



LA LEY DE
RESPONSABILIDAD
PENAL DE
ADOLESCENTES
DENTRO DE LAS
TRANSFORMACIONES
DE LARGO PLAZO EN
EL ÁMBITO DEL
CONTROL SOCIAL
PUNITIVO

Julio Cortés Morales¹.

Resumen

El siguiente texto trata de analizar los cambios que implican la aprobación y entrada en aplicación de la Ley 20.084. Estos cambios se refieren tanto a la manera en que se administra el sector del sistema penal aplicable a los adolescentes (dimensión operativa/instrumental) como a las representaciones sociales dominantes sobre la delincuencia y la adolescencia (dimensión discursiva/simbólica), y son analizados desde el punto de vista de las transformaciones históricas que a largo plazo han experimentado en Chile las distintas formas de control social punitivo de la infancia y adolescencia. Además, se incluyen en el texto algunas propuestas de discusión y acción que tienen por objetivo potenciar la aplicación de un genuino sistema de derecho penal juvenil, superando así la tendencia a seguir aplicando a los adolescentes una versión actualizada de la mezcla entre derecho tutelar y penal de adultos que se usó a lo largo del siglo XX. Además se formulan algunas propuestas para la discusión y la acción.

1 Abogado, Jefe de la Unidad Jurídica de Corporación Opción, profesor de Criminología en la Escuela de Derecho y de Derecho Internacional Público en la Escuela de Sociología de Universidad ARCIS. Correo electrónico: jcortes@opcion.cl



Palabras claves

Ley Penal adolescente; justicia juvenil; control social punitivo de infancia; derecho penal juvenil.

Abstract

This article attempts to analyze the changes implied in the approval and application to the law 20.084. These changes refer to the features of juvenile justice system management (operative/instrumental dimension) as dominant social representations (discourse/symbolic dimension). The core category to understand these changes is the social punitive control applied to children and adolescents. According to the author's point of view, the Chilean legislation might have applied a social punitive control along 20th century, which is a mixture between the tutelary system and the adult criminal law. This legislation has been updated in a particular version in each moment of change. In addition, the reflection includes some proposals for discussion and action. Both have the objective to encourage the development of genuine juvenile criminal law system, and at the same time invite to get over the law trend applied to children and teenagers in the last century.

Key Words

Juvenile Criminal Law; Juvenile Criminal Justice; Punitive social control for childhood; Juvenile Criminal Law.

I. Las distintas formas de control social punitivo dirigida a los "menores de edad" en Chile

Para comprender los cambios que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante, la LRPA) ha introducido en el ámbito del control social punitivo de la infancia y adolescencia en Chile, debemos partir por definir dicho segmento del control, identificar las distintas formas concretas en que se ha expresado históricamente, y situar esta última transformación en la perspectiva de las variaciones en el largo plazo.

Por control social, en sentido amplio, nos referimos a todos los mecanismos a través de los cuales un determinado orden social produce consenso y define y reprime el disenso. Es decir, se incluye aquí lo que tradicionalmente se ha denominado como control social activo (el que se usa para producir un comportamiento) y el reactivo (que reprime la "desviación")².

De acuerdo a De Giorgi, el control social se manifiesta también como "el proceso histórico de construcción de la relación entre poder y desviación". En esta relación encontramos varios poderes complementarios: "Poder de definir las normas y de etiquetar a quien de ellas se desvía, poder de inducir a conformidad y de reprimir la disconformidad, poder de trazar la diferencia entre lo normal y lo patológico, poder de corregir castigando y de castigar corrigiendo" (De Giorgi, 2005, p. 38)³.

59

Este control se efectúa hoy en día mediante un complejo proceso de definiciones y de aplicación concreta de las mismas, para cuya comprensión debemos ir mucho más allá del análisis del clásico aparato represivo del Estado, para incluir también los procesos de socialización, el sistema educativo, la "industria cultural" (Adorno/Horkheimer), los medios informativos, la psicología de masas, la "hegemonía" (Gramsci)⁴ y todo aquel grupo de fenómenos que Althusser llamaba "aparatos Ideológicos de Estado"⁵. Por ello, además de la dimensión activa

2 Sobre esta distinción, ver Melossi (1992).

3 Es fácil observar que, en cada uno de estos niveles, el poder es a la vez positivo y negativo, activo y reactivo, pues define y redefine constantemente un límite entre lo "normal" y lo "desviado", lo que se puede y no se puede hacer, y al seleccionar ciertos sujetos y/o comportamientos para ser reprimidos, está validando el ámbito de sujetos e interacciones que quedan fuera de dicha definición negativa. Mediante esta definición doble, es que el poder afirma y preserva un determinado orden social.

