientes problemas en el contexto, y la cultura dominante:

tratamiento –parcial- alternativo de la criminalidad de mediano y bajo compromiso delictual”, señala riesgos inherentes a su desformalización y discrecionalidad, y que en su “operatoria despliega mensajes equívocos a través de sus mecanismos de intervención, que operan como incentivos perversos respecto del comportamiento del infractor, actual o potencial”.

¹³ Se trata de un equilibrio algo inestable, puesto que la afirmación del carácter penal de estos sistemas debe hacerse afirmando a la vez la especificidad del sujeto al que se dirigen, en una tensión que tiende a acercar el modelo ya hacia el derecho penal de adultos, o hacia reformulaciones de lo tutelar/educativo.

- el fraude de etiquetas propio del sistema tutelar de menores, todavía fuerte en las representaciones comunes sobre la infancia, incide en dos formas diferentes pero simétricas: por un lado, la percepción dominante en términos de que los menores de edad que delinquen, en el sistema vigente no son sancionados, que “no les pasa nada”, impulsa a generar una legislación que ponga término a esta supuesta impunidad; por otro, se moviliza una cierta oposición “progresista” a la mera idea de un “derecho penal juvenil”, que reivindica históricamente el tratamiento no punitivo que el derecho de menores se auto-atribuye, sin problematizar su naturaleza materialmente punitiva.

- la obsesión por el tratamiento penal de los problemas sociales provoca una reducción del problema de una nueva ley regulatoria de las infracciones penales de adolescentes al tema de la edad de imputabilidad especial adolescente, entendida como edad penal a secas. A diferencia de la reforma en otros países, donde quedó claro desde un inicio que la imputabilidad plena quedaría fijada en la mayoría de edad¹⁴, y que los nuevos sistemas se referirían al segmento adolescente, contemplando una edad mínima para la imputabilidad adolescente (la que en los países latinoamericanos que han adaptado sus leyes a la Convención sobre los Derechos del Niño varía entre los 12 y 14 años por lo general), en Chile todo el mundo se refería a esta ley como una “rebaja de edad”, con lo cual el soporte cultural para construir un verdadero sistema especial de justicia penal adolescente nunca existió.

- en este escenario, las posturas en juego pasaron a ser percibidas como: endurecimiento punitivo (“rebaja de edad”) versus redefiniciones de la protección tutelar (creencia en la necesidad de mantener las “medidas de protección”, de “rehabilitar”, de mejorar el sistema vigente, etc.). De esta forma, en un proceso que podría verse como de “profecía autocumplida”, la idea de un “derecho penal juvenil” como tercer modelo, basado en el derecho penal de mínima intervención, en el garantismo y alternativas al juicio, junto con el predominio de sanciones alternativas a la privación de libertad, quedó en franca minoría, y prácticamente fuera del debate en los medios. Así, toda la discusión, cuando la hubo, giró en torno a una dicotomía falsa, cuyos términos en apariencia excluyentes en realidad se potenciaban mutuamente¹⁵.

-a nivel continental, el entusiasmo generado desde 1990 por la retórica sobre “derechos del niño”, que motivó algunos importantes cambios legislativos en la mayoría de los países, se había ido enfriando ya a inicios del 2000, al punto que en algunos países se estaban empezando a producir regresiones legislativas, al mismo tiempo que en general se estaba demostrando la insuficiencia de las reformas legales para cambiar positivamente en los hechos las vidas cotidianas de los niños de la región, en el marco de nuevas y profundas crisis económicas, y de un aumento considerable de la violencia social.

¹⁴ Tenemos que en España se posibilitó inclusive la aplicación del sistema penal adolescente a mayores de 18 y menores de 21, en ciertos casos.

¹⁵ Una clara demostración de esto es que en el Congreso Nacional la preocupación por consagrar maneras de internar a los menores de 14 (“inimputables”) estuvo presente, y si es que no hubo intentos serios por consagrar una edad mínima por debajo de los 14 años, fue por la convicción de que tanto la actual Ley de Menores como una futura Ley de Protección de Derechos permitirán la subsistencia de mecanismos tutelares en relación a estos inimputables.

-a nivel nacional, el conjunto de mecanismos mediante los cuales la “unidad nacional” de la democracia se construyó, tuvo por base una cierta amnesia colectiva respecto al terror que el Estado y la Economía ejercieron entre 1973/1990, y la sustitución de la “doctrina de seguridad nacional” por la “doctrina de la seguridad ciudadana”. Así, se instaló el miedo a “la delincuencia” en el centro de la actividad social. Por cierto, no se trata del temor a los actos ilícitos en sí mismos, puesto que el sistema penal suele actuar poco y de manera suave y no estigmatizante respecto a la “delincuencia VIP”, sino del temor a la actividad de las “clases peligrosas”, al proletariado más precario, aquel que ha sufrido procesos de exclusión y estigmatización desde temprano, y que razonablemente no ve muchas ventajas en su integración al sistema escolar/laboral, puesto que objetivamente no las tiene.

