

**JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL
POR HECHOS QUE REVISTEN CARACTERES DE DELITO
BAJO LOS CATORCE AÑOS**

JUSTIFICATION FOR STATE INTERVENTION FOR ACTS OF
CRIME UNDER THE AGE OF FOURTEEN

ARTÍCULO INÉDITO DE INVESTIGACIÓN

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO)

Henríquez Galindo, Sergio Andrés. «Justificación de la intervención estatal por hechos que revisten caracteres de delito bajo los catorce años». *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 10 (2022).
<https://doi.org/10.7761/rda.10.49343>

REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC

Número 10
Diciembre 2022
ISSN: 2452-4344

Recepción: 28 de marzo, 2022

Aceptación: 25 de octubre, 2022

Resumen

El presente artículo explora los problemas normativos que presenta el abordaje de la intervención del Estado con niños y niñas que cometen hechos que revisten caracteres de delito, bajo los catorce años de edad, es decir, fuera del marco que regula la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes. Igualmente, se abordan los problemas de culpabilidad y peligrosidad bajo esta edad, y la justificación de la intervención estatal en niños y niñas menores de catorce años, en casos de hechos graves.

Palabras clave: Justicia juvenil, catorce años, intervención del Estado, edad mínima de responsabilidad penal, protección de derechos.

Abstract

This article explores the regulatory problems presented by addressing State intervention with children who commit acts of crime, under the age of fourteen, i.e. outside the framework governed by the Adolescent Criminal Responsibility Act. They also address the problems of guilt and danger under the age of fourteen, and the justification for state intervention in children under the age of fourteen, in cases of serious events.

Keywords: Juvenile justice, fourteen years, state intervention, minimum age of criminal responsibility, child protection.

Sergio Andrés Henríquez Galindo

Juzgado de Letras, Laboral,
Cobranza Previsional, Garantía
y Familia de Quintero
Quintero, Chile
sahenriquez@pjud.cl

Sergio Henríquez Galindo es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Universidad Diego Portales, Chile. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Es juez titular del Juzgado de Letras de Quintero.

Quintero Civil Court
Quintero, Chile
sahenriquez@pjud.cl

Sergio Henríquez Galindo has a degree in Legal and Social Sciences from the University of Chile. Master in Children and Adolescents Rights and the Family from the Diego Portales University, Chile. Master in Procedural Law from the National University of Rosario, Argentina. He is judge of the Quintero Civil Court.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda una realidad que, pese a ser marginal en términos estadísticos, merece ser debatida, con el objeto de precisar cuál es el fundamento normativo en el que puede actuar el Estado en aquellos casos en que, por la edad del niño o niña, es penalmente inimputable, pero comete actos que fuera de tal calidad, y reviste caracteres de delito. De esta forma, se expone la insuficiencia de nuestra actual normativa, contenida en el artículo 102 de la Ley 19.968, y se propone una forma de abordar, con nuestra actual legislación, un problema que no puede dejar de ser atendido.

La metodología usada en este trabajo es eminentemente hermenéutica, interpretando nuestra norma vigente y aplicando la doctrina disponible. Los criterios interpretativos se ajustan a la denominada *doctrina de protección integral de derechos*, reafirmada por la reciente publicación de la Ley 21.430.

2. PROBLEMAS A NIVEL NORMATIVO

2.1. Problemas constitucionales: La libertad ambulatoria

Uno de los primeros problemas que se pueden destacar frente a la internación de niños y niñas en Centros de Reparación Especializada de Administración Directa (CREAD) o Residencias es la limitación a su libertad ambulatoria. Pero lo cierto es que esta supuesta limitación tiene una graduación en su fuerza o exigibilidad, que disminuye a medida que el niño o niña tiene menos edad.

En efecto, los niños y niñas más pequeños, por sus naturales limitaciones físicas y cognitivas, necesitan de un permanente cuidado y observación, por lo que es ideal que se mantengan en espacios seguros y supervisados. Ello claramente implica que los niños y niñas de esas características son privados de su libertad ambulatoria por sus padres o por otras instituciones (escuela, jardín infantil), lo que va en su directo beneficio, pues de otra forma se expondrían a serios riesgos físicos o psicológicos. Es más, podemos decir con toda razón que es un derecho de los niños, en esta etapa, que quienes estén a su cargo los protejan e impidan que deambulen por las calles libremente, porque su interés superior exige la protección de sus derechos y el estímulo de su autonomía progresiva. Se trata de un derecho a la protección y cuidado, una protección que no es equivalente a una patria potestad, o al derecho a castigar y hacer lo que se quiera con los hijos, sino a un derecho a «criar», proteger y estimular su autonomía progresiva, considerando sus facultades físicas, psicológicas y cognitivas para ello.

La Constitución de nuestra República garantiza a todas las personas, incluidos los niños y niñas sin distinguir edades, su libertad ambulatoria, en el artículo 19 numeral 7. Asimismo, el artículo 5, inciso segundo de la misma Carta Fundamental establece que

el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

De manera tal que no puede interpretarse la libertad ambulatoria protegida en la Constitución, respecto de los niños y niñas, sin atender a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

De esta forma, la libertad ambulatoria que pudiese verse afectada con la internación de un niño o niña a causa de medidas de protección es de menor envergadura mientras más pequeño sea. Inversamente proporcional, mientras más grande, más afectada estará su libertad ambulatoria. Ya cercano a los 14 años, bien puede decirse que la internación por motivos de protección debe ser un último recurso, y más aún cuando la medida se origina —en el fondo— producto de la comisión de un hecho que reviste carácter de delito.

Se podría argumentar que incluso a los 17 años, la normalidad indica que los niños, niñas y adolescentes pasen la mayor parte de su tiempo encerrados en diversas instituciones, como la casa y la escuela, y que la libertad ambulatoria es una excepción. En efecto, los padres y madres, quienes tienen a su cargo la crianza de sus hijos menores de 18 años, tienen la facultad de darles límites normativos específicos, los que incluyen la restricción de su libertad ambulatoria, según se desprende de los artículos 222 a 242 del Código Civil.¹ Aunque en realidad no es exacto hablar de «restricción de la libertad ambulatoria», pues dicho encierro no es producto del uso de la fuerza estatal, sino de la protección de sus derechos, entre los cuales destaca el de la educación. Por ello, y sin perjuicio de lo señalado, esta razón o argumento no es reproducible de forma exacta tratándose de la facultad de las instituciones del Estado (como el Poder Judicial, Carabineros, el Servicio Nacional de Protección Especializada o el próximo Servicio de Reinserción Social Juvenil) para intervenir y limitar tal libertad ambulatoria de los niños, niñas y adolescentes, pues, en este caso, dicha facultad se reduce a la causal de estricta protección de derechos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8 números 7 y 8, y artículo 74 de la Ley 19.968, que Crea los Tribunales de Familia; y el artículo 30 número 2 de la Ley 16.618 de Menores. Esto, a diferencia de lo que antes existía en el derogado artículo 29 de la misma ley, y que permitía al juez de Menores disponer, entre otras medidas —y sin mayor justificación—, la de «confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación».

¹ DFL 1, Código Civil, artículos 221, 231 y 236.

¿Y entre los 14 y los 15 años? ¿Y entre los 10 y los 13 años? Ni la ley ni la Convención sobre los Derechos del Niño señalan cosa alguna al respecto, pero la Ley 20.084 nos puede dar algunas pistas. Esta ley establece un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes que infringen la ley penal. Sus disposiciones son aplicables desde los 14 y hasta los 18 años de edad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 58 de la misma ley, que regula la detención por flagrancia a menores de 14 años.

Entre las sanciones que contempla, se encuentra la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. Esta pena priva de libertad ambulatoria, la que se encontraría plenamente reconocida desde los 14 años de edad. Esto no quiere decir que los adolescentes desde los 14 años en adelante pueden andar donde quieran, pues queda sobre ellos la protección de sus padres o personas que los tengan bajo su cuidado, hasta los 18 años, en la medida que dichas restricciones se sustenten en el efectivo goce de sus derechos y la promoción de su autonomía actual y futura. Pero, qué duda cabe, el Estado ha dado una señal inequívoca de que la libertad ambulatoria se ve seriamente afectada a partir de los 14 años, y progresivamente con mayor intensidad, sobre todo a partir de los 16 años en caso de aplicarse las sanciones de la Ley 20.084 que privan de libertad.

Es un error afirmar que bajo los 14 años el Estado no reconoce libertad ambulatoria para los niños y niñas de ese tramo etario, debido a que, así como tampoco desde los 14 años los adolescentes pueden andar donde quieran a la hora que quieran, por disposición de sus padres o personas que los tienen bajo su cuidado, por las mismas razones no puede privarse de libertad, sea por protección o incluso por razones de crianza, a todo evento bajo los 14 años. Es decir, una cuota de libertad debe ser entregada, por ejemplo, a los 12 o 13 años de edad, y en general siempre que se pueda, atendido el desarrollo físico, psíquico e intelectual del niño. Esta cuota de libertad es por ende progresivamente más vulnerada, cuando el Estado priva de libertad a un niño, mientras mayor sea.

El artículo 58 de esta Ley, por su parte, regula la detención de niños y niñas menores de 14 años que sean sorprendidos cometiendo hechos que revisten caracteres de delito en flagrancia. Esta norma no deja de ser interesante, ya que se ocupa expresamente de esta situación, estableciendo un criterio por el cual, al tratarse de hechos de menor entidad, los agentes policiales podrán entregar al niño directamente a sus familiares o adultos responsables, y de manera excepcional, al tratarse por el contrario de hechos de mayor gravedad, pondrán al niño a disposición del Tribunal de Familia competente.

Esta norma puede leerse como la manifiesta voluntad política de entregar a la familia, por regla general, la responsabilidad de criar a los niños y niñas, por sobre el Estado, en caso de que estos cometan hechos que revisten caracteres de delito, lo que luego ha sido refrendado en los artículos 2, 9 y 27 de la Ley 21.430, recientemente publicada. El Estado entonces tiene un rol subsidiario en el control político criminal de estos hechos, aunque deja abierto a criterio del agente policial el definir qué es un hecho que reviste caracteres

de delito de «menor entidad» o de mayor gravedad. La norma no establece criterios para guiar al agente policial, pero es explícita en reconocer una regla de proporcionalidad, que establece que, a mayor gravedad, mayor justificación de la intervención del Estado y, por ende, a menor entidad de estos hechos, la responsabilidad y el control recae en la familia o los adultos responsables.