4 La hegemonía -categoría clave de la obra de Gramsci- se refiere a "las formas en que un poder gobernante gana el consentimiento de aquellos a quienes sojuzga; si bien es cierto que ocasionalmente (Gramsci) utiliza este término tanto para consentimiento como para coacción" (Eagleton, 2003, p. 218).

5 En su clásico texto "Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado", escrito hacia 1970, Althusser distingue el "aparato represivo de Estado" de los "aparatos ideológicos de Estado" (AIE). Estos últimos corresponden a "cierto número de realidades que se presentan al observador inmediato bajo la forma de instituciones distintas y especializadas". Althusser señala una "lista empírica" que incluye AIE religiosos, AIE escolar, AIE familiar, AIE jurídico, AIE político, AIE sindical, AIE de información, AIE cultural. Mientras el aparato represivo del Estado es uno solo, y es público, existe una pluralidad de AIE, y la mayor parte de ellos proviene del dominio privado. La diferencia esencial consiste en que "el aparato represivo de Estado 'funciona mediante la violencia', en tanto que los AIE funcionan mediante la ideología". En otra parte de su escrito Althusser explica que: 1.- "la ideología representa la relación imaginaria de los individuos con sus condiciones reales de existencia", y 2.- "la ideología tiene una existencia material". Además, Althusser señala que todo AIE contiene -al menos en germen- un pequeño aparato represivo, que puede aplicar en caso de necesidad. (Althusser, 2003, p.125 y ss.).



y la reactiva, un concepto amplio de control social debe incluir tanto a su segmento más formal o institucionalizado como a aquellas formas difusas o informales que operan de manera disimulada o invisible (en el sentido de que no son percibidas generalmente como ejercicio de control social): el llamado "control social difuso"⁶.

Dentro de ese amplio universo de formas sucesivas y/o simultáneas de control social que se manifiestan históricamente, al segmento que aplica el poder castigador/correctivo, la represión física directa, lo llamamos "control social punitivo". Pero incluso al hacer esta precisión, al agregar el apellido "punitivo" para delimitar ciertas zonas del control social, es conveniente optar por un uso amplio del concepto y relacionarlo no sólo con el clásico aparato represivo estatal, sino que con las distintas formas materiales de castigo/corrección que se presentan ante nuestra observación. Las mismas que de acuerdo a Zaffaroni comprenderían también formas de control punitivo que complementan al sistema penal propiamente tal para configurar formas alternativas de sistema penal o subsistemas penales paralelos⁷.

La ventaja del concepto de control social punitivo (inclusivo del control difuso y el formal, de las formas activas y reactivas) es que, al apuntar a los elementos materiales de la punición o castigo, revela la existencia fáctica de un entramado de formas diversas y más o menos flexibles de penalidad a la que nuestras sociedades recurren, configurando un sistema mucho más complejo que el del control penal más clásico.

- 6 En fuerte sintonía con lo señalado en la nota anterior, Zaffaroni nos dice que "por ejemplo, los medios de comunicación de masas inducen patrones de conducta sin que la población, en general, perciba eso como 'control social', y sí como formas de recreación. Cualquier institución social tiene una parte de control social que es inherente a su esencia, aunque también pueda ser instrumentalizada mucho más allá de lo que corresponde a esa esencia. El control social se ejerce, pues, a través de la familia, de la educación, la medicina, la religión, los partidos políticos, los medios masivos, la actividad artística, la investigación científica, etc." (Zaffaroni/Pierangeli, 1999, p.61. Traducción propia).
- 7 Para Zaffaroni el "sistema penal" consiste en el "control social punitivo institucionalizado", y cuando esa institucionalización reconoce abiertamente su carácter punitivo, entonces estamos frente al "sistema penal propiamente tal" (integrado por leyes penales, tribunales del crimen, policía, cárceles, etc.). Cuando lo que materialmente es punitivo se legitima acudiendo a otros discursos, por ejemplo con pretexto terapéutico (como en el caso del sistema de las internaciones psiquiátricas) o tutelar (como en el caso de las distintas formas tradicionales de control de la infancia que niegan formalmente su dimensión punitiva), estamos frente a sistemas penales "paralelos". En la misma zona del control ubica Zaffaroni las internaciones de personas ancianas, que de tal forma son sancionadas encubiertamente por haber dejado de ser "productivas" para la economía.