-las implicancias prácticas de lo anterior incluyen: casi duplicación de la población reclusa entre 1990 al 2004 (20 mil presos en 1990, a 38 mil el 2003) con una tasa de hacinamiento promedio del 50% (que en varios recintos alcanza más del 200%, y hasta 460%), y con la proporción más alta de América del Sur en cuanto a número de presos por cada 100 mil habitantes (252 a septiembre de 2003); profundas modificaciones del espacio urbano, que deviene un espacio fragmentado, enrejado, sujeto a la construcción ilimitada de edificios de departamentos (percibidos como más seguros que las casas); auge y omnipresencia de la industria privada de la seguridad; un impactante desfase entre “inseguridad objetiva y percepciones de inseguridad; etc¹⁶.

Evolución de la reforma legislativa sobre justicia penal y adolescencia en Chile

El complejo contexto al que sumariamente nos hemos referido, constituyó el escenario en el que las propuestas de reformas en materia de justicia juvenil debían discutirse y aprobarse. Por ello, no es extraño que si medimos la intencionalidad de crear un régimen garantista y especializado en base a los contenidos de la iniciativa legal recientemente aprobada, en

¹⁶ La Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (INE/Ministerio del Interior, 2004) nos da un dato sorprendente: consultados sobre si creen que la delincuencia ha aumentado, diferenciando el nivel nacional, de la comuna, y del barrio en que se vive, el 80,5% de los encuestados cree que ésta ha aumentado a nivel nacional, mientras el 64.3% cree que ha aumentado en su comuna, y el 44.6% cree que ha aumentado en su barrio. Es decir, mientras más mediada está la percepción, el incremento parece más alto. En la misma Encuesta, consultadas más de 16 mil personas acerca de cual es el principal problema nacional, las respuestas van en primer lugar para la pobreza (25.2%), seguida por el desempleo (16.9%) y la situación económica (14%), y en cuarto lugar la delincuencia (12.4%). Suena razonable. Sin embargo, el mismo informe considera que “si se relaciona la delincuencia con aspectos vinculados al tráfico y consumo de drogas” (que representan el 10.3% y el 3.4% de señalamientos), “la importancia del tema delictual se localizaría en el segundo lugar de importancia por parte de la comunidad”. Y eso es lo que se nos dice en el cuasimonólogo de nuestro sistema político/mediático. Haciendo un ejercicio similar, podríamos sumar los 3 primeros temas señalados por la gente, y concluir que el 55.9% considera que el principal problema es el modelo económico, y frente a eso la delincuencia más el tráfico y consumo de drogas representan apenas un 26.1%. Si quisiéramos ir más allá, y agregamos el porcentaje ocupado por la educación (7.8%) y la salud (6.6%) como problemas nacionales, la problematización de temas de tipo económico/social alcanza más de un 70% en las preocupaciones prioritarias de la gente....Sería válido decirlo. También resulta interesante preguntarse por qué los problemas de corrupción (1.7%) y contaminación ambiental (1.3%) son señalados en último lugar, y no son posibles de ser relacionados con la delincuencia. Como sea, lo menos que puede afirmarse tras revisar estas cifras es el carácter moldeable y unilateral de la información que se hace circular. Tal cual ha señalado Nils Christie recientemente: “La vida social se está encogiendo, mientras el consumo de delitos por la pantalla se está incrementando”