El artículo 58 de la Ley 20.084 es en sí mismo una clara señal de política criminal, en que la privación de libertad debe ser la excepción, y más aún, la activación del sistema judicial —en este caso, de Familia— debe ser excepcional. Solo los casos más graves pueden judicializarse.

2.2. Problemas de la Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas no se pronuncia expresamente respecto de quienes cometan delitos bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes, y deja entrever un apego a criterios proteccionales en esos casos. Los artículos 37 y 40 de dicho instrumento internacional dan algunas directrices que serían aplicables a cualquier procedimiento por el cual se impute un delito a un niño o niña. Sin embargo, no queda claro que se apliquen también si estos hechos que revisten caracteres de delito son cometidos bajo la edad de responsabilidad penal.

Una interpretación sistemática de la Convención —y entendiendo que esta forma parte de un muy comprensivo *corpus iuris* de derechos humanos—, en el método interpretativo explicado por Antonio Cançado Trindade,² expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos obliga a concluir que dichas garantías deben aplicarse en todo proceso, proteccional o infraccional, en el que a consecuencia de la comisión de un ilícito se pueda privar de libertad a un niño o niña.

Del mismo modo, el Comité de Derechos del Niño algo ha dicho sobre este asunto en sus observaciones generales, como se verá más adelante.

2.3. Problemas de la Observación General 10, de 2007

Conviene mirar este instrumento, pese a que luego veremos que ha sido suprimido por otra observación general, por cuanto muchos de sus «problemas» le sobreviven. La Observación General 10 del Comité de Derechos del Niño establece una serie de interpretaciones y guías en relación a la responsabilidad penal de los y las adolescentes, y el respeto de sus

² Antonio Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (Santiago: Jurídica de Chile, 2006), 47-58.

derechos conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, plantea ciertas cuestiones que merecen una problematización mayor, sobre todo al referirse a la edad mínima de responsabilidad penal. En su párrafo 31, primera viñeta, establece que

incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la [edad mínima de responsabilidad penal], el supuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños.

Esta afirmación contiene dos problemas que paso a detallar.

Primero que todo, afirma que incluso niños muy jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal. Importante es destacar el conflicto que surge en esta materia. ¿Tienen los niños de 2 años capacidad de cometer delitos?, ¿y si tiene 7 años, 10 o 13? ¿Cuándo podemos afirmar que un ser humano tiene capacidad suficiente para decidir violar la ley penal? ¿Es relevante saber si son capaces de cometer delitos, o lo importante es determinar si es necesario aplicar sanciones penales a cualquier edad, con el consecuente perjuicio para su desarrollo?

En segundo lugar, señala asimismo que, si es necesario, se aplicarán medidas de protección en el interés superior de esos niños. Aquí surgen varias interrogantes: ¿se aplica medida de protección porque el niño cometió un delito, o porque está siendo vulnerado en sus derechos? El hecho que un niño cometa un delito, ¿faculta por sí mismo al juez para que indague si está siendo vulnerado en sus derechos? Y si la medida de protección adoptada consiste en el encierro en un hogar de protección, ¿no es eso una pena privativa de libertad encubierta? ¿Cómo nos aseguramos de que no se cometan abusos del sistema?

2.4. Problemas de la Observación General 24, de 2019

Esta observación general sustituye la ya citada Observación General 10 de 2007. En esta se sostiene que «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», lo que es conteste con los planteamientos contenidos en la anterior observación general. Del mismo modo, define la edad mínima de responsabilidad penal como «la edad por debajo de la cual la ley determina que los niños no tienen la capacidad de infringir la legislación penal», lo que tampoco es diferente de lo que ya sostenía la Observación General 10. Sin embargo, a diferencia de aquella, esta contiene un acápite completo dedicado a la «prevención de la delincuencia infantil», dirigida especialmente a los niños y niñas que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal, y así expresa que

las investigaciones han demostrado que los programas intensivos de tratamiento basados en la familia y la comunidad, diseñados para introducir cambios positivos en aspectos de los diversos sistemas sociales (hogar, escuela, comunidad, relaciones entre iguales) que contribuyen a crear graves dificultades de comportamiento en niños, reducen el riesgo de que estos entren en los sistemas de justicia juvenil. Los programas de prevención y de intervención temprana deben centrarse en el apoyo a las familias, en particular las que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad o en las que se producen actos de violencia. Se debe brindar apoyo a los niños en situación de riesgo, especialmente a los que dejan de asistir a la escuela, son excluidos o no completan su educación.

Asimismo, interpretando los artículos 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, concluye que son los padres los que tienen el primer deber de prevenir que sus hijos cometan actos delictuales antes de la edad mínima de responsabilidad penal juvenil, «aunque al mismo tiempo la Convención exige que los Estados partes presten la asistencia necesaria a los padres (u otras personas encargadas del cuidado de los niños) para que estos cumplan sus responsabilidades relativas a dicha crianza». Esto quiere decir que, si bien son los cuidadores y cuidadoras de los niños y niñas quienes tienen la principal responsabilidad de prevenir que sus hijos incurran en conductas delictuales, las validen o se encaminen hacia ellas, no es menos correcto que el Estado tiene, en paralelo, el deber de dar soporte a las familias para cumplir con este fin, e incluso coloca como ejemplo la posibilidad de que programas de mejoramiento de habilidades de crianza, realizados a temprana edad, contribuyen a esta prevención de manera significativa. Esta respuesta debe ser multidisciplinaria y adaptada a las necesidades de los niños y niñas. En caso de separar a los niños y niñas de sus familias, ello solo debe ocurrir como último recurso, de preferencia con familiares cercanos, y en casos excepcionales en instituciones del Estado, cuando ello sea más conveniente por la necesidad de intervención de diversos profesionales.

Sin embargo, y reconociendo que resulta en un avance sustantivo respecto de la Observación General 10, persiste la pregunta: ¿no es acaso una medida privativa de libertad de carácter sancionatorio el internar en instituciones del Estado por esta razón a niños y niñas menores de 14 años?

2.5. Problemas de la Ley 20.084

Si en algún momento planteáramos que es posible aplicar una medida de control a los niños menores de 14 años por los hechos que revisten caracteres de delito que cometan, y sobre todo si dicha medida consiste en la internación en centros de salud o de protección, algunos de los criterios que seguramente miraríamos para establecer estándares son los siguientes:

2.5.1. *Proporcionalidad de la medida de control de acuerdo a la edad*

En la Ley 20.084, la pena privativa de libertad se aplica de forma diferenciada, si el condenado tiene más o menos de 16 años. Si tiene entre 14 y 16 años (no cumplidos), la pena privativa de libertad no podría superar los cinco años. Entre los 16 y 18 años (no cumplidos), en cambio, la pena privativa de libertad puede alcanzar los diez años. ¿Podríamos aplicar una regla similar en el caso de los infractores bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes, sobre todo si les aplicarán una medida de protección que signifique, por ejemplo, el encierro en un CREAD o una residencia de protección?

2.5.2. *Criterios para la determinación de las consecuencias jurídico-sancionatorias*

El artículo 24 de la Ley 20.084 establece una serie de criterios para la determinación de la pena más idónea para el adolescente. Estos criterios plantean una serie de problemas largamente analizados por otros autores,³ y que son plenamente aplicables a la hora de definir un procedimiento de determinación de sanciones bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes, al menos en lo que respecta a la idoneidad de la sanción y la edad del adolescente. Así, Cillero plantea, respecto del problema de la determinación de la pena, que

la indefinición deriva, en primer lugar, de la falta de definición autónoma de los marcos penales aplicables a las infracciones penales de los adolescentes, lo que obliga a constantes remisiones al Código Penal para luego realizar las *conversiones* pertinentes, por lo que se confunde permanentemente el problema de la naturaleza de la pena con el de su extensión.⁴

Con todo, plantea que

el análisis de estas reglas no agota el problema de la normativa aplicable para la determinación de las sanciones, pues todavía existen otras normas o principios contenidos principalmente en la CDN que son importantes considerar.

³ De especial interés son los trabajos de Miguel Cillero Bruñol, «Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción», en *Informes en derecho: Estudios de derecho penal juvenil*, t. 1, vol. 5 (Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2009); y el trabajo de María Inés Horvitz, «Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable», *Revista de Estudios de la Justicia* 7 (2006): 97-119.

⁴ Cillero Bruñol, «Proporcionalidad...», 148.

Los más relevantes para la cuestión en estudio son:

- El de excepcionalidad de la privación de libertad (artículo 37 b) CDN y 26 Ley 20.084).
- El de brevedad de la privación de libertad (artículo 37 b, CDN).
- El de proporcionalidad (artículo 40.4 CDN).⁵

Estos criterios a que hace alusión Cillero son perfectamente aplicables al caso de los niños y niñas bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes, como se verá más adelante.

2.5.3. *Especialización*

El artículo 29 de la Ley en comento establece que los actores involucrados en el proceso deben estar especializados. La misma regla sería aplicable en el caso de los niños y niñas que cometen hechos que revisten caracteres de delito bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes, porque la especialización garantiza una intervención adecuada, que considere el estado de desarrollo del niño y el impacto de las medidas a adoptar en su vida.

¿Qué tipo de especialización se requiere? Se trata este de un tema central. Solo profesionales especializados, que comprenden los procesos cognitivos, sociales y psicológicos por los que pasa un adolescente en esa etapa de la vida, y que además conocen la dinámica criminológica asociada al comportamiento de los y las adolescentes, pueden realmente entender qué es lo que quiere y cómo se protegen mejor sus derechos.

Pero, como sabemos, la especialización no solo comprende conocimientos. También se refiere a esa relación continua con otros actores del proceso penal especializado, de manera tal que se produzca una retroalimentación a los actores del sistema, que perfeccione sus técnicas e intervenciones, y haga más eficaz su defensa. Esto requiere, por supuesto, de permanencia en el cargo, es decir, evitar la rotación de profesionales. La especialización se potencia, más que en la capacitación teórica, en el diario quehacer de los actores del sistema, en la interacción y retroalimentación entre ellos. El proceso penal de adolescentes tiene muchas vaguedades, vacíos, contradicciones y opuestas interpretaciones, que no se resolverán en una capacitación o formación académica, por más que se trate de excelentes experiencias teóricas. Por otro lado, requiere que los equipos de intervención temprana tengan orientaciones técnicas basadas en la evidencia científica, de mirada multidisciplinaria.