Luego de estas aclaraciones conceptuales, cabe referirse a las formas sucesivas y/o simultáneas de control social punitivo que se ha aplicado a los niños y adolescentes en Chile, dentro de las que la LRPA es la expresión más reciente. Si trazamos una línea de tiempo a través de nuestros dos siglos de vida republicana, podemos constatar que se han aplicado las siguientes formas de control social punitivo a los menores de edad:

1. Derecho Penal de Adultos: el mismo derecho penal de los adultos se aplica a los menores de edad, cuando se considera que éstos han actuado con cierto nivel de discernimiento. Durante el siglo XIX, el artículo 10 del Código Penal define como "inimputables" a los menores de 10 años, mientras que la existencia declarada de discernimiento convierte a los mayores de 10 y menores de 16 en imputables de acuerdo al sistema penal de adultos⁸. La sanción a aplicar en caso de condena es siempre sustantivamente inferior a la del adulto⁹, razón por la cual en concreto esta forma de punición constituye un sistema de derecho penal de adultos atenuado. Esta responsabilidad penal atenuada beneficia en esa época también a los mayores de 16 y menores de 18 años.
2. Poder Penal Doméstico¹⁰: El Estado reconoce y/o entrega al padre facultades directas de corrección y castigo de los hijos, así como la posibilidad que éste acuda a un juez para que se disponga el arresto de su hijo cuando lo anterior "no alcanzare"¹¹.

Estas dos formas coexistentes y complementarias de control provienen de antes de la regulación legal propia que la República, se da en la segunda mitad del siglo XIX (y en general están basadas en las codificaciones que se estaban produciendo en el Derecho europeo de la época), pero quedan consagradas legalmente en su forma moderna en el Código Civil de 1855 y el Código Penal

- 8 En el Código Civil (1855) también se empleaba la figura del discernimiento, que declarado por el juez hacía responsable de su delito o cuasidelito al menor de 16 años.
- 9 En el Código Penal de 1874 esta rebaja era de uno, dos y hasta tres grados a partir del mínimo asignado por la ley para el delito en caso de que lo cometiera un adulto.
- 10 La expresión es de Jaime Couso (2003).
- 11 Ambos aspectos de este poder penal (el que se ejerce en el ámbito privado y el que consiste en acudir al Estado para solicitar un refuerzo punitivo) estaban consagrados en el artículo 233 del Código Civil de 1855: "El padre tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos i cuando esto no alcanzare podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. Bastará al efecto la demanda del padre i el juez, en virtud de ella expedirá la orden de arresto. Pero si el hijo hubiere cumplido diez i seis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos y podrá estenderlos hasta por seis meses a lo más. El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto" (citado por Couso, 2003, p.4).



de 1874. Mientras la primera consiste en el contacto directo entre la infancia y el aparato represivo del Estado (el "sistema penal propiamente tal"), la segunda es más híbrida y difícil de clasificar: está en principio entregada al ámbito privado, pero se autoriza el desplazamiento hacia el castigo estatal directo, sin desconocer que quien decide la aplicación del castigo sigue siendo en principio el padre, configurando así una zona difusa en los límites del sistema penal y el aparato ideológico de Estado familiar (uno de los principales aparatos ideológicos del Estado que Althusser menciona dentro de su amplio listado empírico, cuyo mini-aparato represivo propio es reconocido y validado directamente por nuestras leyes).