diversas fases de su existencia, nos encontraremos con una versión del anteproyecto difundida en 1998, que efectivamente contemplaba lo más cercano a un derecho penal adolescente de intervención mínima, que sancionada un catálogo cerrado de crímenes y simples delitos, permitiendo la posibilidad de aplicación de sanciones privativas de libertad únicamente frente a ciertas infracciones catalogadas como “graves”, por un período máximo de 3 años, en el marco de un sistema de justicia especializado en el conocimiento de infracciones adolescentes. Dicha versión del proyecto de ley merecía sin lugar a dudas el apoyo de quienes se manifestaban por la derogación del sistema tutelar de menores, la eliminación del discernimiento (y por ende de la posibilidad de juzgar a adolescentes como adultos), y a favor del establecimiento de un sistema acorde con las exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, el contenido de este texto normativo no constituía en caso alguno una “rebaja de edad” (a diferencia de las iniciativas que anunciaron, durante el gobierno de Patricio Aylwin, el mismo Aylwin, y el Senador de Renovación Nacional Miguel Otero), sino, muy por el contrario, la elevación de la edad de imputabilidad penal plena a los 18 años, el fin de la discriminación y penalización encubierta realizada con el pretexto de determinación de la capacidad de discernimiento, y el señalamiento de los 14 años como edad bajo la cual los niños quedarían totalmente excluidos de la posibilidad de aplicación de cualquier reacción materialmente punitiva por parte del Estado. En el sistema creado para ser aplicado a las personas a partir de los 14 y hasta los 18 años, el carácter penal del mismo implicaba básicamente la exclusión de este sistema de todos los casos que no obedecen a comisión de infracciones -lo cual es lógico, puesto que el sistema penal no es un sistema de “ayuda social”-, y el revestimiento de límites y garantías en resguardo de los adolescentes respecto de los cuales se señale que han infringido la ley penal. El grueso de las infracciones que activarían este circuito quedaban excluidas de la posibilidad de imposición de medidas cautelares o sanciones privativas de libertad, con lo cual se reforzaban las garantías penales que respecto de adultos se han afirmado desde que existe derecho penal formal, liberal o burgués, y a cuyo aplastamiento la realidad tiende de manera inercial. Era, entonces, un derecho penal adolescente, de límites –al poder punitivo- y alternativas. (En este punto, entonces, es que las consideraciones retroactivas sobre ingenuidad, reformismo político-criminal, posibilidad o imposibilidad de concretar un programa mínimo para reducir la violencia punitiva hacia la infancia, y una serie de consideraciones más podrían ser hechas hoy en día, y, en efecto, es un proceso necesario).

La “evolución” que se verificó en el contenido del anteproyecto de ley entre 1998 y agosto del 2002, momento en que fue presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional, fue claramente regresiva. En su momento, desde la Corporación Opción, junto a otros abogados, se trabajó en un análisis comparativo, y en base a ello se afirmaron ciertos puntos mínimos que se proponía reponer en la iniciativa legal. Estas críticas están explicitadas en una publicación de dicha Corporación, llamada “Responsabilidad Penal de Adolescentes”. En términos generales, esta regresión consistió en: debilitamiento de garantías, endurecimiento de las penas (el máximo para la pena privativa de libertad pasó de 3 a 5 años), aumento del catálogo infraccional en general y de las infracciones graves, pérdida de la especialidad del sistema de justicia.

Simbólicamente, no deja de tener una enorme relevancia el que en el contexto noticioso del momento, la presentación del Proyecto se mostraba como una respuesta, una señal pública

de orden, tras una serie de movilizaciones callejeras protagonizadas en las semanas previas por estudiantes secundarios en conflictos relativos al pase y tarifa escolar para la locomoción colectiva¹⁷. Así, la “derechización” de un proyecto de ley cuyas finalidades originales eran ya ambiguas (mayores garantías/mayor represión) terminó consolidando la imagen usualmente asociada a esta iniciativa: una rebaja edad, para contener la delincuencia juvenil. De igual manera, la larga tramitación de esta iniciativa (unos 11 años, considerando las fases prelegislativas), se aceleró finalmente por presiones mediáticas y electorales.

El informe de derechos humanos 2004 (hechos del 2003) de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales da cuenta de la tendencia de los cambios sufridos por la iniciativa legal en cuestión:

Durante los cuatro años siguientes (desde 1998), el anteproyecto sufrió una serie de modificaciones, las que se manifiestan en que el proyecto contenido en el Mensaje del Ejecutivo sea bastante más restrictivo en términos de garantías y más severo en cuanto a las sanciones que las versiones anteriores. (Informe DDHH, UDP, 2004, página 69).

...con el paso del tiempo los proyectos que se hacen cargo de establecer el sistema de enjuiciamiento para los adolescentes infractores de la ley penal han sido modificados en orden a endurecer las sanciones y limitar las garantías. Ello, general y pretendidamente justificado en el aumento y gravedad de la delincuencia juvenil y las demandas de seguridad ciudadana. Sin embargo, antes de hacer ese análisis y avalar tal proceder, el que se aleja de las exigencias de intervención penal mínima, o al menos mucho menos gravosa cuando se trata de adolescentes, niños y niñas, es necesario tener en cuenta las estadísticas que, al contrario de lo que acostumbra difundir la prensa, demuestran que la tasa de aprehensiones de adolescentes se ha mantenido relativamente estable desde 1980 hasta el año 2001, que este porcentaje es ínfimo comparado con los adultos (solo un 7,3% en promedio del total de las aprehensiones) y que, además, representa un porcentaje muy inferior respecto a los niños, niñas y adolescentes aprehendidos en otros países, con respecto a los adultos. (idem, página 74).

