

Santiago, trece de junio de dos mil siete.

VISTOS:

Con fecha 19 de mayo de 2007, treinta y tres señores diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de esa Corporación, dedujeron un requerimiento en conformidad al artículo 93, N° 3°, de la Constitución, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del artículo único, número tres, del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 N° 1 del citado cuerpo legal.

La nómina de los diputados requirentes es la siguiente: señores Enrique Accorsi Opazo; Sergio Aguiló Melo; René Alinco Bustos; señora Isabel Allende Bussi; señores Pedro Araya Guerrero; Jorge Burgos Varela; Juan Bustos Ramírez; Guillermo Ceroni Fuentes; Alfonso De Urresti Longton; Marcelo Díaz Díaz; Gonzalo Duarte Leiva; Alvaro Escobar Roffat; Ramón Farías Pone; Guido Girardi Briere; Rodrigo González Torres; Jorge Insunza Gregorio de las Heras; Enrique Jaramillo Becker; Tucapel Jiménez Fuentes; Antonio Leal Labrín; Manuel Monsalve Benavides; Carlos Montes Cisternas; señora Adriana Muñoz D'Albora; señor Marco Antonio Núñez Lozano; señora Clemira Pacheco Rivas; señores Iván Paredes Fierro; Jaime Quintana Leal; Fulvio Rossi Ciocca; señoras María Antonieta Saa Díaz; Laura Soto González; Carolina Tohá Morales; señores Eugenio Tuma Zedán; Esteban Valenzuela Van Treek; y señora Ximena Vidal Lázaro.

El 22 de mayo de 2007, se puso en conocimiento de S.E. la Presidenta de la República la acción deducida, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 de la

Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Con fecha 24 de mayo del mismo año, el Tribunal admitió a tramitación el requerimiento y dispuso ponerlo en conocimiento de los órganos constitucionales interesados para los efectos previstos en el artículo 42 del cuerpo legal aludido precedentemente.

Fundando su presentación, los requirentes sostienen que el proyecto despachado a la Presidenta de la República para su promulgación contiene una norma, en su artículo único, número 3, que modifica el artículo 23 N° 1 de la Ley N° 20.084, pretendiendo establecer, como única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado.

Sostienen que la norma aludida es inconstitucional por las siguientes razones:

1. Por contradecir el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, con relación al artículo 37, letra b), de la Convención sobre los Derechos del Niño y al principio de no retroceso en materia de derechos humanos.
2. Porque el precepto impugnado no pudo ser materia de una indicación parlamentaria por referirse a materias que son de exclusiva competencia del Ejecutivo y, por originar desembolso de recursos, requerir informe financiero del Ministerio de Hacienda; y
3. Porque la misma norma no guarda relación, a juicio de los diputados requirentes, con las ideas matrices del proyecto, según se desprendería del texto del Mensaje con que el Ejecutivo inició su tramitación.

En lo que se refiere al primero de los reproches de inconstitucionalidad, los actores recuerdan

que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por nuestro país en el año 1990 y promulgada como ley de la República, a través del Decreto Supremo N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Agregan que a partir de la norma contenida en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, se ha interpretado que las normas sobre derechos humanos contenidas en pactos internacionales como la citada Convención, representan un límite a la soberanía del Estado, razón por la cual son obligatorias y limitan incluso al constituyente, transformándose de esta manera en la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional, obligando al Estado a ejecutarla o a adoptar las medidas concretas para poder hacerlo. En el mismo sentido citan jurisprudencia emanada de los tribunales ordinarios de justicia.

Argumentan, asimismo, que si se interpreta la norma constitucional del artículo 5°, inciso segundo, a la luz de aquélla contenida en el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se concluye que su interpretación y aplicación debe efectuarse siempre buscando la máxima integralidad y protección de los derechos humanos de la infancia y de la adolescencia. A la misma conclusión se arriba si se tiene presente que de acuerdo al artículo 1° de la Constitución, "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común" con pleno respeto a las garantías constitucionales, dentro de las cuales están aquéllas contempladas por tratados internacionales. Si los órganos del Estado tienen el deber de respetar dichas garantías, en virtud de lo establecido en el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, resulta que, en cada

caso, debe aplicarse aquella norma que mejor proteja a la persona y sus derechos esenciales.

Afirman, también, que de acuerdo a esa misma norma constitucional, los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como, asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los respectivos derechos. Esta obligación también se encuentra consignada, según los requirentes, en diversos tratados internacionales que mencionan.

Consecuentemente, sostienen que la Convención sobre los Derechos del Niño, que se estima vulnerada por el precepto impugnado en este requerimiento, tiene rango constitucional e, incluso, supraconstitucional. Asimismo, afirman que constituye el instrumento internacional de derechos humanos más ratificado del planeta, de modo que la igualdad en dignidad y derechos, que como sujetos tienen los niños, niñas y adolescentes, constituye un hito cultural y jurídico fundamental de nuestra sociedad.

Precisan los requirentes que, en materia de responsabilidad penal, de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño se desprende que la libertad es la regla general, mientras que su privación es la excepción, pues en el caso de los niños, niñas y adolescentes, la prisión causa un daño mayor que en el caso de los adultos, atendiendo a su especial etapa de desarrollo.

A mayor abundamiento, agregan que las referidas normas de la Convención deben ser interpretadas de conformidad con el artículo 41 de la misma, que precisa:

“Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado Parte; o*
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.”*

En definitiva, sostienen que la norma citada obliga a preferir la norma, interna o internacional, más favorable a los niños, niñas y adolescentes, pues tal regla interpretativa debe leerse junto con el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 del aludido tratado.

Postulan asimismo que dicho principio junto a otros que también reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño, como los de no discriminación, efectividad, autonomía y participación y protección, no están llamados solamente a inspirar las decisiones de las autoridades sino que constituyen una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

Consecuente con lo expresado, el criterio de la “idoneidad de la pena” a que se refiere el artículo 24 de la Ley N° 20.084 alude a la necesidad de considerar qué situación es más favorable para el niño, niña o adolescente, lo que resulta acorde, a su vez, con lo prescrito por la Convención de los Derechos del Niño, donde la privación de libertad de aquéllos sólo procede como “ultima ratio” y por el más breve tiempo. Este

criterio resulta confirmado, en su concepto, en la propia redacción del artículo 26 de la Ley N° 20.084.

En este contexto, para los requirentes, una indicación que restringe la posibilidad del sentenciador a una única condena -el régimen cerrado- es inconstitucional, al no dar alternativa alguna a la privación de libertad respecto de penas que superen los cinco años y al no considerar el interés superior del adolescente por no dejar espacio para una pena idónea. Por lo demás, fuera de vulnerarse la Constitución, Chile incumple sus compromisos internacionales.

Concluyen señalando, en este punto, que la norma aprobada a indicación del senador Larraín no contribuye al diseño de un sistema con fines de reinserción social, pues es claro que el nuevo sistema de justicia juvenil suponía que el tribunal contase siempre con la posibilidad de diversas sanciones, lo que había sido objeto de un largo debate y un amplio consenso.

Además aducen que la referida indicación parlamentaria vulnera la prohibición de retroceso en el respeto de los derechos humanos que se encuentra consagrada en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, al haberse eliminado la posibilidad de aplicar una pena de internación en régimen semicerrado, que era más favorable y respetuosa de la Convención de los Derechos del Niño que la pena actualmente contemplada en el artículo 23 N° 1 del proyecto de ley a que alude el requerimiento, se hace retroceder al Estado de Chile en su deber de respetar progresivamente los derechos humanos en pos de su mejor cautela, al tiempo que se infringen, también, la Convención sobre la eliminación de toda forma

de discriminación contra la mujer y todo el corpus normativo de derechos humanos.

En lo que se refiere al segundo reproche de constitucionalidad, referido a que la indicación parlamentaria que dio origen a la actual redacción del artículo 23 N° 1 del proyecto, que modifica la Ley N° 20.084, no pudo provenir de un parlamentario por tratarse de una materia que irroga gastos, precisan los actores que la aplicación de dicho precepto implicará una sobrecarga sobre el sistema de régimen cerrado de privación de libertad que repercutirá en la necesidad de contar con más centros en cada región del país y con más personal en su interior. Por esta razón agregan que el proyecto debió pasar, además, por la Comisión de Hacienda del Senado.