3. Derecho Tutelar de Menores: Se trata de la expresión local del movimiento de los "salvadores del niño", que comienza en Estados Unidos a fines del siglo XIX y que -bajo un discurso que daba primacía a las buenas intenciones humanitarias de protección de los "menores"- logra en las primeras décadas del siglo XX concretar, legal e institucionalmente el recetario de la criminología positivista, que buscaba dotar al sistema de control social de alternativas más "modernas" y "científicas" que el derecho penal clásico¹². Junto con el sistema de las internaciones psiquiátricas, el derecho tutelar de menores es uno de los sistemas penales paralelos por excelencia: la naturaleza penal de este sistema es negada formalmente y su funcionamiento represivo queda oculto bajo los velos ideológicos que le suministra una retórica legitimadora de corte "proteccional": en definitiva, lo que el poeta y niño-delincuente Jean Genet denominó muy sarcásticamente como "la crueldad en pantuflas".

12 El "positivismo" en general constituyó una fuerte reacción o respuesta ideológica al potencial crítico y negativo de la filosofía hegeliana en el siglo XIX, sobre todo en la reformulación profunda a que la sometieran Marx, Engels y otros hegelianos de izquierda. En la criminología, la escuela positiva italiana (Lombroso, Ferri y Garófalo) criticó a fines del siglo XIX el carácter "metafísico" del derecho penal moderno, y pretendió pasar a la fase "científica" de la disciplina, de acuerdo al modelo metodológico de las ciencias naturales. Así, los criminólogos positivistas se dedicaron a estudiar directamente a los sujetos criminalizados en cárceles, y se explicaron su actividad delictiva como una propensión biológica involuntaria, propia de todos los miembros de las "clases peligrosas". Como complemento al derecho penal clásico (criticado por lento, reactivo, y garantista) estimulaban la creación de "sustitutivos penales", el reemplazo de las categorías legales por la clasificación de los distintos tipos de criminales y sus niveles de peligrosidad, y el reemplazo de la pena (determinada) por el tratamiento (indeterminado). Estas ideas impregnaban la "Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Protección de Menores" presentado por el Ejecutivo el 4 de agosto de 1927: "El delito en el niño, mirándose como un sistema o consecuencia de su estado moral, no es castigado. Debe aplicársele un tratamiento médico y pedagógico, tratando de transformarlo en un elemento útil, y a la vez defender a la sociedad de él, conforme a su grado de temibilidad" (citado por Fuchslocher, 1983, p.154).

Decíamos que este mapa tiene un aspecto diacrónico, que nos permite entender en una línea de tiempo las distintas formas de control e ideologías legitimadoras del control que surgen en cada momento como necesidades en la preservación del orden social. En nuestro país, es posible detectar una particularidad en esta evolución que ha existido y subsiste expresada en una fuerte tendencia a la integración de todas las formas punitivas que surgen una tras otra pero que en vez de ser desplazadas por las formas nuevas, se van estructurando como mecanismos complementarios y simultáneos. Así, en un plano sincrónico estas distintas formas de control tienden a conformar un entramado complejo, donde cada una se encarga de administrar distintos aspectos de lo que se va definiendo sucesivamente como desviación, irregularidad, patología y/o delincuencia de los menores de edad.

63

Esto es lo que ocurrió en 1928 con nuestra primera Ley de Menores (Nº. 4.447), pues en vez de derogar el sistema anterior, se mantuvo tanto el derecho penal de adultos atenuado- como el poder penal doméstico¹³, incorporando esta tercera forma de control (Derecho Tutelar de Menores), y modificando las franjas de aplicación del discernimiento -institución que a partir de este momento pasa