En las fases posteriores de la tramitación de esta ley se mantuvieron las mismas tendencias. En el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados ya se había verificado una asimilación casi total al catálogo de delitos adultos (con la excepción de las faltas no expresamente incluidas en la ley), el crecimiento del catálogo de infracciones graves, la posibilidad de aplicar sanciones privativas de libertad a infracciones no graves, y, a su vez, la imposibilidad en principio de aplicar a las infracciones graves sanciones no privativas de libertad.

¹⁷ Este conflicto ya ha sido olvidado. Sin embargo, en su momento tuvo una enorme capacidad de impactar a todo el país, principalmente en razón de su masividad, radicalidad, fuertes niveles de represión policial, y del carácter asambleario de su organización. En efecto, los “dirigentes” siempre enfatizaron estar actuando como voceros, como delegados de una asamblea, y gracias a esto, los múltiples intentos de desmovilización por parte del Estado no daban frutos. No debiera sorprender el que, en las sociedades contemporáneas, de vez en cuando el nivel de hastío con la vida cotidiana en las ciudades cause estallidos de energía adolescente en las calles en la forma de revueltas más o menos violentas. Los acontecimientos recientes en Francia dan cuenta de esta tendencia.

El 11 de mayo de 2005, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado fue mucho más allá en este proceso. En declaraciones del presidente de la comisión recogidas en el Boletín Electrónico del Senado en el mes de marzo, Alberto Espina señalaba que este proyecto era muy malo, que el sistema de sanciones contemplado era “inconstitucional” en razón de su flexibilidad¹⁸, y anunciaba un cambio drástico del contenido de la Ley:

“Esta ley viene con muchas pifias y defectos, nosotros hemos tenido que rehacerla prácticamente en su integridad”.

“Este proyecto no describía conductas, sino que eran a veces genéricas, figuras que no estaban claras. Además la penalidad era absolutamente subjetiva, el juez podía aplicar una graduación de 8 penas desde la amonestación hasta 5 años. Tampoco establecía un orden de graduación de los delitos, por lo tanto, podía aplicarle a un delito gravísimo una amonestación, quedando esto a su libre criterio, el juez no puede tener ese grado de amplitud”.

“Creo que era una muy mala ley, quizás una de las más malas que me haya tocado ver en el Congreso. Entonces, cuando el Presidente de la República anunciaba y decía que era un proyecto que tenía por finalidad poner atajo a los actos de violencia de los menores, la realidad nos decía que era mucho más permisivo que la ley que tenemos hoy. Al final era una iniciativa legal que facilitaba mucho más la libertad de los delincuentes juveniles, en vez de poner normas más claras, rígidas y dándole siempre la oportunidad a un joven de rehabilitarse”.

Los cambios en mayo fueron principalmente dos: elevación de los máximos aplicables de sanción privativa de libertad, a 5 años en el caso de adolescentes de 14 y 15 años de edad, y 10 años para adolescentes de 16 y 17; eliminación del criterio contenido en todas las versiones previas que diferenciaba las infracciones graves del resto de las infracciones, pasando a remitirse en general a los crímenes y simples delitos del Código y leyes penales especiales de adultos, incorporando algunas faltas (el resto quedó en definitiva entregado a la competencia infraccional de los Tribunales de Familia¹⁹) y contemplando en base a esto, un particularmente engorroso sistema de determinación de sanciones. Este sistema se remite a las normas pertinentes del Código Penal. Así, tras la aplicación de una rebaja en un grado (equivalente a la situación vigente hasta ahora de aplicación del artículo 72 del CP a los menores declarados con discernimiento, en virtud del cual en caso de sentencia condenatoria debía el juez moverse dentro del grado inferior al mínimo señalado por la ley para el mismo delito en relación a adultos), deben aplicarse las normas del Libro I, Título

¹⁸ Esta afirmación resulta más que discutible, no sólo porque refleja un profundo desconocimiento de los instrumentos internacionales relativos a la justicia juvenil, sino porque lo que sí era inconstitucional durante todo este tiempo era la existencia misma del discernimiento, la ausencia de garantías en los procedimientos de la justicia de menores, el juzgamiento de niños como adultos, y el uso irracional de la privación de libertad, todos ellos puntos respecto de los cuales ningún parlamentario parece haber preocupado mucho en estos 15 años.

¹⁹ En su momento, se hizo mucho énfasis en el hecho de que este proyecto de ley descriminalizaba las faltas. Luego, consideraciones “realistas” aconsejaron ir incluyendo las faltas de mayor connotación pública, y, en definitiva, se sancionará el grueso de las faltas, algunas en este sistema, y otras en el sistema de justicia heredero del de menores: los tribunales de familia. Es de notar que de los 52 jueces de menores que existían, 50 son ahora jueces de familia.