Recuerdan, en este sentido, que de conformidad con el artículo 24, inciso segundo, de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, *"no podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender tales gastos."*

En lo que se relaciona con el tercer reproche de constitucionalidad, los requirentes afirman que la indicación del Senador Larraín, que modificó la redacción original contenida en el Mensaje modificador de la Ley N° 20.084, específicamente en lo que respecta al artículo 23 N° 1, está fuera de las ideas matrices del proyecto, límite constitucional que debe observarse al momento de formularse adiciones o correcciones a un proyecto de ley

conforme al artículo 69, inciso primero, de la Constitución Política, reiterado por el artículo 24, inciso primero, de la Ley Orgánica del Congreso Nacional y por el artículo 118 del Reglamento del Senado.

Si se atiende al Mensaje del Ejecutivo, puede apreciarse que el proyecto de ley referido pretendía introducir ajustes precisos relacionados con la responsabilización y la reinserción social del adolescente, agregando que sólo se introducen modificaciones en lo referente a las normas de determinación de penas destinadas a reordenar los artículos referidos a esta materia, a objeto de distinguir entre la pena a imponer y la pena considerada en abstracto.

Congruente con lo anterior, las únicas modificaciones introducidas en el artículo 23 de la ley se refieren a la homologación de la pena a los términos establecidos en los demás numerales y a establecer, con mayor claridad, la duración máxima de las sanciones no privativas de libertad.

Así, el espíritu de la modificación introducida durante la tramitación del proyecto se aleja, a juicio de los requirentes, de aquellas ideas y del objeto preciso que se tuvo en consideración con la presentación del proyecto en examen.

Agregan que los principios de responsabilización e integración social, indicados en el Mensaje, constituyen fines copulativos del nuevo ordenamiento, de modo que al faltar uno de ellos se altera en lo sustancial el sistema de justicia juvenil, lo que ha ocurrido, precisamente, con la norma introducida en el Senado por indicación parlamentaria,

que disminuye las alternativas con que contaba el sentenciador para cumplir de mejor manera los fines de la ley.

Puntualizan, asimismo, que el Mensaje que dio inicio al trámite legislativo del proyecto de ley de responsabilidad de adolescentes por infracción a la ley penal, en agosto de 2002, señalaba que uno de sus objetivos centrales era adaptar la legislación interna a la Convención de los Derechos del Niño, según la cual el sistema aplicable a los adolescentes infractores debe ser un sistema especial, en el que se destaque la importancia de promover su reintegración social (artículo 40.1), de modo que la privación de libertad debe ser usada "como último recurso y por el período más breve que proceda" (artículo 37 b).

Finalmente, solicitan se declare inconstitucional el artículo único, número 3 del proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.084 (Boletín 5031-07), en lo que respecta a la modificación del artículo 23 N° 1 de dicha ley, por vulnerar los artículos 1°, 65, inciso tercero, y 69 de la Constitución Política, además de los artículos 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con el artículo 5°, inciso segundo, de la misma Carta Fundamental.

Con fecha 4 de junio de 2007, el senador Hernán Larraín Fernández presentó escrito con observaciones al requerimiento invocando el derecho constitucional de petición, asegurado en el artículo 19 N° 14 de la Constitución, y su calidad de órgano constitucional interesado, al ser el autor de la indicación cuya constitucionalidad es impugnada en estos autos. En el mencionado escrito expone, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar, que el requerimiento deducido adolecería de una grave falta formal, que consistiría en que impugna solamente el precepto contenido en el numeral 3 del artículo único del proyecto antes citado en cuanto modifica el artículo 23 N° 1 de la ley en vigor, mas no el precepto propuesto respecto del artículo 19, que dispone que “en el caso del numeral 1 del artículo 23, el tribunal sólo podrá imponer complementariamente la sanción de internación en régimen semicerrado, después del segundo año del tiempo de la condena”. Según sostiene, ambos preceptos se encuentran indisolublemente unidos a tal punto que uno no tiene sentido sin el otro.

En lo que se refiere al primer capítulo del requerimiento, el senador Larraín expresa que el precepto impugnado no infringe lo previsto en los artículos 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que se conforma a ellos. Señala que, en este sentido, “respecto de las penas imponibles a los menores infractores, la Convención se limita a plantear una serie de objetivos a los diversos Estados suscriptores, los que tienen obligación de asumirlos y cumplirlos. Sin embargo, en relación a los mecanismos jurídicos destinados para tal efecto, el Tratado reconoce un amplio margen de autonomía al legislador. En la medida que se cumplan los objetivos señalados en la norma internacional, la ley puede libremente establecer, por ejemplo, la cuantía de una pena particular”. En apoyo de esta tesis cita jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y del Tribunal Constitucional de España, añadiendo que si esta Magistratura “modificara el monto de una pena establecida legalmente, expandiría sus atribuciones al ámbito legislativo, lo que le está constitucionalmente vedado.”

Por otra parte, afirma que, en el hipotético caso de que la indicación impugnada infrinja la Convención sobre los Derechos del Niño, ello “no resultaría un problema de constitucionalidad sino de responsabilidad internacional”.

Precisa que el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución establece un límite a la potestad soberana del Estado respecto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana contenidos en la Constitución y reconocidos por tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes. De esta disposición no cabe concluir, a su juicio, que los tratados internacionales tengan un carácter supraconstitucional. Entender la norma de esa manera significaría confundir su calidad limitativa con su rango normativo, cuestiones que son diferentes. Luego, si los tratados no son jerárquicamente superiores a la Constitución, una eventual infracción de la Convención de los Derechos del Niño por una ley chilena, no representa en rigor un problema de constitucionalidad.

A continuación recuerda antecedentes de la aprobación de la reforma constitucional de 1989, en el sentido que la Primera Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno consideró que los tratados internacionales que versaran sobre derechos humanos eran susceptibles de ser revisados por la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad y por el propio Tribunal Constitucional. Este criterio se conservó en la reforma constitucional de 2005, la que consagró, igualmente, el control constitucional respecto de los tratados internacionales en el artículo 93 N° 1, lo que ubica a la norma internacional en un rango infraconstitucional, tal

como lo resolvió, por lo demás, esta propia Magistratura en la sentencia Rol N° 346, de 2002.

En cuanto al segundo capítulo del requerimiento, el senador Larraín sostiene que la indicación no importa nuevos gastos para el erario público. Expresa que los requirentes, a pesar de afirmar lo contrario, no adjuntan antecedentes, pruebas, informes técnicos, análisis económicos, etcétera, que sirvan de indicio para sostener aquello.

Agrega que en el hipotético caso que la afirmación de los requirentes fuese efectiva, ello no implicaría una cuestión de constitucionalidad sino que de mera legalidad, porque la norma citada por ellos, el artículo 24 de la Ley Orgánica del Congreso Nacional, es meramente legal y no constitucional. A ello se une que la jurisprudencia de este Tribunal ha afirmado que las cuestiones de legalidad no son de su competencia.

Por su parte, llama la atención sobre el hecho que, según sostienen los requirentes, deberíamos entender que el legislador no tendría atribuciones constitucionales para alzar la cuantía de las penas desde el momento que ellas -bajo su lógica- siempre significarán un aumento del gasto fiscal. En este hipotético caso tan sólo el Presidente de la República tendría iniciativa en estas materias, limitándose aquélla del legislador a la sola reducción del monto de las penas, lo que es constitucionalmente inaceptable a la luz del artículo 65 de la Constitución Política.

En cuanto al tercer capítulo del requerimiento, el senador Larraín recuerda lo sostenido por esta Magistratura en la sentencia Rol N° 410, en el sentido de que las ideas matrices de un proyecto no son sino el

problema que el legislador busca solucionar y que éste tiene plena autonomía para resolver el problema técnico o práctico sujeto a su conocimiento agregando nuevas indicaciones a la moción o al mensaje correspondiente.

Agrega que en el caso concreto del requerimiento deducido, las ideas matrices del proyecto de ley no eran otras que generar un nuevo modelo procesal penal para los menores que reemplazara al hoy existente, caracterizado por la carencia de normas propias de un debido proceso y de medidas de resocialización. La cuantía específica de la pena de un determinado grupo de casos, no altera de manera sustancial la idea matriz de garantizar los derechos procesales de los menores y reservar el encierro -como pena y medida cautelar- para los casos más graves y de manera excepcional.

Concluye sosteniendo que pensar lo contrario significaría limitar al legislador en un ámbito que le es propio y, concretamente, transferir su potestad al órgano judicial, cuestión que no puede sino repugnar a un sentido democrático-constitucional rectamente formado.

Adicionalmente señala que el artículo 54, inciso sexto, de la Constitución, que previene que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”, no fue citado por los requirentes. Precisa que aunque lo hubiera sido, tampoco sería funcional a su petición, pues su indicación no deroga, suspende ni modifica ninguna norma de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con fecha 31 de mayo de 2007 se efectuó la relación del requerimiento ante el Pleno del Tribunal.