Este aspecto es ratificado por la Observación General 10 del Comité de Derechos del Niño, cuando en su párrafo 92 señala que

⁵ Cillero Bruñol, «Proporcionalidad...», 128.

un sistema amplio de justicia de menores requiere además el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada,

Luego esto es confirmado con mayor fuerza por la Observación General 24, al señalar que

la intervención temprana para los niños que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal requiere dar respuestas multidisciplinarias y adaptadas a las necesidades de los niños cuando se dan los primeros indicios de un comportamiento que, si el niño superara dicha edad mínima, se consideraría un hecho delictivo. Deberían elaborarse programas de intervención con base empírica que reflejen no solo las múltiples causas psicosociales de ese comportamiento, sino también los factores de protección que pueden intensificar la resiliencia. Las intervenciones deben ir precedidas de una evaluación integral e interdisciplinaria de las necesidades del niño.

Si se quiere lograr especialización, se debe intencionar esta interacción, de tal forma que se trate no solo de una formación práctica de carácter endógeno, sino que se reproduzca y transmita a otros y otras profesionales, universidades, investigadores y capacitaciones internas, para así pulir, teorizando y co-construyendo, saberes prácticos que el fiscal, juez o defensor debe manejar.

La Regla 85 de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad prescribe:

El personal deberá recibir una formación que le permita desempeñar eficazmente sus funciones, en particular la capacitación en psicología infantil, protección de la infancia y criterios y normas internacionales de derechos humanos y derechos del niño, incluidas las presentes Reglas. El personal deberá mantener y perfeccionar sus conocimientos y capacidad profesional asistiendo a cursos de formación en el servicio que se organizarán a intervalos apropiados durante toda su carrera.

El artículo puede ser leído como una exigencia de capacitación permanente para los profesionales que se vinculen con los adolescentes; sin embargo, no es lo único que se puede desprender de su lectura. Los conceptos apuntan a una formación que va más allá de los cursos: debe ser permanente, y orientada al perfeccionamiento de los conocimientos y la habilidad de estos profesionales. La experiencia, desde luego, debe ser potenciada por las capacitaciones y la formación intelectual, pero no tan sólo por esta.

La Regla 9, letra i) de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil establece: «Deberán formularse en todos los niveles del Gobierno planes generales de prevención que, entre otras cosas, comprendan: i) personal especializado en todos los niveles». De este apartado se desprende que no solo las policías deben estar especializadas, sino también todas y todos los técnicos y profesionales que, en algún nivel, entren en contacto con adolescentes. Si bien estas directrices son de orden preventivo, dan luces de lo que debe entenderse por *especializado*, ya que ni si quiera hace referencia a las capacitaciones, tan solo se limita a prescribir la necesaria especialización de todo el personal.

La Regla 58 del mismo cuerpo normativo establece que

deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.

Nuevamente nos encontramos con la idea de que la especialización tiene que ver tanto con la capacitación como con el sexo del personal, su experiencia y el conocimiento de las redes sociales de la localidad en la que se desenvuelve. Todos estos aspectos no se logran con una buena instrucción teórica, sino con la experiencia, con el trabajo día a día con los jóvenes, con un modelo de gestión y financiamiento de la defensa, apoyado en la teoría aprendida en la formación intelectual, que debe ser continua y repasada con frecuencia.

Si asumimos la perspectiva constitucional, para hacer el análisis del artículo 29 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente es necesario examinar la Carta Fundamental a la luz de la siguiente idea: a partir de la interpretación precedente, se puede concluir que la especialización de la justicia penal de adolescentes es una garantía, uno de sus derechos, consagrado tanto en la ley como en los tratados e instrumentos internacionales ya citados. Se trata de una garantía procesal, que forma parte del debido proceso, y por tanto es analizable desde dicha perspectiva en la normativa constitucional.

El artículo 19, numeral 3, inciso segundo de la Constitución prescribe: «Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale». A este respecto, la ley ordena que los intervinientes y actores del proceso sean especializados. Así lo prescribe el artículo 29 de la Ley 20.084:

Los jueces de Garantía, los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, así como los fiscales adjuntos y los defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar capacitados en los estudios e información

criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley.

Por tanto, la especialización de los actores del sistema tiene fundamento no solo legal, sino además constitucional.⁶

2.6. Problemas de la Ley 19.968

El procedimiento contravencional regulado actualmente por la Ley 19.968, después de la modificación de la Ley 20.286, se aplica a las faltas cometidas por adolescentes entre 14 y 16 años, y entre los 16 y 18 años cuando dichas faltas no estén contempladas en las que enumera el artículo 1 de la Ley 20.084. Esto vino a darle mayor coherencia al procedimiento contravencional y sus sanciones, pero dejó el resto de las acciones que revistan caracteres de delito cometidas por menores de 14 años, incluidos en una sola norma, la del artículo 102 letra N, que prescribe:

En los casos en que un niño, niña o adolescente inimputable incurra en una conducta ilícita, el juez de familia deberá citar a su padre, madre o a quien lo tenga a su cuidado a una audiencia, para los fines del artículo 234 del Código Civil.

El artículo 102 letra N solo permite citar a los padres a una audiencia en la que el juez les solicitará aplicar las facultades correctivas reguladas en el artículo 234 del Código Civil, mismo artículo que fue duramente criticado por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, por contravenir las disposiciones de la Convención.⁷

Esta normativa deja abierta la puerta a la arbitrariedad o la aplicación de medidas de protección que impliquen inclusive el encierro en un CREAD u hogar residencial, sin criterios rigurosos. Sobre este particular, se concuerda en general con las críticas que sostiene la actual fiscal judicial y académica Nel Greeven Bobadilla, en sus recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 en sus letras A a N de la Ley

⁶ Sergio Henríquez, «Especialización de la justicia penal para adolescentes», *Boletín Jurídico* 8 (2006): 9-28.

⁷ El informe CRC/C/15/Add.173 del Vigésimo Noveno Período de Sesiones del Comité de Derechos del Niño, señala en su párrafo 31 que «al Comité le preocupa que el castigo corporal de los niños siga siendo socialmente aceptable en Chile y aún se practique en las familias, en las escuelas y en otras instituciones. Asimismo, toma nota de que la legislación de Chile no prohíbe expresamente el castigo corporal».

19.968,⁸ que regula el procedimiento contravencional ya referido, y que considera contrarios a la Constitución, por cuanto no establece las garantías mínimas de un debido proceso, contrariando las recomendaciones de organismos internacionales en la materia y la propia Convención sobre Derechos del Niño. Cuestión que no parece compartir el Tribunal Constitucional, en sendas resoluciones que, lamentablemente, demuestran un desconocimiento del cambio de paradigma que representa la Convención sobre Derechos del Niño, y la necesaria especialización del sistema, de la cual no se hace cargo, al aplicar fundamentos preconconvencionales, que funda en el Código Civil (como la emancipación de los niños a los 18 años), usando el término *menor* en vez de *niño*, justificar la falta del derecho al recurso —cuestión que no dudaría en defender tratándose de adultos—, argumentando un procedimiento sin forma de juicio, al que denomina «concentrado», pero que no se condice con los estándares mínimos que se requiere en estos casos, justificando un conjunto de sanciones que no tienen relación de proporcionalidad, así como la falta de tutela judicial efectiva. Solo una sentencia del 13 de junio de 2019 del mismo Tribunal Constitucional concede, parcialmente, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ciertos preceptos contenidos en el artículo 102, en particular la letra E, en la voz «imputado»; las letras H e I con la expresión «de inmediato»; en las letras H y K las oraciones «la que no será susceptible de recurso alguno» y «serán inapelables»; y en la letra J, el párrafo «el tribunal podrá aplicar conjuntamente más de una de las sanciones contempladas en este artículo, lo que deberá fundamentarse en la sentencia». Demás está decir lo lejos que se encuentran estas lamentables resoluciones de los derechos y garantías que establece la Ley 21.430, recientemente publicada.

2.7. Diversidad de criterios jurisprudenciales

Unido al problema destacado en el punto anterior, y como consecuencia de este, se encuentra la diversidad de criterios para dirimir asuntos que involucran a niños menores de 14 años en hechos que revisten caracteres de delito. En efecto, esta disparidad refleja el grado de arbitrariedad con el que se toman decisiones tan trascendentales como aplicar o no una u otra medida de protección, o sencillamente dar mera aplicación al artículo 102 letra N de la Ley de Tribunales de Familia.

En palabras de Cillero, refiriéndose a la necesidad de fundamentar la elección de una determinada pena en el sistema penal de adolescentes:

Estas dificultades de interpretación, como se ha venido diciendo, no pueden enfrentarse dejando la resolución de los casos al puro arbitrio judicial, es decir, abriendo el campo para que la naturaleza y extensión de las restricciones

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2743-2014, 3 de marzo de 2016; sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2791-2015, 3 de marzo de 2016; sentencia del Tribunal Constitucional, rol 4572-2018, 13 de junio de 2019.

de derechos por las sanciones penales de adolescentes dependan de un acto potestativo, cuya justificación deriva de la investidura y potestad del juez y no de las razones jurídicas que fundamentan su decisión, tal cual se hacía en el derecho tutelar de menores.⁹

2.8. La Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia

Entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 51 de esta Ley establece la «protección reforzada y especializada de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos y de los adolescentes en conflicto con la ley». Este derecho a recibir la intervención reparatoria requerida no distingue si el niño, niña o adolescente es además infractor de ley, pues en todo caso este derecho debe ser satisfecho. Al señalar que es «reforzada», se entiende que todos los estándares de exigibilidad se elevan al máximo en esta materia. Se comprende que ello abarca la necesaria intervención con los niños y niñas que puedan cometer hechos que revistan caracteres de delito bajo los 14 años de edad.

Es importante destacar que esta norma no está redactada en clave de derecho económico o social, es decir, se asegura la oferta programática especializada a todo niño o niña que lo necesite, tanto en el ámbito proteccional como en el infraccional. Los servicios a cargo de brindar esta oferta son el aún inexistente Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil —y que por ahora sigue administrando el Servicio Nacional de Menores— y el recientemente inaugurado Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, aunque todos los servicios del Estado, en especial los de salud mental y educacional, deben estar al mismo nivel responsabilizados de la satisfacción de este derecho.