III, Párrafo 4 (artículos 50 a 78). De tal forma se calcularía la “extensión” de la sanción aplicable. La naturaleza de las sanciones a imponer se determina aplicando, tras la operación anterior, una tabla de 5 niveles, que señala los tipos de sanción aplicables, permitiéndose en 4 de esos 5 niveles la aplicación de sanciones de tipo privativo de libertad (internación en régimen cerrado y en régimen semicerrado).

De hacer caso a las declaraciones de Espina, existen motivos suficientes para afirmar que la Ley, en la medida en que estos cambios subsistieron, cambió radicalmente, y no es la misma en espíritu ni en contenido que la del 2002, para qué decir la de 1998. Tras las modificaciones introducidas en mayo, una Comisión compuesta por CONACE y varios otras organizaciones (entre ellos Corporación Opción, ACHNU, Hogar de Cristo), intentó morigerar en parte este endurecimiento punitivo realizando un conjunto de propuestas. Se propuso modificar los máximos de pena de cárcel, a 3 y 8 años en vez de 5 y 10. Tal propuesta fue rechazada en votación en el Senado, curiosamente, con votos concertacionistas en contra²⁰. Fue aceptada la idea de una libertad asistida más intensa, llamada “especial” (idea que tenía por objeto reducir la centralidad y extensión de la privación de libertad, cuestión que no se logró, o se logró muy parcialmente). Unas modificaciones finales en la Comisión Mixta de senadores y diputados terminaron zanjando un consenso en el que, al menos a nivel parlamentario, todos se mostraron satisfechos.

La principal diferencia entre el nefasto acuerdo de los senadores el 11 de mayo y la versión definitiva de la ley, está en la tabla de sanciones aplicables, contenida en el artículo 23.

Tras aplicar las normas pertinentes, el juez debe considerar la naturaleza de la sanción aplicable de acuerdo a esta tabla.

La tabla acordada el 11 de mayo por unanimidad (Espina, Aburto, Fernández -en reemplazo de Chadwick- Viera-Gallo y Andrés Zaldívar) fue la siguiente:

²⁰ Decimos “curiosamente”, puesto que fueron votos del Partido Radical (con excepción de Ávila), y el jefe de ese partido, José Antonio Gómez, fue el Ministro de Justicia que presentó el proyecto en el 2002, que tenía un máximo de 5 años de cárcel. ¿Cómo se convenció en tres años de la necesidad de duplicar ese máximo? Es algo que no sabemos, pero lo cierto es que la coalición política gobernante no hizo mucho por defender un proyecto en el que aparentemente creían hace algunos años, cuestión que además se evidencia en el acuerdo unánime por el que la Comisión de Constitución del Senado introdujo estas modificaciones en mayo de 2005.

Tabla Demostrativa

Extensión de la sanción	Penas aplicables
<i>Desde 5 años y 1 día</i>	- Internación en régimen cerrado
Desde 3 años y un día a 5 años	- Internación en régimen cerrado - Internación en régimen semicerrado
Desde 541 días a 3 años	- Internación en régimen cerrado - Internación en régimen cerrado más libertad asistida - Internación en régimen semicerrado - Arresto de fin de semana - Libertad asistida
Desde 61 a 540 días	- <i>Internación en régimen semicerrado</i> - Arresto de fin de semana - Libertad asistida - Prestación de servicios en beneficio de la comunidad - Reparación del daño causado
Desde 1 a 60 días	- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad - Multa - Amonestación

Como se puede ver, la centralidad de la privación de libertad (cerrada y semicerrada) implica la posibilidad de aplicarse en los cuatro de los cinco grados considerados, con lo que los adolescentes podrían quedar en peor situación que la generalidad de los adultos en los grados inferiores de penalidad.

La tabla aprobada finalmente es la siguiente:

Desde 5 años y 1 día:

- *Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.*
- *Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.*

Desde 3 años y un día a 5 años:

- *Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.*

- *Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.*
- *Libertad asistida especial.*

Desde 541 días a 3 años:

- *Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.*
- *Libertad asistida en cualquiera de sus formas.*
- *Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*

Desde 61 a 540 días:

- *Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.*
- *Libertad asistida en cualquiera de sus formas.*
- *Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*
- *Reparación del daño causado.*

Desde 1 a 60 días:

- *Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*
- *Reparación del daño causado.*
- *Multa.*
- *Amonestación.*

Esta tabla, entonces, morigeró el acuerdo previo, pero, a nuestro juicio, sigue considerando a la privación de libertad como la sanción central del sistema, a diferencia de las orientaciones normativas y doctrinarias del derecho penal de adolescentes, que consideran como sanciones centrales a las no privativas de libertad.