El 5 de junio del mismo año, el abogado de la parte requirente acompañó Informe en Derecho del profesor Miguel Cillero Bruñol sobre la contradicción existente entre la indicación objetada en estos autos y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

El mismo día señalado se procedió a la vista de la causa por el Pleno, escuchando el alegato del abogado de la parte requirente y los planteamientos del senador Hernán Larraín Fernández.

CONSIDERANDO:

I. La cuestión de constitucionalidad sometida a decisión del Tribunal

PRIMERO: Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3 de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal *“resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”*;

SEGUNDO: Que en base a lo dispuesto, asimismo, en el inciso cuarto del referido precepto constitucional, *“el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación”*;

TERCERO: Que, en el caso sub-lite, e invocando las normas reseñadas precedentemente, más de una cuarta parte

de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados ha solicitado se declare la inconstitucionalidad del artículo único, número 3, del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte que se refiere al artículo 23 N° 1 del referido cuerpo legal.

Que el precepto impugnado señala:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal:

3) Sustitúyense los artículos 21, 22 y 23, por los siguientes:

Artículo 23.- Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social ...”;

CUARTO: Que las normas constitucionales que se estiman transgredidas por los requirentes son los artículos 1°, 5°, inciso segundo, 65, inciso tercero, y 69 de la Constitución Política. La infracción al artículo 5°, inciso segundo, de la Carta es relacionada, a su vez, con los artículos 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 1° afirma: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos ...*

.... El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"

A su vez, el artículo 5º, inciso segundo, precisa: *"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."*

El artículo 65, inciso tercero, establece: *"Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones a la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63".*

Por su parte, el artículo 69 señala: *"Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto"* (inciso primero).

A su turno, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones*

públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

El artículo 37 de la misma Convención indica: *"Los Estados Partes velarán porque:*

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recursos y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción."

Entretanto, el artículo 40 del referido tratado internacional señala: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán en particular:

- a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia

jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

- iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;*
- iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;*
- v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;*
- vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;*
- vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.*

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare

culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;*
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*

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

Finalmente, el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe: *"Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:*

- a) El derecho de un Estado Parte; o*
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado";*

QUINTO: Que el conflicto jurídico sometido a la decisión de esta Magistratura consiste en el examen abstracto del precepto impugnado del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084 en relación con su

conformidad o disconformidad con la Carta Fundamental. Así, el examen se ha de realizar mediante el cotejo objetivo entre el precepto infraconstitucional que se impugna con los valores, principios y normas consagrados en la Carta Fundamental. Por ende, este tipo de control no tiene por objeto directo el amparo o tutela de derechos fundamentales, pues no es de tal naturaleza la acción deducida;

SEXTO: Que, tal como se ha consignado en la parte expositiva, el requerimiento formula tres reproches de constitucionalidad, dos de los cuales tienen que ver con el proceso de gestación de la ley, de forma tal que, de ser acogidos por este Tribunal, darán origen a inconstitucionalidades de forma del precepto contenido en el artículo único, número 3, del proyecto modificatorio de la Ley N° 20.084, en la parte que se refiere al artículo 23 N° 1 de la misma. Por esta razón y teniendo presente que, en concepto de este Tribunal, existiendo alguna inconstitucionalidad de esa naturaleza, resulta innecesario entrar a examinar la existencia de una eventual inconstitucionalidad de fondo, se procederá, en primer término, al examen de los eventuales vicios de forma del precepto impugnado y que se han alegado en estos autos, de modo que sólo en caso de que estos sean desestimados, el Tribunal analizará la existencia del posible vicio de fondo planteado;

II. Inconstitucionalidades de forma alegadas

A. Vulneración de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República

SÉPTIMO: Que el requerimiento sostiene que el artículo único, número 3, del proyecto modificatorio de la Ley No 20.084, en la parte referida a su artículo 23

N° 1, que establece como única sanción posible para el tramo de penalidad superior a 5 años la de internación en régimen cerrado, no pudo ser objeto de una indicación parlamentaria por incidir en materias que son de la exclusiva competencia del Ejecutivo y que, por importar gastos, requieren siempre informe financiero del Ministerio de Hacienda, el que no habría existido en el presente caso. Agregan que esta modalidad única aplicable a la franja de penalidad superior a los 5 años implica una sobrecarga sobre el régimen cerrado que ocasiona evidentes problemas de infraestructura y de personal al interior de los centros de reclusión. Resultaba, entonces, necesario, en la especie, respetar lo preceptuado en el artículo 24, inciso segundo, de la Ley N° 18.918, Orgánica constitucional del Congreso Nacional, que señala: *“No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las funeste de recursos necesarios para atender a tales gastos”*;

OCTAVO: Que debe recordarse que el artículo 23 de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, dispone, en su numeral 1:

“Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la sanción resulta equivalente a una pena de crimen, el tribunal deberá aplicar la pena de

internación en régimen cerrado o internación en régimen semicerrado, ambas con programas de reinserción social."

A su vez, el Mensaje N° 170-355, de 7 de mayo de 2007, con el que se dio inicio al proyecto de ley modificatorio del aludido cuerpo legal, en su artículo único, número dos, introdujo modificaciones al artículo 23 entre las que destaca, para estos efectos, aquella que sustituye, en el numeral 1°, la frase "*resulta equivalente a una pena de crimen*" por la siguiente: "*supera los cinco años*";

NOVENO: Que según consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 9 de mayo de 2007, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, modificatorio de la Ley No. 20.084 (Boletín No. 5.031-07), el senador Hernán Larraín presentó indicación para reemplazar el número 1 del artículo 23 del aludido cuerpo legal, por el siguiente:

"1. Si el delito tiene asignado por ley pena de crimen, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 19".

Asimismo el aludido senador presentó indicación para introducir un inciso primero al artículo 19 de la Ley N° 20.084 del tenor que se indica a continuación:

"En el caso del numeral 1 del artículo 23, el tribunal sólo podrá imponer complementariamente la sanción de internación en régimen semicerrado, después del segundo año del tiempo de la condena".

En el mismo Informe aludido consta que la primera indicación fue aprobada con modificaciones, por la unanimidad de los miembros presentes mientras que la segunda indicación lo fue por 3 votos a favor y 2 en contra.

Consta también en el citado Informe que el texto del artículo 23 N° 1 de la Ley N° 20.084, en su versión modificada y que aprobó la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado fue del siguiente tenor:

“Artículo 23. Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.”

Por su parte, y según se lee en el Diario de Sesiones del Senado correspondiente a la Legislatura 355ª y, específicamente, a la Sesión 18ª, de 9 de mayo de 2007, esa Corporación procedió a aprobar en general el proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, sobre la base del informe propuesto por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, por 29 votos a favor y una abstención. Por su parte, en la discusión particular llevada a cabo en esa misma oportunidad, la indicación al proyecto de ley de que se trata fue aprobada por 25 votos a favor, cinco en contra y dos abstenciones.

En el segundo trámite constitucional, llevado a cabo en la Cámara de Diputados, la Comisión de Constitución,

Legislación y Justicia acordó aprobar por unanimidad la totalidad de las disposiciones del proyecto despachadas por el Senado, con excepción, entre otras, de aquélla introducida al artículo 23 N° 1 y que había tenido su origen en la indicación formulada por el senador Hernán Larraín. Sin embargo, la votación en la Sala aprobó el proyecto de ley tal y como había sido despachado por el Senado, de forma que el texto del proyecto remitido a S. E. la Presidenta de la República, para su promulgación, el 15 de mayo de 2007, incluyó la modificación a los artículos 19, inciso primero, y 23 N° 1 de la Ley N° 20.084 en los siguientes términos:

"Artículo 19. En el caso del numeral 1 del artículo 23, el tribunal sólo podrá imponer complementariamente la sanción de internación en régimen semicerrado, después del segundo año del tiempo de la condena".

"Artículo 23. Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.";

DÉCIMO: Que en todo el proceso de elaboración de la ley que se ha recordado consta que la redacción del precepto impugnado en estos autos tuvo su origen en una indicación parlamentaria proveniente, en este caso específico, del senador Hernán Larraín, la que es preciso analizar para determinar si vulnera la iniciativa exclusiva de ley del Presidente de la República

consagrada en el inciso tercero del artículo 65 de la Carta Fundamental;

DECIMOPRIMERO: Que, en este sentido, debe recordarse que la norma constitucional referida reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63. Estas últimas se refieren a las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades o sobre su arrendamiento o concesión y a aquellas que fijen las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, como asimismo las normas para permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República y la salida de tropas nacionales fuera de él. Se trata de materias que el constituyente ha reservado exclusivamente a la iniciativa del Presidente de la República - excluyendo la de los parlamentarios- en forma congruente con la responsabilidad constitucional que le asiste en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado, en conformidad también a lo dispuesto en los artículos 32 N° 22, 65, inciso final y 67 de la Constitución;

DECIMOSEGUNDO: Que de la sola lectura de las materias reservadas en exclusividad a la iniciativa presidencial en materia de ley puede advertirse que el precepto contenido en el artículo 23 N° 1 del proyecto modificadorio de la Ley N° 20.084 no vulnera la preceptiva constitucional.