- 13 Couso en su informe señala que el poder penal doméstico fue derogado en 1928 (Op. Cit., p. 4), pero al parecer se refiere tan sólo a la posibilidad contemplada en el antiguo artículo 233 del Código Civil de que el padre pueda "imponer la pena de detención", lo que a nuestro juicio constituye solamente uno de los aspectos del Poder Penal Doméstico. En tanto reconocimiento de la facultad de aplicación física de castigos por el padre este poder subsistió, al punto que a fines del siglo XX todavía se podían dar casos como el que relata esta sentencia: "Incorre en delito preterintencional el padre (natural) que, a pretexto de corregir a su hijo, le causa lesiones que concluyen por provocar la muerte de la víctima. No es posible hacer responsable del fatal resultado al reo como autor de parricidio, por cuanto no aparece que su obrar hubiera estado impulsado por el propósito de causar la muerte de su hijo, sino de corregirlo conforme a la facultad que le conceden los artículos 233 y 234 del Código Civil" (sentencia de la Corte de Apelaciones de PAC, 12 de Julio de 1984, citada en Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.142). Por otra parte, la posibilidad de que el padre acuda al Estado solicitando la internación del hijo no desapareció en 1928, sino que más bien fue reconfigurada. Así, la modificación del artículo 233 del Código Civil efectuada en 1928 contempla que el padre "cuando lo estimare necesario, podrá recurrir al tribunal de menores, a fin de que éste determine sobre la vida futura del menor por el tiempo que estime más conveniente, el que no podrá exceder el plazo que le falte para cumplir veinte años edad. Las resoluciones del Juez de Menores no podrán ser modificadas por la sola voluntad del padre". En la Ley de menores de 1967 (Nº 16.618), aún vigente pese a numerosas modificaciones, dicha figura aparecía incluida entre las competencias de los Jueces de Menores: "Resolver sobre la vida futura del menor en el caso del inciso 2º del artículo 233 del Código Civil" (artículo 26 Nº 7). El artículo 26, incluyendo el Nº 7, fue derogado el 2004 por la Ley 19.968, que creó los Tribunales de Familia. Entre las materias que a estos nuevos tribunales les corresponde conocer y resolver, el artículo 8 Nº 7 se refiere a "la vida futura del niño, niña o adolescente, en el caso inciso tercero del artículo 234 del Código Civil".



a funcionar como el mecanismo de selección en virtud del cual se elige a algunos niños de entre los mayores de 16 y menores de 20 para ser enviados al sistema penal de adultos-. Los menores de 16, así como los declarados sin discernimiento, pasaron a partir de ese momento a ser sometidos a la nueva forma de control que representaba el Derecho Tutelar de Menores. Luego de tres décadas de aplicación de este sistema, las franjas de edad se modificaron de nuevo, mediante la Ley 11.183 de 1953, y a partir de ahí el discernimiento pasó a aplicarse a los mayores de 16 y menores de 18¹⁴.

4. Derecho Penal Juvenil¹⁵: Luego de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, "CDN") por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 –que fuera ratificada por el Estado de Chile en 1990-, en el medio latinoamericano comenzó a abogarse por un sistema de "justicia de menores" o "justicia juvenil" basado en dicho tratado, el que en nuestro mapa histórico del control constituye la cuarta forma de control social punitivo de la infancia, y que, a contrario de la tendencia a la acumulación de las formas punitivas nuevas y antiguas, está llamado a derogar las formas previas señaladas en los puntos 1 a 3.

II. La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en perspectiva histórica: ¿Derecho Penal Juvenil?

La LRPA pretendía ser el inicio de la cuarta fase, aplicando este derecho penal juvenil como una forma de control que, a diferencia del derecho tutelar de menores, reconoce la naturaleza "penal" del conflicto planteado por la comisión de infracciones por adolescentes así como de la respuesta estatal al mismo, pero que, a diferencia del derecho penal de adultos atenuado, constituye un sistema penal específico, orientado por la CDN (principalmente sus artículos 37 y 40), con finalidades y formas de intervención muy diferentes a las del sistema penal de adultos.

- 14 Lo cual constituye una verdadera rebaja de la edad de imputabilidad penal. En su detallada revisión sobre la evolución de la consideración jurídica de la infancia en Chile, Cillero refiere que "esta ley fue el resultado en opinión de Labatut de un aumento de la 'delincuencia juvenil' y de los malos resultados del sistema de readaptación social. Se pretendió entonces con ella, aumentar el peso de la intimidación penal estableciendo como plenamente responsables y sin atenuante alguna a los mayores de dieciocho años" (Cillero, 1994, p.106).
- 15 Elegimos esta denominación en vez de Derecho Penal Adolescente por una razón superficial: que sus iniciales (DPJ) se distingan de las Derecho Penal Adulto (DPA), y también por otra más profunda: somos partidarios de ir elevando la edad tope del sistema de Derecho Penal Juvenil hasta los 24 años, tal como se explicará más adelante.