Llama la atención que entre su catálogo de derechos no establezca expresamente la *libertad ambulatoria*, como sí lo hace respecto de la libertad de expresión y comunicación; de pensamiento, conciencia y religión, y libertad de asociación y reunión, lo que obedece claramente a la necesidad de establecer que son los cuidadores de los niños y niñas quienes pueden ir fijando el ámbito de tal libertad, en resguardo de sus derechos, de manera progresiva y conforme a sus facultades y competencias. Esto se desprende de su acápite «De los principales obligados por la ley», que señala que «es deber de las familias, de los órganos del Estado y de la sociedad el cumplimiento del objeto de esta ley». El orden en que se mencionan no es casual, sino que obedece a la intención del legislador —tal como se reflejará en el resto del articulado— de dar preeminencia al rol de la familia en el respeto, promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La labor del Estado y de la sociedad civil es subsidiaria a la familia, que tiene un derecho frente

⁹ Cillero Bruñol, «Proporcionalidad...», 162.

al Estado para ser preferida frente a otras alternativas, lo que a su vez entronca con el declarado principio del «derecho y deber preferente de los padres y madres a educar y cuidar a sus hijos».

2.9. Las medidas de protección como sanciones penales encubiertas:

El caso de Cristóbal

Justamente por la diversidad de criterios existentes en el ámbito jurisprudencial, y la orfandad jurídica en la que se encuentran los jueces de familia en esta materia, es que suceden casos como el del niño conocido peyorativamente como «Cisarro», que fue derivado como medida de protección a una Unidad de Corta Estadía del Hospital Luis Calvo Mackenna. Su diagnóstico, realizado de forma absolutamente insólita,¹⁰ no fue cuestionado por la magistrada, quien decretó la medida, privando de libertad a un niño que probablemente no necesitaba una medida de ese tipo, con lo cual vulnera sus derechos.

Este caso emblemático develó todas las deficiencias de la oferta en materia de salud mental, así como las de un procedimiento que da espacio a la arbitrariedad, a la privación de libertad, la medicación forzada y un largo etcétera de grave afectación de derechos, sin que haya tenido un debido proceso, para encubrir por razones «proteccionales» una medida de naturaleza retributiva.

3. PROBLEMAS DE CULPABILIDAD Y PELIGROSIDAD

3.1. El asunto de la madurez y la edad

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como las Reglas de Beijing son claras en establecer que bajo la edad mínima de responsabilidad penal no puede haber tal responsabilidad. Pero lo cierto es que en el caso de Chile, como hemos visto, niños menores de 14 años cometen actos que son considerados por la opinión pública como delitos, y existe gran presión de los medios para, de alguna manera, sancionar a estos niños. Por supuesto, el Estado no está habilitado para aplicarles un proceso penal, pero, como sucede con el caso de Cristóbal, se aplican de forma sancionatoria medidas de protección, sin límites ni controles mínimos, y menos garantías procesales básicas.

¹⁰ «Psiquiatra: No faltó a principios éticos si digo que “Cisarro” tiene una gravísima enfermedad bipolar», *ADN Radio*, 7 de mayo de 2013, <https://www.adnradio.cl/nacional/2013/05/07/psiquiatra-no-falto-a-principios-eticos-si-digo-que-cisarro-tiene-una-gravisima-enfermedad-bipolar-189173.html>; «Madre de “Cisarro” recibirá tratamiento psiquiátrico», *Emol*, 12 de agosto de 2009, <https://www.emol.com/noticias/nacional/2009/08/12/371312/madre-de-cisarro-recibira-tratamiento-psiquiatrico.html>.

En este escenario, cabe preguntarse, entonces, qué tipo de intervención estaría legitimada para el Estado en estos casos, considerando en especial la madurez y edad de los niños y niñas afectados. ¿Puede hablarse de culpabilidad a los 10, 12 o 13 años? ¿Puede atribuirse algún nivel de responsabilidad a estos niños?

La primera pregunta podría responderse de forma doctrinaria. La Ley es clara al establecer la inimputabilidad respecto de los menores de 14 años (artículo 10 número 1 del Código Penal), y esto abre las puertas a la intervención preventiva, peligrosista que puede sostenerse en el marco de las medidas de seguridad. Desde esta perspectiva, es posible la intervención del Estado con personas bajo los 14 años de edad, pero veremos que hay matices de relevancia que considerar.

La Convención establece que a los niños debe darse una autonomía progresiva, que vaya potenciando el efectivo goce de sus derechos; y dicha autonomía progresiva, consecuentemente, va acompañada de una responsabilidad progresiva, y una facultad de protección de los padres —y del Estado de forma subsidiaria— decreciente, pero legítima, sobre todo en los primeros años de vida del niño.

Esta facultad de protección legítima no solo es un deber de los padres o del Estado; es también un derecho de los niños, y es en este punto cuando aparece la razón fundamental que justifica la intervención de los padres y del Estado en forma subsidiaria, cuando un niño menor de 14 años en Chile comete un hecho que reviste caracteres de delito.

Formalmente, el artículo 102 letra N de la Ley de Tribunales de Familia cumple con esta función, pues asigna a los padres el ejercicio de sus facultades correctivas, entendidas como la facultad de asistir a sus hijos para que no vuelvan a cometer este tipo de hechos. Lo mismo puede decirse del artículo 58 de la Ley 20.084, ya descrito. Sin embargo, los problemas surgen cuando se trata de hechos de gran connotación social o no existen padres o adultos responsables, y la norma solo sirve para encubrir una persecución penal sin garantías e ilegítima, o se torna abiertamente ineficaz, desprestigiando el sistema en su conjunto y generando presiones para bajar la edad de responsabilidad penal de adolescentes.

Los niños menores de 14 años tienen el derecho de ser guiados por sus padres para que aprendan a convivir en sociedad y a respetar a los demás en el ejercicio legítimo de sus derechos. Sin embargo, si los padres no están en condiciones de llevar a cabo esta tarea, o no existen, o resulta más perjudicial para los niños convivir con sus padres porque ellos mismos vulneran sus derechos, en todos estos casos es el Estado quien debe velar por esta guía, buscando la mejor alternativa, evitando la institucionalización de los niños, y teniendo en cuenta su autonomía progresiva.

Justamente, en aras de su autonomía progresiva, es necesario prevenir que niños muy jóvenes cometan o sigan cometiendo delitos, pues mientras menor es la edad de comienzo de la actividad delictual, es posible que desarrolle en el futuro conductas más graves y reiteradas, y por tanto sea más difícil su intervención.

Entonces, cualquiera sea la edad de los niños menores de 14 años, cuando cometen hechos que revisten caracteres de delitos, la intervención del Estado en los términos señalados se encuentra justificada de forma excepcional. La pregunta que surge ahora es qué tipo de intervención excepcional se encuentra justificada, y con qué límites.

3.2. El problema de la culpabilidad

Para Cury, la culpabilidad es

reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho. Por consiguiente, significa que el disvalor del acto injusto se extiende también a la persona del agente, porque puede serle atribuido como obra suya.¹¹

El mismo autor define la imputabilidad como «*la capacidad de conocer lo injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento*». Dicho de otro modo, la imputabilidad es capacidad personal de ser objeto de un reproche por la conducta ejecutada y, consiguientemente, *capacidad de culpabilidad*.¹² Continúa señalando que

la idea de que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad constituye actualmente una opinión generalizada. El criterio de los *hegelianos*, con arreglo al cual se trataba de una «capacidad de acción», se encuentra abandonado, porque se reconoce ampliamente que los niños y los enfermos mentales (inimputables) pueden efectuar conductas voluntarias (manifestaciones de voluntad). En cuanto a la acepción común, de conformidad con la cual «imputar» equivale a «atribuir en un sentido general», se conserva, pero técnicamente no es aprovechada, porque originaría confusiones.¹³

De conformidad a este autor, se presume, *iuris et de iure*, la inimputabilidad de los menores de la edad de responsabilidad penal fijada por la ley, puesto que serían «incapaces de comprender lo injusto de su actuar y de autodeterminarse conforme a ese conocimiento».¹⁴

¹¹ Enrique Cury, *Derecho penal: Parte general* (Santiago: Ediciones UC, 2009), 385.

¹² Cury, *Derecho penal*, 409.

¹³ Cury, *Derecho penal*, 409.

¹⁴ Cury, *Derecho penal*, 429.

Roxin, por el contrario, reconoce algún nivel de existencia de la culpabilidad, adscritas a ciertos tipos penales, de tal forma que, si bien los niños menores de 14 años no pueden comprender delitos complejos, como los que atacan la libertad sexual, bien pueden comprender otros, como el hurto.¹⁵ Pese a ello, justifica la no aplicación del derecho penal en los tramos inferiores al establecido legalmente, basado en lo dañoso de las consecuencias de las sanciones penales en los jóvenes:

La experiencia enseña que los niños mayores las más de las veces saben perfectamente que romper a pedradas los cristales de una ventana, hurtar, etcétera, está prohibido. Con frecuencia los niños también están en situación de poderse motivar completamente por estas prohibiciones, de modo que la culpabilidad en sí habría de afirmarse. Pero como los hechos de los niños no conmueven la conciencia jurídica colectiva a los ojos de los adultos, y como la imposición de sanciones criminales contra los niños está preventivo especialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad.¹⁶

Teniendo lo anterior presente, podemos preguntarnos si existe finalmente culpabilidad en los hechos que revisten caracteres de delito cometidos por menores de 14 años.

El sistema romano, o continental europeo, reflejado en nuestro Código Civil, establece ciertas distinciones de edad en relación a su capacidad de actuar en el comercio y los actos civiles. Llama *infante* a quien tiene menos de 7 años, e *impúber* al varón menor de 14 y la mujer menor de 12 años. Ambos son incapaces absolutos para actuar en el comercio o en otros actos civiles; pero el sistema distingue entre ellos porque el primero no tendría posibilidad alguna de tomar decisiones con un mínimo de conciencia respecto de los resultados o sus consecuencias, lo que sería más atenuado respecto de hombres que tienen de entre 7 y 14 años, o mujeres de entre 7 y 12 años.