En efecto, la indicación parlamentaria presentada con el objeto de modificar la aludida norma legal tuvo por finalidad cambiar la modalidad de cumplimiento de la pena que debe imponerse a los adolescentes condenados por delitos cuya sanción supera los cinco años de privación de libertad, contemplando exclusivamente la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. Se eliminó así la posibilidad de que disponía el juez de aplicar, como alternativa, la internación en régimen semicerrado, al menos durante los dos primeros años de reclusión, tal y como se debe entender al relacionar esta norma con la que se encuentra contenida en el artículo 19, inciso primero del proyecto de ley en examen y que no ha sido impugnada en estos autos.

En este sentido, debe recordarse que al finalizar la discusión del proyecto de ley analizado, en el primer trámite constitucional, el senador Guillermo Vásquez intervino para precisar que el número 1 del artículo 23 aprobado por la Sala constituía una norma que *“está absolutamente amarrada al artículo 19 despachado también por la Sala”*. (Diario de sesiones del Senado, Legislatura 355^a, Sesión 18^a, 9 de mayo de 2007, pág. 59).

En consecuencia, si bien la indicación formulada por el senador Hernán Larraín durante el primer trámite constitucional de este proyecto de ley, pudo haber implicado el aumento de los recursos presupuestarios relacionados con la administración del sistema de reclusión de los adolescentes, su objeto central se centró en la mayor o menor libertad de que debe disponer el juez para hacer cumplir las penas superiores a 5 años en el caso de dicha población penal.

Por lo demás, este Tribunal ha tenido en consideración que, examinados los antecedentes de la discusión parlamentaria del precepto contenido en el artículo 23 N° 1 del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, no existe constancia de que éste haya sido remitido a la respectiva Comisión de Hacienda, en circunstancia que, de conformidad con el inciso segundo del artículo 17 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, a ésta le corresponde *“informar los proyectos en lo relativo a su incidencia en materia presupuestaria y financiera del Estado, de sus organismos o empresas”*. De ello se puede inferir que ambas ramas del Congreso aprobaron la norma impugnada sin estimar que se encontraba comprometida la administración presupuestaria y financiera del Estado;

DECIMOTERCERO: Que, a mayor abundamiento, el hecho de que la menor libertad de que pueda gozar el juez en virtud de la aplicación de la nueva norma aprobada en relación con el artículo 23 N° 1 de la Ley N° 20.084 implique un aumento de la población adolescente bajo sistema de reclusión y, por ende, del gasto de infraestructura y de personal ligados a la administración de los recintos de reclusión, constituye un eventual efecto colateral de la moción parlamentaria aprobada que incide en la política carcelaria del país, pero que no puede, sin embargo, afectar su constitucionalidad. Si se llegase a una conclusión contraria significaría que ningún parlamentario podría iniciar proyectos de ley que aumentaran la penalidad de delitos o, incluso, crear nuevos tipos penales que importen privación de libertad, considerando el aumento consiguiente del gasto que ello puede implicar.

En este sentido, la práctica legislativa de los últimos años nos provee de una serie de casos en los que leyes -hoy vigentes- han aumentado penas habiendo tenido su origen en una moción parlamentaria y cuya constitucionalidad no se ha discutido.

Así, por ejemplo, la Ley N° 19.927, que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 2004, se inició por moción de los diputados María Pía Guzmán y Patricio Walker (Boletín N° 2906-07) contemplando el aumento de las penas privativas de libertad previstas en los artículos 361, 363 y 366 del Código Penal, entre otros;

DECIMOCUARTO: Que, a mayor abundamiento, la iniciativa de ley en Chile está conferida, por regla general, tanto al Presidente de la República como a los miembros de la Cámara de Diputados y del Senado, en su calidad de órganos colegisladores, tal y como se desprende del inciso primero del artículo 65 de la Carta Fundamental.

Así, la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de ley constituye una excepción a dicha regla general, configurando una prohibición para los parlamentarios que, en cuanto tal, sólo puede ser interpretada restrictivamente. Si así no se entendiera podría llegar a desvirtuarse del todo la función principal del Congreso Nacional y el ejercicio de la soberanía que se cumple a través de él.

De este modo, resultando acorde con la Constitución el precepto impugnado, el Tribunal desechará este primer reproche formulado por los requirentes;

B. Vulneración de las ideas matrices o fundamentales del proyecto

DECIMOQUINTO: Que el segundo argumento constitutivo de una inconstitucionalidad de forma alegado en estos autos consiste en que el artículo único, numeral 3, del proyecto examinado, al modificar el artículo 23 N° 1 de la Ley N° 20.084, bajo la fórmula que se ha recordado, estaría fuera de las ideas matrices del proyecto, según se desprende del texto del Mensaje con que el Ejecutivo inició su tramitación;

DECIMOSEXTO: Que, de conformidad con lo que dispone el artículo 69, inciso primero, de la Constitución, los proyectos de ley pueden ser adicionados o corregidos en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, siempre que tales adiciones o correcciones tengan relación directa con sus ideas matrices o fundamentales.

La doctrina de los iuspublicistas ha entendido que las adiciones o correcciones que los órganos colegisladores pueden introducir a un proyecto de ley durante su tramitación configuran lo que, genéricamente, se conoce como "indicaciones". Así, el profesor Alejandro Silva Bascuñán sostiene que *"el uso de la palabra (indicación) da a entender que se refiere al texto en el cual se formaliza cualquier tipo de proposición que parte del supuesto de un documento anterior, mediante la cual se insta por una adición, supresión, modificación o corrección de cualquiera naturaleza"*. (Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VII. Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.122)

Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha precisado que *"la voz "indicación", referida a un*

proyecto de ley, comprende para la técnica legislativa, toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación." (Sentencias Rol N° 259, considerando 16°, y Rol N° 719, considerando 21°).

Congruente con lo expresado, el artículo 24, inciso primero, de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, precisa que *"sólo serán admitidas las indicaciones que digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto"*;

DECIMOSÉPTIMO: Que, por su parte, en sentencia de 26 de enero de 2007, Rol N° 719, este Tribunal reiteró lo ya expresado en sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rol N° 259, en cuanto a las ideas matrices o fundamentales del proyecto en base a diversas citas extraídas de la doctrina especializada. Así sostuvo que:

" se las ha caracterizado como las "que le sirven de sustentación de base (a un proyecto) y en las cuales se apoyan otras ideas pero de carácter secundarias o derivadas". ("Derecho Constitucional". Molina Guaita, Hernán. Concepción, 1995, p. 371)"

"La exigencia de que las indicaciones digan relación "directa" con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, merece, igualmente, cualificarse: "El concepto de relación directa es antagónico en la historia de la Reforma al concepto opuesto o ajeno; es decir, la relación debe ser próxima, cercana, pertinente o atinente a las ideas del proyecto". ("La Reforma Constitucional. Cumplido Cereceda, Francisco. Ob.cit. p.193)

Se preguntó, asimismo, *"¿dónde deben estar contenidas las ideas matrices o fundamentales del proyecto? Sobre el particular la preceptiva contenida en*

la Ley N° 18.918, Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, dio respuesta definitiva a esta interrogante, que con anterioridad había preocupado a la doctrina" agregando que "en efecto, el inciso final del artículo 23 de la Ley N° 18.918, antes citada, expresa: ".....se considerarán como ideas matrices o fundamentales de un proyecto aquellas contenidas en el mensaje o moción, según corresponda", lo que reafirmó con la cita pertinente del inciso primero del artículo 24 del referido cuerpo legal referido a que "sólo serán admitidas las indicaciones que digan relación con las ideas matrices o fundamentales del proyecto". (Considerando 21°)

Precisando aun mejor, esta Magistratura ha decidido que la expresión "idea matriz o fundamental" que emplea la preceptiva constitucional "está constituida por la situación, materia o problemas específicos que el autor del proyecto de ley señale como existentes y a cuya atención, en todas sus implicancias, quiere acudir por la vía de su potestad normativa legal. La idea matriz es la representación intelectual del asunto que se quiere abordar, es el problema que se desea resolver". (Sentencia de 26 de octubre de 1972, Expediente N° 9, considerando 12°)

Complementando lo ya reseñado, en sentencia Rol N° 413 se recordó que la exigencia constitucional de que las indicaciones formuladas a un proyecto de ley respeten las ideas matrices o fundamentales del proyecto fue establecida con el propósito de eliminar los llamados "proyectos misceláneos". En esa misma oportunidad esta Magistratura sentó la tesis de que se debe evitar caer en el extremo opuesto de rigidizar el sistema impidiendo

que, por la vía de las indicaciones, se enriquezca la iniciativa original, propósito básico que deben perseguir los órganos colegisladores en su función primordial de crear normas claras, sistemáticas y coherentes en beneficio de la certeza jurídica (considerando 33°).