Las argumentaciones vertidas por ciertos senadores al argumentar a favor del límite máximo de 5/10 años dan una cabal idea de los criterios que imperaron en definitiva:

*El señor ESPINA.- ...sería un profundo error disponer una rebaja mayor de la que hemos consagrado, pues estimamos que las penas son justas, aminoradas y persiguen la reinserción social para quienes cometen ese tipo de ilícitos.
Por eso, insistimos en la tesis de la Comisión.*

El señor COLOMA.- Señor Presidente, en esta discusión en particular respecto de un proyecto ampliamente debatido en general, estamos ante un punto bien esencial, que va a fijar no sólo parte de su contenido, sino también las señales públicas que se darán acerca de cómo enfrentar de mejor manera el problema de los jóvenes y la delincuencia.

...uno de los puntos esenciales de esta normativa en estudio tiene que ver con el término de la impunidad. Porque, digámoslo de otro modo: hoy día prácticamente existe impunidad respecto del joven que comete delito. Y todas las estadísticas, las mismas que han sido citadas profusamente para otros efectos, señalan categóricamente que la posibilidad de que un joven sea objeto de algún tipo de sanción conforme a la legislación actual no pasa de 2 por ciento. Incluso, la privación de libertad, en momentos excepcionales, es extraordinariamente limitada, y a lo más, se iguala a la de los adultos en los poquísimos casos que hoy día ocurren.

... me llama la atención la persistencia o pertinacia -legítima, por cierto- en tratar de ir rebajando las penas, o los límites o umbrales de que los magistrados van a poder hacer uso en el caso de jóvenes que cometen graves actos delictuales. No estamos hablando de actitudes relativamente normales, sino de aquellas que atentan contra la vida, contra la dignidad de las personas, algunas de las cuales pueden ser igualmente jóvenes.

Me parece clave que el umbral de la pena, el umbral -insisto- que va a ser determinado por un magistrado respecto de jóvenes que cometen delitos gravísimos contra las personas, muchas de las cuales pueden ser de la misma edad del delincuente, debe fijarse, a lo menos, en los 5 años, en el caso de los menores de 16 años, y en 10, si tuvieran más edad.

El señor FERNÁNDEZ.- Señor Presidente, es importante señalar que aquí no se trata del presidio, sino simplemente de un programa para rehabilitar a los adolescentes. Por lo tanto, el tiempo destinado a lograr efectivamente ese objetivo puede ser muy relevante.

No estamos hablando de penas de prisión que, de una manera u otra, impliquen un castigo que no rinda ningún fruto. Por el contrario, estamos frente a un programa que, llevado a cabo en la forma debida, puede ser muy beneficioso para los adolescentes.

Por ello, soy partidario de mantener lo que discutimos en la Sala y que fue aprobado por la Comisión, en cuanto a mantener los plazos superiores.

Voto en contra de la indicación, porque creo que no favorece la rehabilitación de los adolescentes.

El señor NOVOA.- Señor Presidente, soy contrario a la indicación.

La experiencia social nos está mostrando que la delincuencia en los adolescentes, en los jóvenes, es un problema grave.

Por otro lado, las personas de 14 años hacia arriba tienen suficiente discernimiento como para comprender y saber que matar, robar o violar son conductas en las que no se debe incurrir.

Además, la estructura de este proyecto de ley, que tiende a buscar la rehabilitación de los jóvenes, es adecuada.

En consecuencia, manifiesto mi rechazo a la indicación.

Se rechaza la indicación (19 votos contra 15 y 3 pareos).

Votaron por la negativa los señores Arancibia, Bombal, Canessa, Cantero, Cariola, Coloma, Espina, García, Horvath, Larrain, Martínez, Matthei, Orpis, Parra, Prokurica, Romero, Silva, Stange y Vásquez.

Votaron por la afirmativa los señores Aburto, Ávila, Flores, Foxley, Frei (doña Carmen), Gazmuri, Moreno, Muñoz Barra, Naranjo, Núñez, Ominami, Sabag, Vega, Viera-Gallo y Zaldívar (don Andrés).

No votaron, por estar pareados, los señores Fernández, Novoa y Ríos.

Algunas reflexiones tras la aprobación de la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes

Como se puede apreciar, predominaron criterios tales como el supuesto aumento de la criminalidad adolescente, la necesidad de dar señales duras, y la gran mentira relativa a la “impunidad” que prevalecería según algunos en la realidad nacional²¹. Además, persiste de manera muy insistente la creencia de que el encarcelamiento de menores de edad no es propiamente carcelario, sino que se echa mano de los mitos relativos a la necesidad de “rehabilitación”, para justificar 10 años de encierro....Una vez más se comprueba que resulta más cómodo justificar el peso de la represión sobre un individuo alegando nobles intenciones antes que reconocer la brutalidad intrínseca a tal determinación.