La culpabilidad, en nuestra tradición jurídica, ha sido evaluada históricamente por medio de dos sistemas bien definidos: el del discernimiento y el criterio cronológico.¹⁷

El primero está basado en la concepción retributiva de la pena, que exige saber el grado de culpabilidad de la persona para determinar la medida de la pena, de tal forma que, si

¹⁵ Claus Roxin, *AT I: Grudlagender Aufbau Der Verbrechenslehre* (Múnich: C. H. Beck, 1997), 280, 779-780; citado en Irene Navarro Frías, «El necesario regreso del principio de culpabilidad al derecho penal de menores», en *Derecho penal y psicología del menor*, ed. por Esteban Sola Reche y otros (Granada: Universidad de La Laguna, 2007), 100, 125.

¹⁶ Roxin, *AT I*, 779; citado en Navarro Frías, «El necesario...», 100, 125.

¹⁷ Navarro Frías, «El necesario...», 779.

una persona pudo haberse comportado de una forma distinta a lo que hizo, sabiendo lo injusto de su conducta, merece dicha pena, y debe imponerse, por carecer de otra consecuencia jurídica posible.

El segundo se basa en el establecimiento fijo de una edad a partir de la cual se entiende que se inicia una responsabilidad penal atenuada, y otra en la que se inicia una responsabilidad penal plena o adulta. En la historia de nuestra tradición jurídica se han establecido distintas edades para fijar este criterio. En el derecho romano esa edad era de 7 años, y en las partidas de 10 años y medio. En el Código Penal español de 1822 era de 7 años, y en los de 1848, 1850 y 1870 fue de 9 años, hasta la actual entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, que fija la edad en 14 años. En el Código Penal chileno hasta la reforma de la Ley 20.084, el artículo 10 del Código Penal establecía como exentos de responsabilidad penal a quienes tenían menos de 16 años. Actualmente, el límite está fijado en los 14 años.

En nuestro ordenamiento, al abandonar el sistema del discernimiento, desaparece o pierde sentido la noción de *inimputabilidad*, pues la legitimidad de la pena se desprenderá de criterios de necesidad que no se vinculan con la idea de culpabilidad, sino con fundamentos de peligrosidad (medidas de seguridad) y fines de las penas (prevención especial). Como señalaba Roxin,¹⁸ la razón por la que no se aplica una sanción penal bajo el límite de edad de responsabilidad penal reposa no sobre la existencia real o no de la imputabilidad o culpabilidad, sino en el evidente daño que produciría aplicar dichas penas, atendiendo por tanto a los fines de la pena y a la necesidad de su aplicación. Bajo la edad de responsabilidad penal, no es necesario aplicarlas.

Confirma esta postura Cipriani al explicar la razón por la cual no debe fijarse una edad de responsabilidad penal muy baja, basado no en criterios de culpabilidad, sino en «aspectos protectores de las capacidades en evolución». Así, señala que

el concepto de responsabilidad criminal yace claramente incrustado en este marco, como se ve más específicamente en la Regla 4.1 de Beijing, su comentario relacionado y el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La regla 4.1 de Beijing prescribe que la edad mínima de responsabilidad criminal «no debe ser fijada a una edad muy baja teniendo en cuenta los factores de madurez emocional, mental e intelectual». Las reglas apelan a los aspectos protectores de las capacidades en evolución. En consideración del crecimiento emocional, mental y madurez intelectual, los niños de edades bajas pueden no tener la necesaria competencia para sostener responsabilidad individual por sus elecciones y acciones — particularmente en el sentido de la responsabilidad criminal y la

¹⁸ Roxin, *AT I*, 779; citado en Navarro Frías, «El necesario...», 100, 125.

gravedad de sus implicancias [...] No es razonable esperar que niños muy pequeños sean suficientemente competentes para ser responsables criminalmente, así como tampoco tendrían garantizados los derechos de independencia y libertad en otros contextos.¹⁹

La evolución de la neurociencia, así como el desarrollo del conocimiento en estas materias de los Estados partes de la Convención, han reforzado esta conclusión a la que se llegaba en Beijing, lo que es reflejado en la reciente Observación General 24, que establece que

las pruebas documentadas en los campos del desarrollo infantil y la neurociencia indican que la madurez y la capacidad de pensamiento abstracto todavía están evolucionando en los niños de 12 a 13 años, debido a que la parte frontal de su corteza cerebral aún se está desarrollando. Por lo tanto, es poco probable que comprendan las consecuencias de sus acciones o que entiendan los procedimientos penales [...] Los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal deben recibir asistencia y servicios de las autoridades competentes, según sus necesidades, y no deben ser considerados como niños que han cometido delitos penales.

3.3. La necesidad de la aplicación excepcional de medidas de control bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes

El problema de la culpabilidad da paso a la necesidad de aplicación de medidas bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes. Para empezar, y como referencia, lo ya señalado en la historia legislativa de las Reglas de Beijing nos indica que el límite mínimo apenas soportable de responsabilidad penal se ubica a los 12 años, aunque siempre se recomendó que se estableciera a los 14. El promedio en América es de 12 años. En Chile, como se indicó, se optó por fijar esta edad a los 14 años.²⁰

Sin embargo, el tramo comprendido entre los 12 y 14 años siempre ha estado sujeto a la consideración o posibilidad de que se les aplique un sistema penal de adolescentes, como sucede en otros países,²¹ y este elemento nos puede orientar para saber si es posible aplicar un sistema de medidas que no implique reducir la edad mínima de responsabilidad

¹⁹ Don Cipriani, *Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility: A Global Perspective* (Londres: Ashgate, 2009), 32-33.

²⁰ Existe una prohibición de retroceso al respecto, por la cual se puede aumentar el límite mínimo de responsabilidad penal de adolescentes —a 16 años, por ejemplo—, pero nunca disminuirlo. Esta prohibición de retroceso se basa en la obligación del Estado de mejorar los estándares de protección de los derechos de los niños, deber que no admite interpretaciones que vayan en su perjuicio, incluso si una lectura somera de la Convención así lo justificara (literalmente), según lo prescrito por los artículos 3, 4 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²¹ Así, países como Andorra, Angola, Belice, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México, Países Bajos y Venezuela tienen fijada su edad mínima de responsabilidad penal de adolescentes a los 12 años.

penal, pero que permita, por un lado, en los casos más graves y de forma excepcional, satisfacer el derecho de los niños a ser guiados y evitar reincidir en nuevos delitos, así como la demanda por una reacción sancionatoria que, de no ser satisfecha, presiona a la baja de la edad de responsabilidad penal efectiva.

Podríamos llegar a sostener el siguiente argumento: entre los 12 y los 14 años, en general la gran mayoría de los niños no cometen hechos que revisten caracteres de delito. Entre los pocos que sí los cometen, la mayoría comete actos de baja gravedad, y un porcentaje muy menor, casi anecdótico, comete actos de mucha gravedad.

En relación al primer grupo, está claro que no se justifica intervención estatal de tipo alguno. Respecto del segundo grupo hay que hacer distinciones.

Los niños entre 12 y 14 años que cometen delitos de baja gravedad debieran tener algún tipo de intervención, no punitiva, pero sí educativa y preventiva. Lo riesgoso de esto es precisamente su edad. Al ser tan pequeños y comenzar a esta edad a cometer hechos que revisten caracteres de delito, existe el peligro de que empiecen a reiterarlos y aumentar progresivamente su violencia y gravedad. Es por ello que se hace necesaria una intervención temprana, a nivel individual, familiar y comunitario, orientada a la prevención de otros delitos en el futuro. En caso alguno se justificaría la privación de libertad en una residencia o centro de protección, salvo cuando no tenga familia alguna a la que recurrir.²² En todos estos casos, sería más adecuado hablar del ejercicio legítimo de un «control».

Respecto del último grupo, esto, es niños pequeños de 12 a 14 años de edad que cometen delitos de gravedad, con violencia y connotación pública, es necesario hacer una salvedad. En estos casos, al igual que en los anteriores, es posible aplicar medidas de «control», y de hecho así se hace, pero de forma arbitraria y sin garantías que restrinjan el poder punitivo de los jueces, el que puede llegar a la privación de libertad de forma indefinida, e incluso el sometimiento a tratamientos psiquiátricos y químico-farmacéuticos, como sucedió en el caso «Cisarro». Pero esto sucede porque de alguna forma se pretende validar el fin retributivo del derecho penal.

Lo cierto es que es innegable la necesidad de intervención en estos casos de suma gravedad, pues son el indicador de que el niño seguirá cometiendo delitos, y es probable que mantendrá o subirá los niveles de violencia. Su derecho a desarrollarse de manera integral, a tener oportunidades en igualdad de condiciones, se verá altamente frustrado de no intervenir de forma intensa.

²² Sobre esto último, se considera que existe familia a la que recurrir incluso cuando esta favorezca la comisión de delitos por parte del niño, pues la intervención debe centrarse no solo en el niño, como ya se indicó, sino también en su familia y comunidad.

Entonces, lo que aquí sucede es que debe regularse la intensidad de esta intervención, pues incluso al ser solo aquella que tenga por fin velar por el efectivo goce de sus derechos, la intervención terapéutica debe tener límites, tantos o más que el límite penal propiamente tal, porque sus efectos pueden llegar a la privación de libertad, y su extensión puede llegar a ser indefinida o desproporcionada si se le compara con un adolescente mayor de 14 años o un adulto.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL BAJO LA EDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES, ENTRE LOS 12 Y 14 AÑOS POR DELITOS GRAVES

4.1. La necesidad de regular lo que evidentemente es persecución punitiva

Como se ha señalado, la realidad indica que en los casos más graves no se busca solo la protección de los derechos de los niños y niñas involucrados, sino además un castigo, representado usualmente en la privación de libertad, a través de medidas de protección consistentes en la internación. Esto hace necesario develar una realidad que exige regularse, para no provocar desequilibrios injustos con el sistema penal de adolescentes, por un lado, y los niños más pequeños, por otro.

La naturaleza penal que reviste este tipo de medidas adoptadas en sede proteccional reside en su impacto. Como señala Fletcher:²³

En estos debates sobre el internamiento de jóvenes, la sentencia indeterminada y las medidas de seguridad de duración indeterminada, luchan por la supremacía dos perspectivas diferentes. Conforme a la primera, si el *motivo* del Estado es terapéutico, el internamiento no es de carácter punitivo y su imposición debe quedar exenta de los requisitos y sutilezas de los procesos penales, tales como el derecho al jurado, a la asistencia de abogado, a la confrontación con los testigos, etcétera. Conforme a la segunda de las perspectivas mencionadas, lo que realmente importa es el *impacto* que tenga el proceso en los intereses de la persona afectada por él. El núcleo del debate es, pues, *motivo versus impacto*. Poco a poco los partidarios de la *teoría del impacto* han aumentado. Como ya hemos visto, esta es la perspectiva que informó el razonamiento del Tribunal Supremo norteamericano cuando consideró que «a pesar de su nombre eufemístico [...] la casa de acogida para menores era una institución en la que el menor era encarcelado por un tiempo más o menos largo».²⁴

²³ George Fletcher, *Conceptos básicos de derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997), 54-55.

²⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, *In re Gault*, 387 U.S. 1, 21 (1967).

Al respecto, y avanzando el debate hacia la determinación de los fines de la pena, Muñoz Conde y García Arán han señalado que *pena* es, desde un punto de vista kantiano y retribucionista, la imposición de un mal al hecho punible cometido. El problema de esta definición en el caso de niños bajo la edad de responsabilidad penal es que, formalmente, el hecho cometido no es un acto punible, en la medida en que el niño es menor de 14 años. Pero si a esto se añade el fin preventivo que se pretende conseguir con la imposición de la medida, podríamos concluir que reviste entonces la naturaleza de medida de seguridad, pues si bien no es posible asociar el acto con un delito formalmente establecido —porque el niño está bajo la edad de responsabilidad penal—, de todas formas se aborda un peligro, la probabilidad de que cometa en el futuro un hecho que reviste caracteres de delito.

Interesante es saber si esta medida preventiva abordaría una peligrosidad pre o postdelictual. Ello, porque pese a que la medida es una reacción del Estado frente a una conducta determinada, dicha conducta no constituye propiamente un delito, en la medida que su autor no es imputable. En estricto rigor, se trataría de una medida de prevención pre-delictual, pero ello sería un error, pues —como puede desprenderse del análisis de Muñoz Conde y García Arán—, la peligrosidad se establece a partir de una «prognosis» de la vida del sujeto en el futuro: «Para ello deben tenerse en cuenta varios datos: el género de vida del sujeto, su constitución psíquica, el ambiente en que vive, etcétera»,²⁵ lo que revela que el carácter pre o postdelictual de la medida preventiva radica en si esta se concreta antes o después de que se ejecute materialmente el acto, independiente de su naturaleza formal.

En el derecho penal, las medidas preventivas postdelictuales aceptadas son las que solo pueden aplicarse respecto de hechos que revisten caracteres de delito, expresamente descritos en la ley. Ninguna otra conducta podría justificar una acción preventiva de esta magnitud, y si en el sistema penal existe este resguardo, evidentemente debe aplicarse en el ámbito proteccional que nos ocupa.

Sin perjuicio de lo señalado, lo que se propone en este trabajo es que lo que en verdad hay aquí es lo que llamaremos *medidas de control*, pues se trata de formas de intervención en las que, además del fin garantista y de protección de bienes jurídicos, propia del sistema punitivo o de medidas de seguridad de un Estado de derecho, debemos agregar en estos casos un fin educativo, de carácter preventivo y excepcional, para asegurar el desarrollo armónico de los derechos del niño afectado.

En efecto, y tal como se ha venido sosteniendo, la intervención del Estado en niños y niñas que han cometido hechos que revisten caracteres de delito debe ser, en general, evitada; pero en algunos casos ello será preciso, pues de otra forma se estaría vulnerando

²⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal: Parte general*, 5.^a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 53.

el efectivo goce de derechos de esos mismos niños, que requerían la pronta intervención del Estado para impedir el surgimiento de carreras delictivas que solo ponen en peligro su autonomía futura, y lo exponen a la exclusión social y la aplicación del sistema penal una vez que lleguen a la adolescencia.

En esta línea de razonamiento, y concluyendo entonces que las medidas de protección adoptadas en casos de delitos graves cometidos por niños inimputables son en efecto medidas de control, no cabe otra opción que aplicar ciertos estándares mínimos que aseguren un respeto de garantías básicas, con el fin de impedir que el tratamiento que reciben estos niños sea más gravoso que el de los jóvenes en el sistema penal de adolescentes, y aún más, este debe ser más favorable que dicho sistema.

4.2. El deber de intervención estatal

Como ya se ha señalado, la regla general es que la intervención estatal bajo los 14 años está prohibida y debe ser evitada; pero en los casos más graves, o en los casos en que se esté ante la presencia del inicio de carreras delictivas tempranas, esos niños tienen derecho a una intervención de protección, que garantice un efectivo respeto y goce de sus derechos presentes y futuros, con miras a desarrollar su autonomía y desarrollo integral.

Respecto de la primera hipótesis —esto es, «los casos más graves»—, la evidencia científica nos demuestra que, si bien no se trata de casos estadísticamente significativos, resulta necesaria y conveniente su intervención. En efecto, según la Fundación Paz Ciudadana y la Fundación San Carlos de Maipo,

el año 2015, se registró el ingreso de 65.317 NNA menores de 18 años a las unidades policiales del país, ya sea por haber infringido la ley penal o por haber sido vulnerados en sus derechos. De estos, 19.719 (31%) corresponden a menores de 14 años y solo 1.939 (3%) corresponde a menores de 14 años que infringieron la ley penal (inimputables).²⁶

Pero respecto de la relación costo-beneficio de la intervención en estos casos, señala la misma publicación que

²⁶ Paz Ciudadana y San Carlos de Maipo, «Intervenciones destinadas a la prevención de conductas delictivas en niños, niñas y adolescentes no imputables penalmente», octubre de 2017, p. 122, <https://pazciudadana.cl/biblioteca/prevencion-del-delito/intervenciones-destinadas-a-la-prevencion-de-conductas-delictivas-en-ninos-ninas-y-adolescentes-no-imputables-penalmente/>.

los estudios de costo-beneficio muestran que estos son bastante favorables, debido a que existe un número relevante de intervenciones exitosas en la prevención de los delitos y que tienen una alta rentabilidad social. En esta misma línea, se puede observar desde los primeros trabajos comparativos sobre evaluaciones costo-beneficio, que los programas de intervención temprana y de prevención que tienen evidencia favorable muestran ser mucho más rentables que las medidas de supervisión del sistema de justicia más regulares como lo es la supervisión intensiva.²⁷

Respecto de la segunda hipótesis, la evidencia científica nos muestra que resulta del todo relevante intervenir para prevenir los nocivos efectos de una carrera delictual iniciada antes que el resto de la población, como sostiene Paz Ciudadana, al señalar que

estudios en este grupo de infractores crónicos concluyeron que aquellos jóvenes que llegaban a las cortes juveniles por cometer delitos antes de los 13 años tenían más probabilidades de transformarse en delincuentes persistentes en edades posteriores. Las diversas implicancias de este hallazgo dieron origen al desarrollo de múltiples teorías y propuestas explicativas.²⁸

Respecto a la forma en que ha de determinarse cuándo estamos al inicio de una carrera delictual, ello dependerá de la mirada teórica que se adopte, lo cual excede el objeto de este trabajo; pero, a modo de ejemplo, se pueden tener en cuenta los factores de riesgo de reincidencia de los instrumentos de evaluación de esta, como el ASSET, YLS y otros adaptados a la realidad cultural chilena, que evalúen factores de riesgo, necesidad y capacidad de respuesta, entre los que destacan factores como: historia de conducta antisocial, patrones antisociales de personalidad, pensamiento antisocial, asociaciones antisociales, circunstancias familiares, escuela y trabajo, tiempo libre o recreación y abuso de sustancias.²⁹

Los fines preventivos aquí expresados constituyen no solo una herramienta estatal para tratar estos casos, sino además un derecho de los niños y niñas afectados, en la medida que, de forma excepcional, resulta necesaria la intervención temprana para insertarlos a la sociedad y evitar que reincidan. Esto es especialmente cierto cuando se está frente a niños pequeños que cometen delitos graves, porque está demostrado que mientras más temprana es la edad en que comienzan a cometer delitos, y siendo estos además de

²⁷ Paz Ciudadana y San Carlos de Maipo, «Intervenciones...», 186.

²⁸ Paz Ciudadana y San Carlos de Maipo, «Intervenciones...», 26.

²⁹ Paz Ciudadana y San Carlos de Maipo, «Intervenciones...», 4.

gravedad, más probabilidad hay de que se mantenga en un alza de delitos y en su gravedad, y se extienda en el tiempo más allá del promedio de jóvenes que cometen delitos en su etapa de adolescencia.³⁰

Sin embargo, es necesario hacer una advertencia. Este razonamiento de protección justificada tiene sentido tratándose de medidas de control no privativas de libertad. En el momento en que la medida es privativa de libertad, se torna muy cuestionable plantearla como un derecho del niño, para detener su carrera delictual y proteger su autonomía futura, ya que el nivel de afectación de derechos es demasiado intenso, sobre todo si se piensa en niños de entre 12 y 14 años. Estas medidas privativas de libertad más bien se explican con fuerza en su naturaleza retributiva. Por ello, en estos casos es importante aplicar con mayor rigurosidad algunos estándares de garantías mínimos.

4.3. El estándar de garantías del proceso penal

Sin perjuicio de que no se trata de un proceso penal propiamente tal, la naturaleza de las medidas a decretar y la evidente necesidad de «retribuir» de alguna manera, sobre todo cuando se trata de medidas de control que privan de libertad al niño o niña, hacen necesaria la aplicación de algunos estándares mínimos que equilibren la balanza del poder persecutor del Estado frente al niño o niña acusado de cometer un hecho que reviste caracteres de delito siendo menor de 14 años. Estas garantías mínimas son:

- Derecho a guardar silencio.
- Derecho a un abogado (no de la familia, sino de su interés particular).
- Derecho a presentar medios de prueba.
- Derecho a contrainterrogar a los testigos.
- Derecho a recurrir.
- Derecho a un juez natural.
- Derecho a un juicio oral y público.
- Derecho a una medida determinada y clara en sus contenidos y extensión.