En definitiva, las ideas matrices o fundamentales del proyecto son únicamente las comprendidas en el mensaje o moción pertinente y las indicaciones que tienen relación directa con las mismas son las que guardan con las primeras no sólo una vinculación inmediata sino que, además, sustantiva;

DECIMOCTAVO: Que a la luz de los conceptos fundamentales recordados, resulta necesario precisar si la indicación introducida durante el proceso de tramitación del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, en lo referente a su artículo 23 N° 1, tiene o no relación directa con las ideas matrices o fundamentales del mismo;

DECIMONOVENO: Que, en ese sentido, y examinado el contenido del Mensaje remitido por S.E. la Presidenta de la República al Senado, con fecha 7 de mayo del presente año, puede afirmarse que éste se estructuró sobre un fundamento genérico y sobre otros específicos.

Desde un punto de vista genérico, la Jefa del Estado recuerda que *"en los próximos meses, nuestro país se verá enfrentado al gran desafío que impone la implementación de una nueva justicia penal adolescente"*, agregando que *"esta nueva justicia requiere para su exitosa ejecución, de una estructura, organización e interacción de los diversos actores, que cumpla con los altos estándares de calidad y coordinación que la ley impone"*. Concluye en que *"por ello, el Ejecutivo se ha planteado la necesidad*

de introducir precisos, pero necesarios ajustes a la ley, de modo de cumplir con los fines que la inspiran, esto es, la responsabilización y la reinserción social del adolescente."

De lo anterior se colige que el proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084 participa de los fines que animaron a ésta en orden a favorecer la responsabilización y la reinserción social del adolescente;

VIGÉSIMO: Que, desde un punto de vista específico, a su vez, el Mensaje Presidencial consigna cuatro aspectos como fundamento de las modificaciones que se contienen en el proyecto, a saber:

- 1) La reordenación de los artículos referidos a la determinación de penas, a objeto de distinguir entre la pena a imponer y la pena considerada en abstracto;
- 2) En lo referido a la internación provisoria, la clarificación de cuál será la pena a considerar por el juez para determinar si ella es o no procedente;
- 3) El establecimiento, en caso de detención por flagrancia, de nuevos elementos que deben presentarse durante el tiempo anterior al momento en que el adolescente es puesto a disposición del tribunal; y
- 4) La posibilidad de que el Servicio Nacional de Menores pueda celebrar convenios con colaboradores acreditados para efectos de la oferta en lo relativo a los centros semicerrados. Asimismo, se perseguía facultar al juez para optar por la aplicación de una libertad asistida especial, en aquellos casos en que fuera procedente una sanción de internación en régimen cerrado;

VIGESIMOPRIMERO: Que, explicando el senador Hernán Larraín el sentido de la indicación introducida por él al proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, en particular a su artículo 23 N° 1, precisó que *“esta indicación es coherente con la que presentó al artículo 19, reduciendo la sanción de las infracciones castigadas para los adultos con pena de crimen a la de internación en régimen cerrado -eliminando, por tanto, la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado- y, descartando, de paso, la posibilidad de aplicar complementariamente la libertad asistida a esta clase de infracciones”*. Agregó que *“respecto de los delitos castigados con pena de crimen, el juez podrá sustituir la internación en régimen semicerrado, luego de que el condenado cumpla efectivamente dos años en el régimen anterior”*. (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 9 de mayo de 2007, página 13);

VIGESIMOSEGUNDO: Que si se contrasta el sentido de la indicación objetada en estos autos con los razonamientos vertidos tradicionalmente por esta Magistratura, y que se han recordado en el considerando decimoséptimo, debe concluirse que la referida indicación cumple con la exigencia constitucional de relacionarse, en forma directa, con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

En efecto, si se considera que entre aquellas ideas que sirven de sustento al proyecto examinado se encuentra la de contribuir a reafirmar los objetivos perseguidos por la Ley N° 20.084 en el sentido de favorecer la *“responsabilización y la reinserción social del adolescente”*, no puede menos que afirmarse que la

indicación parlamentaria aludida tiene una relación directa y sustantiva con aquélla, pues tales objetivos se cumplen si, como sostiene su autor, se trata de eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado, al menos durante los dos primeros años de la condena;

VIGESIMOTERCERO: Que, en este sentido, debe considerarse que el sistema de responsabilidad penal adolescente, consagrado en la Ley N° 20.084 y complementado por el proyecto de ley que se impugna en estos autos, permite apreciar que los objetivos perseguidos por el legislador no se agotan con la determinación de la pena asignada al delito sino que el juez que la impone tiene un rol activo e integral en asegurar el necesario equilibrio que debe existir entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes.

Por ello es que las reglas de determinación de la naturaleza de las penas contempladas en el artículo 23 del aludido cuerpo legal consultan varias posibilidades para que el tribunal considere modalidades diversas de cumplimiento, según la naturaleza del delito cometido, entre las cuales se encuentra la mayor o menor extensión, así como la intensidad de la privación de libertad. En esa lógica, las penas más leves resultan más compatibles con la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social que, como indica el artículo 16 de la misma ley, concilia la residencia obligatoria del adolescente al interior de un centro de privación de libertad con la facultad de que pueda permanecer, a la vez, en el medio libre. Lo contrario sucede con las penas

superiores a 5 años de privación de libertad, tal y como fue aprobado en ambas ramas del Congreso Nacional en el proyecto de ley examinado;

VIGESIMOCUARTO: Que, de conformidad con lo razonado precedentemente, la indicación parlamentaria impugnada, que tendió a concederle al juez la sola posibilidad de imponer al adolescente responsable de un crimen la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, al menos durante los dos primeros años, apunta a permitirle evaluar si, realmente, se han cumplido los fines de responsabilización y reinserción social antes de decidir su sustitución por el régimen de internación semicerrado con programa de reinserción social. Ello hace plenamente congruente esta norma con las ideas matrices del proyecto contenido en el Mensaje Presidencial de 7 de mayo de 2007 y con la responsabilidad que el sistema penal le asigna a los jueces en materia de cumplimiento de la finalidad de las penas.

Por lo expresado, se rechazará también el segundo capítulo de impugnación planteado en el requerimiento de autos;

III. Inconstitucionalidad de fondo alegada

VIGESIMOQUINTO: Que, habiéndose rechazado las inconstitucionalidades de forma alegadas en el requerimiento, corresponde pronunciarse sobre el vicio de fondo invocado y que consiste en que el artículo 23 N° 1, contenido en el numeral 3 del artículo único del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, vulneraría el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental en relación con los artículos 3.1,

37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el principio de no retroceso en materia de derechos humanos;

VIGESIMOSEXTO: Que la referida inconstitucionalidad consistiría, específicamente, a juicio de los requirentes, en que al establecer la norma impugnada del proyecto modificatorio de la Ley N° 20.084, como única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado, configuraría una violación al artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental que consagra el deber de los órganos del Estado -como es el caso del legislador- de respetar y promover los derechos esenciales del ser humano garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Ello, porque el legislador no habría respetado el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los artículos 37, 40 y 41 de la misma, según los cuales la privación de libertad de los adolescentes debe ser la *ultima ratio* e imponerse por el menor tiempo posible;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que planteada, en esos términos, la cuestión de constitucionalidad sometida a la decisión de este Tribunal, ella debe ser necesariamente desechada, por las razones que se expresarán.

Cabe destacar, en tal sentido, que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del "interés superior" del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la

normativa contenida en la Ley N° 20.084 y, específicamente, su artículo 2°, que establece:

"Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos".

"En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

La norma transcrita no fue modificada por el proyecto de ley que se impugna, originado en el Mensaje Presidencial N° 170-355 y complementado, entre otras, por la indicación impugnada en este proceso. En el texto del Mensaje se lee precisamente que: *"... con la implementación de una nueva justicia penal adolescente ... se pretende, además de dar cumplimiento a numerosos y diversos tratados internacionales en materia de infancia y adolescencia ..."*;

VIGESIMOCTAVO: Que, en ese contexto, no se divisa cómo una indicación parlamentaria destinada a eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado para aquellos adolescentes condenados por delitos que merezcan penas superiores a 5 años de privación de libertad, al menos durante los dos primeros años de la condena, pueda implicar una vulneración al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

En efecto, ya se ha recordado de qué manera la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha tenido presente que, de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador.