Lo cierto es que, de acuerdo a los datos de que disponemos²²:

-Se producen al año alrededor de 50 mil arrestos de personas menores de 18 años. El 2004 estas aprehensiones fueron 41 mil. Se trata del 1% de población menor de 18 años. Considerando que de acuerdo al Censo 2002 el 7% de la población tiene entre 14 y 18 años de edad (alrededor de un millón) las 40 mil aprehensiones sobre ese total de “adolescentes”, constituyen algo más del 4 % de este universo. Esto tiene en cuenta que el grueso de las detenciones de menores de 18 se concentran en adolescentes, aunque se sabe que hasta el día de hoy se detiene todavía cierta cantidad de personas menores de 14.

-En el 2003, de los 22.269 menores de 18 aprehendidos por aquello que algunos sectores llaman “delitos de mayor connotación social”(DMCS)²³, el grueso de ellos fue aprehendido por hurto (47%), robo con fuerza en las cosas (22,5%), robo con violencia (19%). Algo más abajo, están las lesiones (11%), y muy por debajo, homicidio (0,3%) y violación (0,2%). Estas cifras ratifican las tendencias señaladas por los datos del MINJU 2002: disminución de homicidios y violaciones, aumento de los delitos de naturaleza más patrimonial, estabilización de lesiones y robo con fuerza en las cosas. Pese a ello, la impresión dominante en el sentido común actual es que hordas de adolescentes cada vez más violentos atacan permanentemente nuestra seguridad.

²¹ Uno de los grandes trucos publicitarios que se han hecho en el último tiempo consiste en considerar que se aplica “pena” sólo a los adolescentes que son declarados con discernimiento (alrededor de un tercio de todos los sometidos a tal declaración), y respecto a los cuales se aplican sentencias condenatorias a penas de cárcel. Con esto se dejan fuera la otras formas de penalización que afectan a los menores de edad en Chile: la del sistema de menores, con sus diversas posibilidades de encierro, y las medidas de control no privativas de libertad.

²² No olvidemos que las cifras oficiales de criminalidad dan cuenta más bien de la labor de control y criminalización secundaria realizada por las agencias formales del sistema penal, por lo cual sus variaciones pueden obedecer a distintos factores que no necesariamente reflejan un aumento objetivo de las formas de delito consideradas. Un acercamiento más adecuado a la medición de la “criminalidad” lo dan las Encuestas de Victimización que han empezado a aplicarse en el país recientemente, y que en general corrigen las conclusiones que se habían tomado antes en base a la evolución de denuncias y aprehensiones, dando cuenta de una tendencia a la estabilización y/o reducción de varias formas de criminalidad registrada.

²³ Entre los cuales no se incluye el delito de cuello blanco, ni la violación de derechos fundamentales, ni la destrucción del medio ambiente. Las cifras citadas en relación a DMCS provienen de estudios de la Fundación Paz Ciudadana.

-El famoso aumento de participación de menores en robos con violencia, 812% (457 a 4170 aprehendidos²⁴) desde 1995 a 2003, se produce frente a un aumento del 377% en adultos (de 1974 a 9470). Pese a lo alarmante que suena este 800%, hay que recalcar que se trata de algo menos que la mitad de aprehensiones de menores en relación a las de adultos, en un tipo de delito que en general se comete por personas relativamente jóvenes.

-Entre 1986 y 2003, dentro del total de aprehendidos menores de 18 por DMCS, los menores de 14 han bajado en proporción desde el 19% al 15%. Los mayores de 14 y menores de 18 han mantenido la proporción, con un aumento muy leve.

- De acuerdo a datos del Ministerio de Justicia, el último día de septiembre del año 2004 se encontraban privados de libertad 934 menores de edad (de ellos, 25 eran mujeres, y 6 eran menores de 14 años de edad). Esta población se repartía de la siguiente forma: 261 personas en secciones de menores de cárceles de adultos; 483 en Centros de Observación y Diagnóstico, y 190 en Centros de Rehabilitación Conductual. Los menores de edad sujetos a la medida de libertad asistida son alrededor de 4 mil. ¿De qué impunidad hablan?