Respecto del contenido de estos derechos, se hacen aplicables los mismos criterios que ya se han desarrollado de amplia manera para los procesos penales, tanto de adultos como de adolescentes, pero ha de tenerse especialmente en cuenta lo dispuesto en la Ley 21.430, en cuanto establece derechos plenamente aplicables a estos casos, como los contenidos en su artículo 7, referido al interés superior del niño, que debe en este caso leerse en la

³⁰ Mark W. Lipsey y James H. Derzon, «Predictors of Violent or Serious Delinquency in Adolescence and Early Adulthood», en *Serious & Violence Juvenile Offenders: Risks Factors and Successful Interventions*, ed. por Rolf Loeber y David P. Farrington (Londres: Sage, 1999), 96-98.

dimensión procedimental de tal interés, según se explica en la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas; y su artículo 50, que establece el derecho a un «debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización», y que considera, entre otras cosas, el derecho a una representación letrada. Sobre este último en particular, el nuevo artículo 18 de la Ley 19.968 exige, como requisito de validez de los procedimientos protectores y de violencia intrafamiliar —y con mayor razón en esta clase de procedimiento—, la participación de un curador *ad litem* o abogado del niño, niña o adolescente, quien debe cumplir cuatro funciones mínimas, señaladas por Estrada:

El abogado del niño debe cumplir ciertos estándares mínimos de modo de resguardar el derecho del niño al acceso a la justicia, a la defensa técnica, a ser oído adecuadamente y, como corolario de todo lo anterior, a la garantía del debido proceso. La principal tarea actual de un abogado del niño es ser custodio del derecho del niño a ser oído, a ser oído adecuadamente; una tarea de primera relevancia de un abogado del niño es resguardar su derecho a ser visitado por sus padres, por sus familiares, por sus amigos, por todos aquellos que tengan un interés afectivo legítimo. El abogado debe colaborar en que la medida de protección cumpla su finalidad.³¹

4.4. Los delitos graves

En cualquier caso, todas estas medidas y principios serían aplicables solo en los casos de delitos graves, ya que en todos los restantes, que son la mayoría, simplemente debiese existir una renuncia total a cualquier intento de persecución penal, formal o encubierta, y debiesen aplicarse las reglas generales de protección, en el caso de que así se haga necesario, incluyendo las medidas preventivas, si se encuentra justificado, como cuando se observa que un niño muy pequeño comienza a realizar actos que revisten caracteres de delito, pero en caso alguno se podría aceptar una medida que implique privación de libertad. Para entender qué se comprende en esta categoría de delitos *graves*, no se atenderá a un criterio normativo —por ejemplo, considerar que solo son graves los «crímenes»—, sino que, atendiendo al impacto social que tiene la realización de este tipo de ilícitos por población inimputable, según se ha indicado, entenderemos por delitos *graves* aquellos clasificados como «delitos de mayor connotación social»,³² por la Encuesta Nacional

³¹ Francisco Estrada, «Cuatro tesis sobre el rol del abogado de niño» (ponencia en seminario Representación Jurídica: Hacia una Defensa Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes, 2018), https://www.academia.edu/37305005/1_tesis_sobre_el_rol_del_abogado_de_niño.

³² Instituto Nacional de Estadísticas, «18.^a Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana 2021: Informe metodológico», julio de 2022, <https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/metodología/2021/informe-metodologico-18-enusc-2021.pdf>.

Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC), los que corresponden a: robo con violencia, robo con intimidación, robo por sorpresa, lesiones, homicidios, violaciones y los clasificados como delitos contra la propiedad (robo de vehículo, robo de objeto de o desde vehículo, robo en lugar habitado, robo en lugar no habitado, otros robos con fuerza y hurtos).

Esto es importante, porque es necesario establecer límites claros e irrenunciables, pese a la gravedad de los actos que pueda cometer un niño muy pequeño. En tales casos, solo serían procedentes las medidas que tiendan a impedir que desarrolle una escalada de delitos en cantidad y violencia, y procurar que sus derechos sean respetados, lo cual en sí es ya una forma de prevenir la comisión de futuros delitos. Pero en caso alguno ello podría materializarse con privación de libertad.

En los casos de niños más grandes, entre 12 y 14 años, las medidas privativas de libertad debiesen reducirse solo a los delitos de tal gravedad que resulte imperativo la aplicación de medidas de seguridad de mayor intensidad, pues el peligro de que vuelva a cometer delitos de dicha naturaleza o peores es alto. En el resto de los casos, no cabe aplicar medidas privativas de libertad en dicho grupo etario.

4.5. La edad del niño o la niña

Bajo los 7 años no es razonable pensar que los niños y niñas pueden ser imputados de cometer un delito, debido a la imposibilidad de materializar con ellos y ellas los derechos mínimos a que se ha hecho referencia. Si bien no existe un consenso jurídico respecto de la edad mínima de responsabilidad penal juvenil a nivel comparado, en su extenso y profundo estudio, Cipriani sostiene que, «sin embargo, este estudio encuentra un número significativo de indicadores importantes que apuntan a los 12 o 13 años como la edad mínima de responsabilidad criminal que más se ajusta a los derechos de los niños»,³³ por cuanto no se trata solo de una cuestión psicológica o «madurativa», sino también de las condiciones materiales para que se pueda dar lugar al efectivo goce de las garantías y derechos mínimos a que deben acceder en caso de enfrentarse a un procedimiento de esta naturaleza, los que no se pueden garantizar bajo esa edad. Entre los 7 y 14 años tampoco, por regla general, podría hacerse tal afirmación, pero sí pueden aplicarse ciertas medidas, en los casos más complejos, de mayor gravedad, que den la señal educativa a los niños referidos, de que dicha conducta no es aceptable,³⁴ y en paralelo se apliquen también medidas preventivas, a fin de impedir el desarrollo de carreras delictivas en una etapa temprana. En este sentido, es importante recordar lo que la misma Observación General 24 del Comité de Derechos del Niño sostiene al respecto:

³³ Cipriani, «Children's...», 159-160.

³⁴ Navarro Frías, «El necesario...», 109.

Las investigaciones han demostrado que los programas intensivos de tratamiento basados en la familia y la comunidad, diseñados para introducir cambios positivos en aspectos de los diversos sistemas sociales (hogar, escuela, comunidad, relaciones entre iguales) que contribuyen a crear graves dificultades de comportamiento en niños, reducen el riesgo de que estos entren en los sistemas de justicia juvenil [...] Existe una correlación entre la inversión realizada en la atención y la educación de los niños en la primera infancia y unas tasas más bajas de violencia y delincuencia en el futuro. Esto puede comenzar cuando el niño es muy pequeño, por ejemplo con programas de visitas domiciliarias para mejorar la capacidad de desempeño de las funciones parentales [...] La intervención temprana para los niños que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal requiere dar respuestas multidisciplinarias y adaptadas a las necesidades de los niños cuando se dan los primeros indicios de un comportamiento que, si el niño superara dicha edad mínima, se consideraría un hecho delictivo (párrs. 9 a 12).

En efecto, y como ya se ha señalado, es el peligro de que vuelva a reincidir en delitos graves y la consecuente afectación de su propia autonomía y derechos básicos, lo que, de forma excepcional, faculta la necesidad de imposición de estas medidas de control. Ahora bien, tratándose de niños pequeños (bajo los 12 años), incluso al existir un diagnóstico de peligrosidad alto, este debiera desestimarse, en la medida que el Estado no está habilitado para perseguir con la misma intensidad los delitos cometidos por niños y niñas de cualquier edad, pues a ellos les asiste el principio de proporcionalidad, que ya podemos leer en la Ley 20.084.

En efecto, dicha norma establece diferencias en la gravosidad de las penas entre los adolescentes de 14 a 16 años y de 16 a 18 años, pues los primeros tienen medidas y sanciones de menor extensión que los últimos, debido a que, a menor edad, menor responsabilidad. Al ser los menores de 14 años inimputables, con mayor razón les asiste este razonamiento. Así, las medidas de seguridad que pudiesen aplicarse a niños de 12 o 13 años no pueden tener la misma intensidad y extensión que las posibles de aplicar a niños de 8 o 10 años.

4.6. El derecho a ser oído y la capacidad de participación

Estos principios básicos de cualquier proceso en el que participe un niño o niña permiten su validación, ya que su ausencia implica procesos que no los escuchan ni toman en consideración, no ya su opinión, sino también sus deseos e intereses, y por tanto se vuelve un proceso que los reduce a objetos de protección y desconoce su calidad de sujetos de derechos. Estos principios aumentan su vigencia tratándose de procesos en los que se le imputa la comisión de hechos que revisten caracteres de delito.

En este sentido, la primera medida preventiva que debiese aplicar el Estado es justamente el respeto a su derecho a participar de las decisiones que en estos procesos se toman a su respecto, porque es solo a través de la toma de consciencia de sus derechos que puede empezar a reconocer a los otros como sujetos de derechos, válidos y dignos tanto como ellos.

4.7. El juez instructor (de Familia)

En este punto, se devela una inconsistencia que de hecho existe en el abordaje jurídico-político de casos de este tipo, pues, por una parte, la ley pareciera querer omitir su abordaje mediante la declaración de inimputabilidad, pero que por otra parte se exige que se intervenga, como hemos visto y como se desprende de la propia Convención sobre los Derechos del Niño. Resulta así que el competente para conocer es el Tribunal de Familia, no un tribunal con competencia penal. Es una inconsistencia aparente del propio terreno que se aborda en este trabajo y que resulta, *per se*, mixto y complejo.

El juez de Familia, al tener en cuenta que se trata de hechos graves en los que pretende aplicar medidas preventivas y de protección, pero más aún cuando estas medidas impliquen la privación de libertad en centros de protección, debe ejercer un rol activo que le permita acceder a información que vaya dando solidez a su convicción, y así evitar las arbitrariedades.

El abogado defensor del niño debe operar como contrapeso a su rol inquisitivo y la pérdida de objetividad que opera en este modelo. Por ello, el juez debe ejercer un rol activo en la búsqueda de antecedentes que den peso a su decisión, a fin de validar de mejor forma la medida decretada, y dar garantías de que se indagarán todos los elementos necesarios para formar una convicción, incluyendo aquellos que el mismo niño o su abogado aporten para desacreditar la tesis acusatoria.

4.8. Las medidas de protección

Es necesario hacer una clasificación entre las medidas de protección que puede decretar un juez en estos casos. Están las medidas de protección propiamente tales, que se abocan a la reparación o efectivo goce de un derecho vulnerado. Están también las medidas de control que buscan impedir el desarrollo de carreras delictivas. Estas medidas solo se pueden justificar en los casos más graves, de forma excepcional y bajo la justificación que ya hemos descrito.