Pero, además, debe tenerse presente que la determinación de las penas es de resorte exclusivo del legislador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, incisos séptimo y octavo, de la Constitución, que señalan, el primero, que *"ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado"* y, el segundo, que *"ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"*.

La competencia reservada al legislador en esta materia ha sido destacada por varias Cortes Constitucionales, pertenecientes a diversas áreas geográficas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que: *"En materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador, junto a los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la*

proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con que intenta conseguirlo ...en tales casos, el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen para determinar las penas ..." (Sentencia de 21 de julio de 2005, Expediente 0019-2005-AI/TC, considerando 198°).

El Tribunal Constitucional de Alemania, por su parte, refiriéndose a la pena de trabajos forzados, ha afirmado que: *"La ley fundamental obliga al legislador a desarrollar un concepto efectivo de la resocialización y a estructurar la ejecución de la pena con base a estos criterios. Para esto se ha dejado a él (al legislador) un amplio espacio de regulación (...) Él puede, atendiendo a toda clase de conocimientos, principalmente en los campos de la antropología, la criminología, la terapia social y la economía, llegar a una regulación que -atendiendo a los costos- se encuentre en concordancia con el rango y necesidad de otras funciones del Estado."* (Schwabe, Jürgen (compilador). Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2003, pág. 268);

VIGESIMONOVENO: Que, igualmente, puede sostenerse que tratándose de las modalidades de cumplimiento de las penas, el legislador tiene una competencia exclusiva que no puede discutirse. En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha afirmado que respecto de *"la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, ya hemos dicho que el control de este Tribunal Constitucional tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las*

correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido ..." (Sentencia 161/ 1997, de 2 de octubre de 1997, considerando 8).

Esta Magistratura, entretanto, ha invocado previamente jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, el que, conociendo de un requerimiento que impugnaba un proyecto de ley tendiente a crear y aumentar penas, decidió que: *"Dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos ..."*. (Sentencia Rol N° 591, considerando 9°);

TRIGÉSIMO: Que afirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas como en la fijación de sus modalidades de cumplimiento, resulta que lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, por lo demás, esta Magistratura ha sostenido reiteradamente que el control

constitucional que ejerce limita en el mérito del acto impugnado o controlado, criterio con el que coinciden los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo y también la doctrina especializada.

En este contexto, esta Corte ha afirmado que “ ... el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional ...”. (Sentencia Rol N° 591, considerando 9°).

Ha agregado que: “En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido” (Idem);

TRIGESIMOSEGUNDO: Que en mérito de lo expuesto y no apreciándose la vulneración de los límites que la Constitución le impone al legislador para determinar penas y fijar su modalidad de cumplimiento, se desechará la vulneración alegada al artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

TRIGESIMOTERCERO: Que, asimismo, este sentenciador rechazará el argumento de que la norma introducida, por

indicación parlamentaria, al artículo 23 N° 1 de la Ley N° 20.084, importa un retroceso incompatible con los compromisos internacionales asumidos por el país, en la medida que dicha norma privó al juez de la alternativa de aplicar una modalidad más benigna de ejecución de la pena, como es la internación en régimen semicerrado. Al respecto, es necesario afirmar que ello no envuelve una vulneración de derechos del sentenciado y se inserta por completo dentro de los criterios de política criminal que corresponde ponderar exclusivamente a los legisladores, según se ha sostenido en los considerandos precedentes. Si así no se entendiera, toda innovación legal que asignara una pena única a un delito anteriormente sancionable conforme a una escala gradual o que entrañara un incremento de penas o un mayor rigor en sus modalidades de cumplimiento entraría en colisión con los derechos esenciales del ser humano, lo que no puede compartirse;

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 1°, 5°, inciso segundo, 19, numerales 1, 3, 7 y 26, 65, inciso cuarto, 69, inciso primero, 93, inciso primero, N° 3, e inciso cuarto, de la Constitución Política de la República y 38 a 45 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento deducido que rola a fojas uno.

Se previene que el Ministro señor Jorge Correa Sutil no concuerda con lo razonado en los considerandos 27 y 28 y, para concurrir al rechazo de la inconstitucionalidad de fondo planteada, tiene, en su lugar y además presente:

1°. Que, tal como se consigna en la parte expositiva, la requirente ha fundado la cuestión de fondo de la inconstitucionalidad que alega en una supuesta inconsistencia del precepto legal impugnado con lo dispuesto en los artículos 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los que, a su juicio, tienen jerarquía constitucional, a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

2°. Que, para alcanzar procesos justos y racionales, el legislador ha exigido que las sentencias definitivas deben no sólo consignar todas las peticiones o acciones deducidas, sino que también resolverlas, conforme lo dispone el numeral 6° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, consignando las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a tal decisión, conforme obliga el numeral 4° de ese mismo precepto legal. Ambas obligaciones son aplicables a los fallos de esta Magistratura según el inequívoco tenor del artículo 31 de su Ley Orgánica.

3°. Que las perentorias reglas acerca de las sentencias que se consignan en el considerando anterior obligan a esta Magistratura a razonar y a decidir no sólo acerca de la congruencia entre el precepto impugnado y el principio de que los Estados están obligados a no retroceder en la protección de los derechos fundamentales, como se hace en el considerando 33° del fallo, al que este previniente adhiere, sino que también deben ponderarse y resolverse las demás peticiones consignadas en el razonamiento primero de esta prevención; esto es si la norma impugnada -y no todo el proyecto legal, como se hace en el considerando 27°- resulta compatible con el principio del interés superior del niño; si el precepto legal cuestionado pugna con la

regla de que la pena debe ser siempre usada como último recurso, que los requirentes fundan en el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño y, por último, si el precepto legal pugna con la norma contenida en el artículo 40 de la referida Convención, en cuanto ésta obliga a contemplar penas alternativas.

4°. Que, en lo que corresponde a la regla de derecho internacional de que sólo puede recurrirse a la pena privativa de libertad de un menor cuando ella sea el último recurso, el artículo 37.b de la Convención de Derechos del Niño, interpretado a la luz de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores", conocidas como "Reglas de Beijing", que le sirven de complemento, no prohíbe el encarcelamiento o la prisión del menor sino que establece que la privación de libertad que pueda decretarse en su contra debe ser aplicada como medida de último recurso y por el menor tiempo posible. Estas dos restricciones al derecho del Estado a privar de libertad a un menor que ha delinquido se fundan en el entendimiento de que la familia es el ámbito primordial para el desarrollo del niño, de modo tal que debe favorecerse su permanencia en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para privarlo de libertad, en función, precisamente, del interés superior del niño. Así, la libertad del menor ha de ser la regla general y su prisión una excepción calificada. Los preceptos internacionales invocados no establecen, sin embargo, cuál sea "el período más breve que proceda" ni precisan cuáles son las razones determinantes que justifican, de manera más estricta que para los adultos, el uso de la privación de libertad. Ambas cuestiones quedan entregadas a la discreción de cada Estado, aunque éstos se

encuentran siempre obligados a recurrir a la privación de libertad como último recurso, por el menor tiempo posible y "en interés superior del niño" y a justificarla en razón de ese interés.

5°. Que no puede estimarse que, a través del precepto legal impugnado, el legislador haya violado las regla del último recurso cuando, en uso de la discrecionalidad limitada que le exigen las normas internacionales invocadas, ha establecido que este "último recurso" de la privación de libertad debe ser necesariamente empleado por el juez por los primeros dos años de una condena superior a cinco años impuesta al menor. El legislador ha recurrido a la privación obligatoria de libertad en casos graves, como es una condena superior a cinco años. Que tales casos sean o no suficientemente graves corresponde a una decisión de mérito entregada por la norma internacional al criterio de los Estados. La opción legislativa discrecional no puede considerarse absurda o claramente violatoria del estándar internacional invocado; se encuentra dentro de sus márgenes; pues, como se ha dicho, tal estándar no prohíbe la privación de libertad, sino que la permite, sujeta a un límite impreciso, como es el del "último recurso". De igual modo, en uso de su discrecionalidad, tampoco puede calificarse de irracional que el legislador pueda estimar que, en caso de delitos graves o reiterados que merezcan una pena superior a los cinco años, el tiempo mínimo de privación efectiva de libertad en régimen cerrado que deba permanecer un menor sea de dos años. Por último, tampoco resulta irracional que el legislador concluya que la rehabilitación, resocialización y reinserción de un menor que ha cometido uno o más delitos que, por su gravedad o

reiteración, merezcan pena superior a cinco años exigen, en aras de estos propósitos que están en su interés, de su internación en régimen cerrado por dos años. Ciertamente que resulta discutible si el régimen cerrado de cumplimiento de penas es o no el sistema más eficaz para lograr tal rehabilitación, pero ello constituye, una vez más, un debate de mérito que corresponde hacer a los poderes llamados a legislar y no a este órgano de control de constitucionalidad.