En momentos en que el texto de la Ley ya se encuentra aprobado, en espera de su publicación y de 6 meses de vacancia antes de su implementación, la historia de esta reforma hasta el momento actual da cuenta perfectamente de las tendencias dominantes en la cultura chilena, y de las dificultades que plantean los intentos de aplicación del contenido de instrumentos internacionales de derechos humanos. En materias penales, pareciera que las tendencias del sistema siguen un camino propio en el que las representaciones, discursos e intenciones manifiestas de las personas e instituciones que participan de los procesos tienen mucho menos capacidad de determinar el sentido de las reformas que lo que se podría pensar en principio. Así, los derechos humanos de la infancia sirven para legitimar operaciones muy delicadas de reestructuración del poder punitivo, donde los criterios simbólicos e irracionales operan con total prescindencia de los datos, los saberes especializados y la orientación de las normas internacionales que en teoría guían estos procesos de reforma.

Una gran cantidad de normas de esta Ley continúan siendo positivas en relación al sistema vigente (así, por ejemplo, se contempla la posibilidad de aplicar prisión preventiva únicamente respecto de imputación de crímenes, no de simples delitos). En base a estos aspectos, es fácil para el oficialismo argumentar que esta ley constituye un avance respecto a la Ley de Menores²⁵. Sin embargo, es claro que cualquier sistema que reconozca mínimamente garantías se verá en un pie de superioridad en relación a un sistema que no

²⁴ Una de las desventajas de los intentos de medición de la criminalidad en base a aprehensiones es que no se consideran aquí ni la presunción de inocencia ni criterios variables de la policía al etiquetar los hechos de que se trate. En el caso de la justicia de menores, habría que tener en cuenta que esfuerzos administrativos de los últimos años han puesto énfasis en una separación de los casos de infracciones de aquellos que obedecen a protección simple, es decir, casos no infraccionales. Esto ha llevado a una mayor preocupación por señalar los ilícitos cometidos, y podría ser uno de los factores que explican esta alza en el registro de aprehensiones por robos con violencia.

²⁵ La desconfianza hacia las reformas legales en materia penal no puede pasar por alto el que existen procesos y límites que efectivamente redundan en un mejoramiento de ciertas condiciones de hecho. Al respecto, al reforma procesal penal, en la medida que ha repercutido sobre los adolescentes, ha logrado algún nivel de efectos positivos en términos de reducción de la violencia penal estatal.

contemplaba ninguna, y esto aún no nos dice mucho sobre sus posibles efectos en sentido amplio. Hay un ámbito en que los efectos de esta ley hablarán por sí solos: la manera en que afecte los niveles de privación de libertad actualmente existentes²⁶.

Tal vez la mejor manera de entender las posibles lecturas de esta ley es plantear que, a diferencia de la reforma procesal penal, cuya contra-reforma estamos viviendo en estos momentos mediante leyes que restringen las garantías en aras de una “eficacia” entendida desde la exageración mediática y el populismo punitivo, en materia penal juvenil el proceso de contra-reforma se verificó durante la tramitación de esta ley, por lo cual no sólo su texto admite múltiples lecturas (en la medida que colisionan normas de inspiraciones contrapuestas y que se generaron en momentos diferentes), sino que, en definitiva, no sabremos hasta la implementación efectiva de la misma los efectos reales que se producirán, pues muchas cuestiones quedan entregadas a los criterios que en definitiva se apliquen en la práctica. Lo cierto es que esta ley se aleja definitivamente de la idea de un derecho penal mínimo, y parece ser más un derecho penal de adultos atenuado que un verdadero derecho penal de adolescentes.

Si a fines del siglo XIX y principios del XX el positivismo criminológico como reacción contra la escuela clásica del derecho penal y la criminología llamada “pre-científica”, en un contexto de inseguridad urbana creciente que clamaba por mayores controles de la criminalidad, logró extender las formas del control social a la mayoría de los aspectos de la vida social, complementando el sistema penal propiamente tal con nuevas formas de control y disciplinamiento, en el momento actual apreciamos como las tendencias recientes en la consideración jurídica de la infancia se legitimaron en contraposición al modelo del derecho tutelar de menores, sobre un trasfondo de exigencias de por mano dura, ley y orden. De esta forma, en Chile, nos encontramos, a similitud de 1928 (año de aprobación de la primera ley de menores) con una tendencia al híbrido jurídico que nos hace visualizar un escenario en que no sólo no tendremos “derecho penal juvenil” como una alternativa tanto al derecho de menores como al derecho penal de adultos, sino que los peores defectos de ambos se perpetúan en una extraña dialéctica entre continuidad y ruptura.

²⁶ En el Mercurio del domingo 23 de octubre de 2005, dentro del reportaje "Menores delincuentes: La rehabilitación juvenil en la mira" se señala en un cuadro lo siguiente: "Tras las Rejas. 1.900 son los jóvenes que, se estima, estarán privados de libertad cuando comience a funcionar la nueva ley. Hoy son 1.700".