Esta clasificación podría simplificar la labor del juez, en la medida que ajusta su actuar en un marco dentro del cual puede moverse, pero tampoco puede salir de dicho marco, impidiendo la arbitrariedad a la que hoy están sometidos los niños y niñas en estas situaciones. Las medidas de protección que pueden adoptarse en los casos más graves, y que denominamos *medidas de control*, no pueden ser de la misma intensidad que las aplicadas

correctamente en el sistema penal de adolescentes. Existe una regla de proporcionalidad que es necesario respetar, y aquí se propone una medida.

Las medidas de internación, producto de la comisión de un delito, solo pueden ser aplicadas a niños entre 12 y 14 años, y por un máximo de un cuarto del período que a un joven de entre 14 y 16 años de edad podría ser sometido en abstracto por la comisión del mismo hecho. Solo a ellos porque bajo esa edad solo debiesen aplicarse medidas ambulatorias, ya que, por proporcionalidad, no se justifica la aplicación de medidas tan gravosas a esa edad.

Se considera la medida por un cuarto del período que correspondería en abstracto a un joven entre 14 y 16 años porque ya la Ley 20.084 estableció un criterio de proporcionalidad entre los tramos 14 a 16 años y 16 a 18 años, pues al primer grupo se le aplica, como máximo, la mitad del tiempo de privación de libertad que al segundo grupo, y si tomamos ese criterio, entonces no podría aplicarse el mismo estándar de privación de libertad de los jóvenes de entre 14 y 16 años a los que tienen entre 12 y 14, y correspondería entonces que fuese al menos la mitad de aquellos. Pero como además el grupo entre 12 y 14 años merece un trato aún más favorable debido a su edad, corresponde entonces una disminución mayor del límite máximo de privación de libertad para esos casos. Así, por el mismo delito, a un adolescente de 17 años se le aplica diez años máximo, al de 15 años se le aplica cinco como máximo, y al de 13 años no podría aplicársele una medida de control superior a un año y tres meses. Pero si además tomamos en cuenta lo dispuesto en el artículo 30 inciso tercero, el plazo máximo de internación no debiera superar un año, pues señala que «esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año».

5. CONCLUSIONES

La intervención excepcional y subsidiaria del Estado respecto de los niños, niñas y adolescentes que infringen la ley penal, bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes, se justifica en un continuo de protección y justicia juvenil. En este sentido, si bien es cierto que cualquier niño pequeño bajo los 14 años de edad puede cometer actos que revisten caracteres de delito, no pueden ser acusados, investigados ni sancionados penalmente, ni tampoco es aceptable que la intervención que se hiciera al respecto pueda tener «efectos penales» como, por ejemplo, servir como antecedente de reiteración de delitos en el futuro.

Sin embargo, no solo se *puede*, sino que, excepcionalmente, se *debe* intervenir en estos casos, aplicando medidas de orden no penal, que sirvan para dar señal educativa de que ese tipo de conductas no están permitidas, y en caso de ser necesario, por estar vulnerados sus derechos, y estando ello debidamente demostrado, aplicar una medida de protección. Pero si la medida de protección consiste en la internación del niño en un hogar o establecimiento residencial similar, deben aplicarse además otras prevenciones.

Por su parte, las medidas de control que se pudieren aplicar a los niños y niñas menores de 14 años, independiente de las medidas de protección que eventualmente se les podría aplicar, deben contextualizarse en un proceso simple, que permita a los niños y niñas expresarse, ser escuchados, presentar pruebas y comprender el procedimiento, así como las medidas de control a las que pueden verse expuestos. Asimismo, se debe cautelar su derecho a guardar silencio, y en caso de ser necesario, se debe ofrecer la asesoría de un abogado.

Respecto de los delitos graves, que convocan la necesidad de aplicar sanciones o medidas rigurosas, se reconoce que de alguna forma existe una persecución punitiva en tales casos, disfrazada de medidas de protección, y por ende se deben limitar sus efectos tanto en lo procedimental, como en lo sancionatorio propiamente tal.

Para finalizar, a modo de resumen, y con el fin de exponer de forma esquemática el razonamiento expuesto, se presenta el siguiente listado con las principales ideas desarrolladas en este trabajo:

- Bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes no existe responsabilidad penal propiamente tal.
- Lo niños bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes pueden cometer hechos que revisten caracteres de delitos, conscientes de lo ilícito de su conducta. Pero ello no justifica el establecimiento de sanciones penales bajo la edad de responsabilidad penal de adolescentes, debido a que sería desproporcionadamente dañino para los niños y su adecuado desarrollo, afectando el efectivo goce integral de sus derechos y autonomía progresiva. No es necesaria —ni justificada— la aplicación de sanciones penales bajo esa edad.
- No es posible bajar la edad de responsabilidad penal de adolescentes, pues ello constituiría una violación a la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer un estatuto jurídico punitivo más gravoso para los niños. La Convención no prohíbe el establecimiento de un sistema de justicia juvenil —más bien lo regula y limita—, pero no es posible derivar de ello que, una vez fijada una edad de responsabilidad penal de adolescentes, pueda disminuirse esa edad en perjuicio de los niños y niñas que ingresarían al estatuto punitivo del Estado.
- Los niños tienen derechos a ser educados y guiados, criados para su correcto desenvolvimiento en sociedad, garantizando así el efectivo goce de sus derechos y fortaleciendo su autonomía progresiva presente y futura.
- La primera responsabilidad en la crianza, guía y establecimiento de límites normativos de conducta social la tienen los adultos a cargo del niño o niña.
- Excepcionalmente, cuando los cuidadores o quienes tienen a su cargo al niño no son competentes para entregar las herramientas de guía y normas de adecuación social necesarias, el Estado debe asumir ese rol.

- Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario intervenir en el caso de que niños pequeños cometan hechos que revisten caracteres de delito bajo la edad de responsabilidad penal, aplicando medidas de control para prevenir el desarrollo de carreras delictivas y el condicionamiento de la autonomía futura y efectivo goce de los derechos del niño o niña.
- Lo anterior se justifica plenamente si las medidas de control adoptadas son ambulatorias, y se trabaja con el niño, su familia y la comunidad, con el fin educativo y preventivo señalado.
- Sin perjuicio de lo anterior, al tratarse de casos muy graves —que suelen ser excepcionales—, de gran conmoción pública o presión mediática, que arriesgan seriamente el establecimiento de medidas de protección que implican una privación de libertad, sea en los centros de protección o en establecimientos de salud mental, existe en realidad una sanción de naturaleza punitiva encubierta, con fines claramente retributivos.
- En esos casos, excepcionales pero graves, deben aplicarse estándares equivalentes a los ya reconocidos en materia de responsabilidad penal de adolescentes, e incluso más beneficiosos, por tratarse de niños bajo la edad de responsabilidad penal.
- Esto no significa que se justifique aplicar penas en dichos casos, sino que, por la naturaleza de la medida posible de aplicar, se requieren de mayores resguardos en defensa de las garantías y derechos básicos de los niños y niñas, en la medida que son sujetos de derechos y, por una regla de proporcionalidad básica, nunca pueden recibir del Estado un trato más gravoso que el que recibiría un adolescente mayor de 14 años acusado de cometer el mismo hecho que reviste caracteres de delito. ■

RECONOCIMIENTOS

Este trabajo está basado, en parte, en la tesis de magíster de Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, cursada por el autor en la Universidad Diego Portales, Chile. Dicha tesis no ha sido publicada ni está disponible digitalmente. Dos ejemplares físicos están disponibles en Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. La tesis ha sido actualizada, complementada y adaptada para esta publicación. Asimismo, el manuscrito ha sido enriquecido a partir de los comentarios de los árbitros.

BIBLIOGRAFÍA

- Cançado Trindade, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Jurídica de Chile, 2006.
- Cillero Bruñol, Miguel. «Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción». En *Informes en derecho: Estudios de derecho penal juvenil*, tomo 1, vol. 5. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2009.
- Cipriani, Don. *Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility: A Global Perspective*. Londres: Ashgate, 2009.
- Cury, Enrique. *Derecho penal: Parte general*. 9.^a ed. Santiago: Ediciones UC, 2009.
- Estrada, Francisco. «4 tesis sobre el rol del abogado de niño». Ponencia en seminario Representación Jurídica: Hacia una Defensa Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes, 2018. https://www.academia.edu/37305005/4_tesis_sobre_el_rol_del_abogado_de_niño
- Fletcher, George. *Conceptos básicos de derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- Henríquez, Sergio. «Especialización de la justicia penal para adolescentes». *Boletín Jurídico* 8 (2006): 9-28.
- Horvitz, María Inés. «Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable». *Revista de Estudios de la Justicia* 7 (2006): 97-119. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i7.15085>
- Lipsey, Mark W. y James H. Derzon. «Predictors of violent or serious delinquency in adolescence and early adulthood». En *Serious & Violence Juvenile Offenders: Risks Factors and Successfull Interventions*, editado por Rolf Loeber y David P. Farrington (pp. 86-105). Londres: Sage, 1999.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho penal: Parte general*. 5.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

- Navarro Frías, Irene. «El necesario regreso del principio de culpabilidad al derecho penal de menores». en Esteban Sola Reche y otros (editores), *Derecho penal y psicología del menor* (pp. 99-136). Granada: Universidad de La Laguna, 2007.
- Roxin, Claus. AT I: *Grundlegender Aufbau Der Verbrechenslehre*. München: C. H. Beck, 1997.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Código Penal Español de 1822.
- Decreto 830, Convención sobre Derechos del Niño. *Diario Oficial*, 27 de septiembre de 1990.
- Decreto 873, Convención Americana de Derechos Humanos. *Diario Oficial*, 5 de enero de 1991.
- DFL 1, Código Civil. *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2000.
- Ley Orgánica 5/2000.
- DFL 1, Ley 16.618, Ley de Menores. *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2000.
- Ley 19.968, que Crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004.
- Constitución Política de la República de 1980. *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 2005.
- Ley 20.084, que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. *Diario Oficial*, 7 de diciembre de 2005.
- Ley 20.191, que Modifica la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. *Diario Oficial*, 2 de junio de 2007.
- Ley 21.430 Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Estados Unidos, *In re Gault*, 387 U.S. 1, 21 (1967).
- Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol 786-07, 13 de junio de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol 2743-2014, 3 de marzo de 2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol 2791-2015, 3 de marzo de 2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol 4572-2018, 13 de junio de 2019.

NORMAS INTERNACIONALES CITADAS

- Observación General 10 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.
- Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.
- Observación General 24 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985.