6°. Que el artículo 40.4 de la Convención de Derechos del Niño, que la requirente también alega que el precepto legal cuestionado habría vulnerado, establece que *"Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción"*. El sentido y alcance de esta norma queda más claro si se le examina a la luz de lo prescrito en el art. 37.b de la misma Convención, ya referido, que establece que *"...el encarcelamiento o la prisión de un niño... se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda"*. A su vez, el derecho internacional ha especificado esta regla en el artículo 17.1.c. de las *"Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores"*, conocidas como *"Reglas de Beijing"*, que señala que *"sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave... y siempre que no haya otra respuesta adecuada"*;

7°. Que la obligación de disponer de diversas medidas, incluso alternativas a la prisión, no se ve conculcada por el hecho de que, como ocurre en el nuevo sistema de justicia penal juvenil, se establezcan esas medidas alternativas con la restricción impuesta al juez de no poder usarlas para beneficiar a los responsables de delitos particularmente graves o reiterados en los primeros dos años de sus condenas. Conforme a la norma transcrita, la obligación que se impone al Estado es que existan medidas alternativas, pero no obliga a que tales medidas alternativas estén siempre y en todo caso disponibles para el juez. Las normas de los tratados internacionales referidas, en cuanto establecen la necesidad de contar con medidas alternativas a la privación de libertad, no importan que el juez debe disponer siempre de ellas, sino que es el sistema legal del Estado el que debe contemplar esas medidas alternativas, pero nada en el lenguaje o sentido de la norma de la Convención impide que en ciertos casos excepcionales, atendida la gravedad del delito, la privación de libertad en régimen cerrado sea la única modalidad de pena aplicable por un tiempo acotado a dos años, que será siempre menos de la mitad del tiempo efectivo establecido por la sentencia respectiva.

8°. Que, del mismo modo, no es posible concluir, de manera abstracta y anticipada, que una medida de privación de libertad en un régimen cerrado impida *"que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar"*. Ello dependerá de las específicas condiciones carcelarias a las que se le someta y si bien algunas condiciones pueden llegar a vulnerar este precepto, no corresponde a esta Magistratura, al margen de toda prueba, presumir desde ya que todas ellas

impedirán el trato benefactor a que el Estado de Chile se ha obligado. El control preventivo de constitucionalidad, cuyo efecto es impedir el nacimiento de la norma cuestionada, no es ni puede erigirse en el remedio para enfrentar casos eventuales de aplicación abusiva.

9°. Que la norma de derecho internacional de los derechos humanos consignada en el considerando 6° de esta prevención obliga también a que la sanción que se aplique *“guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”*. Es razonable concluir que la consideración de las circunstancias del menor habría quedado mejor resguardada si el juez las hubiera podido apreciar al decidir entre un sistema cerrado y uno semicerrado, circunstancias que ciertamente el legislador no puede ponderar a través de una regla general. Sin embargo, no puede afirmarse que la regla legal impugnada impida que la medida punitiva que se aplique considere las circunstancias personales del menor y del hecho delictivo al establecer, durante un período, el sistema cerrado como obligatorio para los delitos particularmente graves. Desde luego, porque el juez podrá ponderar tales circunstancias a que aluden las normas internacionales al fijar la cuantía de la pena y al apreciar la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes que puedan alterar la penalidad a que quedará sometido el menor. Además, porque el juez podrá tomar en consideración esas circunstancias para determinar la modalidad de cumplimiento de la pena al cabo de dos años.

10°. Que, en cuanto al principio del *“interés superior del niño”*, que también sirve de fundamento al requerimiento, debe tenerse presente, en primer lugar, que él no impide que el menor que ha cometido un delito sea privado de libertad, sino que, como se razonó en el

considerando 5° de esta prevención, limita ese recurso en términos más severos que en el caso de adultos y, así, obliga a que sea empleado como último recurso, por el menor tiempo posible y que se use en interés del niño, por ejemplo, para rehabilitarlo y reinsertarlo a la sociedad. Tal como se razonó en ese mismo considerando 5°, ninguna de esas tres reglas resulta vulnerada con la norma legal que se impugna.

11°. Que, por último, el “interés superior del niño” debe ser tratado como el principio que es y no como si fuera una norma. En consecuencia, cuando se examina si pugna con otros principios o fines igualmente lícitos que pueden tensionarse con él en un caso, como en la especie podría ser el de la seguridad de las víctimas o de la sociedad, no cabe, como en el caso de la contradicción entre las normas, decidir cuál de las dos en pugna vale e invalidar o inaplicar la otra. Cuando dos principios entran en pugna, ninguno de los dos pierde validez y se hace necesario ponderar ambos, para ver qué acomodo permite la más plena realización de todos los fines valiosos en pugna. Tal juicio o ponderación debe ser hecha, en primer lugar, por el propio legislador y sólo cabe a esta Magistratura invalidarlo cuando uno de los principios en pugna ha sido minusvalorado en términos intolerables para la Constitución, lo que no ocurre en la especie, como debe concluirse en virtud de lo razonado en los considerandos que anteceden.

12°. No verificándose contradicciones evidentes entre el precepto impugnado y las normas y principios de derecho internacional invocados, resulta inoficioso dilucidar si la eventual contradicción, que en la especie no existe, conllevaría un problema de constitucionalidad como el alegado, en virtud de la jerarquía constitucional

que se pretende tengan las normas de derecho internacional de derechos humanos.

Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, quien estuvo por acoger el requerimiento en virtud de las siguientes motivaciones.

PRIMERO.- Que el artículo 37 b) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone que la privación de libertad será utilizada sólo como último recurso y por el período más breve que proceda, estableciendo el artículo 3° de dicho instrumento el interés superior del niño como principio guía de la aplicación de sus preceptos, en el sentido que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

SEGUNDO.- Que el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto por los derechos fundamentales, obligando al Estado a respetarlos y, a la vez, a promoverlos.

En ese sentido, este Tribunal, en fallo rol 226, de fecha treinta de octubre de mil novecientos noventa y cinco, declaró que *"tanto la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.*

Nuestra Carta Política en el artículo 5°, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como

limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional." (Considerando 25°).

Es decir, los derechos fundamentales tienen su fuente en la dignidad humana, y en tanto emanaciones de la misma, por una parte corresponden a todo sujeto del género humano, y por la otra cumplen una función de exigencia derivada de la necesaria protección de dicha dignidad, por lo que, a este respecto, no obsta que el texto constitucional no los contemple de forma total y expresa en el catálogo de derechos del artículo 19.

TERCERO.- Que cabe, entonces, concluir que la referencia a la limitación de la soberanía por medio de los derechos fundamentales, constituye una mención abierta y genérica. Prescindiendo de si determinado derecho está o no contenido dentro del capítulo III, para establecer una definición y un marco de esta limitación material al ejercicio de la soberanía, los derechos fundamentales pueden ser conceptualizados en forma amplia como lo hace Luigi Ferrajoli, señalando que son "*aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas*", y, más específicamente, como "*el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los*

ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional" (H. Nogueira, Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales, Ius et Praxis, v.11 n.2, Talca, 2005).

CUARTO.- Que los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana -o derechos humanos- son valorados históricamente y adquieren vigencia sociológica cuando se positivizan mediante el reconocimiento del Estado. Desde luego, asumen el carácter de derechos humanos los que son reconocidos como tales en los tratados internacionales.

En la especie, ningún autor discute y así lo hace constar el Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989) - invocando la dignidad intrínseca del menor, la necesidad de otorgarle protección y cuidados especiales y teniendo en cuenta que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que necesitan especial consideración-, que el referido es un tratado sobre derechos humanos.

QUINTO.- Que, una vez definido el concepto de derechos fundamentales, cabe entender que el límite al poder soberano está constituido por el conjunto de derechos que puedan entenderse incluidos en dicha definición, restando sólo establecer si los derechos invocados por los requirentes se encuentran dentro de la misma, respuesta que permitirá resolver con claridad el requerimiento de autos.

SEXTO.- Que, a este respecto, la Convención de los Derechos del Niño, como todos los tratados

internacionales de derechos humanos, contiene una serie de derechos y garantías consideradas como emanaciones y concreciones de la dignidad humana, que surgen en el contexto histórico de la segunda posguerra con la intención de asegurar un código jurídico mínimo de protección de la persona, aplicable a todos los seres humanos. De esa forma, es preciso inferir del concepto enunciado de derechos fundamentales y de la amplitud del alcance de la primera parte del inciso primero del artículo 5° de la Constitución, que los derechos del menor a no ser privado de libertad por actos delictivos, a menos que sea el último recurso y por el menor tiempo; a ser tratado por el sistema penal con fines de rehabilitación y reinserción más que de mero castigo y a que se vele por el respeto efectivo de su interés superior, constituyen parte integral del conjunto de derechos fundamentales a que alude la cláusula de limitación al poder soberano contenida en el artículo 5° de la Constitución.

SÉPTIMO.- Que las ideas antes expuestas son reafirmadas por la segunda parte del inciso segundo del artículo 5°, que exige al Estado no sólo el respeto de dichos derechos, sino además su promoción, aludiendo explícitamente a los que se encuentren contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, cuyo es el caso de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, promulgada mediante Decreto N° 830 de 1990, publicado en el Diario Oficial de 14 de agosto de 1990, y ratificada mediante instrumento depositado ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 13 de agosto de 1990.

OCTAVO.- Que puede concluirse que las normas invocadas, en la medida que materializan derechos que son esenciales, son parte del parámetro de control de constitucionalidad aplicable en esta causa y, además, constituyen límites al ejercicio del poder soberano por parte de los órganos del Estado, en particular del legislador al ejercer su potestad de fijar penas.

NOVENO.- Que el problema planteado no se resuelve constatando la reserva legal para fijar penas o sus modalidades de cumplimiento, ni la de formular políticas criminales o penitenciarias -cuestión que no está en entredicho-, sino estableciendo la conformidad o contradicción de la ley que regula materias de esa naturaleza con los derechos que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran contemplados en los tratados internacionales.

Se trata de determinar si el precepto impugnado se ajusta a los estándares establecidos en las normas contenidas en la Convención de los Derechos del Niño, cotejo del que derivará el cumplimiento o no del deber de respeto y promoción de los derechos que contempla el texto del artículo 5° de la Constitución.

DECIMO.- Que, a juicio de este disidente, el precepto cuestionado no se encuentra en armonía con los derechos invocados por los requirentes, toda vez que resulta incompatible con lo preceptuado por la Convención sobre Derechos del Niño, ya que el establecimiento de la internación en régimen de encierro por a lo menos dos años, pudiendo extenderse hasta por 5, claramente no es una medida que cumpla un objetivo tendiente a rehabilitar y resocializar al menor en aras de su interés superior y

su desarrollo integral, y tampoco puede afirmarse que la norma cuestionada constituya un acto de cumplimiento del deber de promoción de derechos que establece el artículo 5º, más aún si la privación de libertad es establecida en la Convención como "*ultima ratio*", lo que significa que ha de ser un mecanismo de aplicación subsidiaria -sólo una vez agotadas otras vías que sean menos lesivas de los derechos y el interés superior del menor-, requisito que no se vislumbra como cumplido por la disposición que se impugna, más aún si el mismo artículo 37 de la Convención expresa que "Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad", exigencia también desatendida al establecerse un régimen de internamiento o de encierro mínimo por dos años.

DECIMOPRIMERO.- Que la disposición cuestionada -en cuanto expresa un retroceso en los derechos reconocidos al menor en la legislación preexistente- transgrede principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos, como son los de irreversibilidad y progresividad, que, respectivamente, impiden desconocer su carácter una vez que el Estado los ha reconocido y obligan a aplicar la disposición más favorable a los derechos de las personas.

Tales principios constituyen un elemento indispensable en la interpretación del cumplimiento efectivo de la norma protectora del artículo 5º de la Constitución Política del Estado.

DECIMOSEGUNDO.- Que lo anteriormente expuesto resulta suficiente para acoger el requerimiento, pues la

norma objetada infringe manifiestamente uno de los preceptos constitucionales de mayor importancia en nuestro sistema jurídico, cual es la garantía general de limitación al poder estatal y el deber de respeto y promoción de los derechos fundamentales.

Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Mario Fernández Baeza, quien consideró que a esta Magistratura no le cabe pronunciarse respecto de una cuestión de constitucionalidad como la requerida, **sin considerar la totalidad de la Ley N° 20.084** cuyas modificaciones incluyen el precepto impugnado de autos. El voto disidente se sustenta en los siguientes argumentos:

1°. Que el requerimiento presentado por treinta y dos señores diputados de la República, así como la indicación del senador don Hernán Larraín y lo debatido en estrados por ambas partes, abarcan un conjunto de materias de profundo significado jurídico-político vinculadas a la vigencia de una nueva política criminal aplicable a los adolescentes entre 14 y 17 años de edad. Considerando la estructura etaria de Chile y la gravitación que la seguridad ha obtenido en la sociedad y el derecho modernos, la Ley N° 20.084 entra en vigor en medio de justificadas expectativas, comparables a la denominada Reforma Procesal Penal.

2°. Que reducir el parecer de esta Magistratura sobre la conformidad de la Convención de los Derechos del Niño con el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, sobre el contenido de las materias que son de exclusiva iniciativa legislativa del Presidente de la República, así como sobre el significado de las ideas matrices de un proyecto de ley, a la dilucidación constitucional de la reforma de un numeral

de un artículo de un cuerpo legal, presenta una asimetría de propósitos que distorsiona el espíritu que impregna las facultades constitucionales de esta Magistratura.

3°. Que la Ley N° 20.084 fue sometida al control de constitucionalidad de aquellos artículos que la Cámara de origen, en este caso la Honorable Cámara de Diputados, calificó como de rango orgánico constitucional y envió en consulta a esta Magistratura, según la práctica consolidada para ejecutar lo prescrito en el numeral 1° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, y resuelto en sentencia de fecha 11 de octubre de 2005, dictada en autos Rol N° 459. Por lo anterior, este Tribunal tampoco trató en esa oportunidad el total del cuerpo legal de autos con las consecuencias ya esbozadas respecto de apreciar la integral envergadura jurídico-constitucional de las materias en él incluidas.

4°. Que la norma constitucional que se ha invocado para presentar el requerimiento de autos, el número 3° del artículo 93 de la Carta, establece que es atribución del Tribunal Constitucional "Resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso". La práctica ha entendido que la expresión "cuestiones de constitucionalidad" respecto de los proyectos de ley consiste en la norma sobre la cual recae una controversia entre los parlamentarios y que un grupo de ellos constitucionalmente respaldado trae al conocimiento del Tribunal. Pero ello no excluye que sea esta Magistratura la que determine la amplitud que, dentro del proyecto legislativo de autos, estime necesario considerar para el debido tratamiento de la

cuestión constitucional controvertida. A juicio de este Ministro disidente, en la especie debe tomarse el total del proyecto de ley para pronunciarse con la integridad de los elementos sobre los tres extremos que el requerimiento plantea.

5°. Que tampoco es taxativa la autolimitación que el fallo impone al Tribunal al sostener que, siendo de resorte exclusivo del legislador la determinación de las penas, así como la fijación de las modalidades de su cumplimiento, esta Magistratura está inhibida de pronunciarse invadiendo tales esferas. Lo sería si como "legislador" se entendiera sólo a los órganos en los cuales recae la iniciativa de ley, esto es el Presidente de la República y el Congreso Nacional; pero no es taxativa si por "legislador" se entiende de un modo amplio a todo actor institucional partícipe del proceso de formación y despacho de la ley. En este sentido, esta Magistratura, llamada a intervenir con apego a sus competencias constitucionales, es claramente un órgano colegislador. En ese sentido se pronunció este Ministro disidente en un artículo especializado hace casi una década: "Las funciones de esta red de autonomías constitucionales han sido hasta ahora analizadas sólo teóricamente, pero ya se han podido apreciar algunas manifestaciones prácticas de su capacidad limitante, como la incidencia que ha tenido el Tribunal Constitucional en el proceso legislativo" (Mario Fernández Baeza: El Sistema Político Chileno: Características y Tendencias, en: C. Tolosa y E. Lahera (eds.): Chile en los Noventa, Ed. Dolmen, Santiago de Chile, 1998, p.43).

6°. Que consecuentemente con el enfoque restrictivo con que el fallo se ha dictado, este Ministro disiente de él, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión requerida.

Redactó la sentencia la Ministra señora Marisol Peña Torres y la prevención y disidencias, sus autores.

Comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 786-2007.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, don Juan Colombo Campbell, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.