No nos extenderemos en explicar lo que a nivel de la doctrina se planteaban como las características centrales de este nuevo modelo. Al respecto en el continente se dijo y escribió bastante, y resulta suficiente con remitir al efecto al lector a la obra de autores como Emilio García Méndez y Mary Beloff en Argentina, Carlos Tiffer y Javier Llobet en Costa Rica, Carlos Gómes da Costa y Antonio Fernando Do Amaral e Silva en Brasil, y Miguel Cillero y Jaime Couso en el medio nacional.

Para ratificar que normativamente la obligación de los Estados Partes en la CDN consistía en derogar el derecho tutelar de menores y crear un sistema especial de derecho penal juvenil basta con señalar el artículo 40 de la CDN (que en su numeral 2 exige un conjunto de garantías mínimas que por definición estaban excluidas en los sistemas tutelares), y como un instrumento complementario mucho más reciente, la Observación General N°. 10 del Comité de Derechos del Niño¹⁶. En ambos instrumentos resulta muy claro que:

- las finalidades asignadas a los sistemas de justicia juvenil son “positivas” (promover la dignidad, el respeto por las libertades y derechos fundamentales de las personas, la reinserción y una función constructiva en la sociedad);
- a idea es usar al máximo los mecanismos alternativos que permitan interrumpir el circuito de la criminalización secundaria;
- que, dado que el derecho penal juvenil es un sistema especial, la diferencia más importante consiste en que debe usarse un nivel mucho menor de violencia represiva en relación al del Derecho Penal de Adultos, sobre todo en lo referente al uso de diversas formas de privación de libertad, la que debe restringirse sustantivamente para invertir la regla general, de manera que en el grueso de los casos se reaccione sólo con medidas ambulatorias;
- y, que la obligación de los Estados no se agota en la creación de sistemas de justicia juvenil, sino que se debe estructurar una política criminal seria y científica para este segmento, con énfasis en lo preventivo, en la derivación a instancias externas al sistema penal y en el uso de estrategias que mediante una serie de políticas y medidas puedan incidir efectivamente en la reducción de la violencia social.

La comparación de los estándares emanados de estos cuerpos de origen supranacional con el contenido de la LRPA nos deja una gran

16 CRC/C/GC/10:
http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc



interrogante. En efecto, el sistema creado por la LRPA es en cierta forma un sistema penal especial, pero a la vez reposa tan fuertemente sobre el sistema penal de adultos que no parece claro que efectivamente se trate de Derecho Penal Juvenil, sino que existe la sospecha de que es más bien una nueva forma de remisión al Derecho Penal de Adultos, con algunas modificaciones que dicen relación con el procedimiento y sobre todo con los tipos de penas o sanciones, su forma de determinación, y los derechos y garantías de la fase de ejecución de las mismas.

Dejando de lado esas diferencias, el nuevo sistema aplicable a los adolescentes infractores está entregado a los mismos órganos de la justicia penal de adultos (jueces, fiscales, defensores y policías que de acuerdo a la LRPA cumplen el requisito de especialización mediante capacitaciones en materias ligadas a esa ley), el catálogo infraccional se remite a las definiciones "adultas" de crímenes, simples delitos y faltas (unas cuantas faltas quedan en este sistema, cuando son cometidas por adolescentes de a lo menos 16 años; las demás no fueron despenalizadas, sino que quedan entregadas a la competencia sancionatoria de los Tribunales de Familia), las normas de procedimiento se remiten ampliamente al Código Procesal Penal, y el mecanismo de determinación de sanciones aplicables se basa fuertemente en el Código Penal.

A modo de síntesis algo ambivalente, podríamos decir que la LRPA crea formalmente un sistema especial -pero no autónomo- de Derecho Penal aplicable a adolescentes, que en gran medida se remite a efectos de contenidos reales a las leyes penales y procesales penales aplicables a los adultos. De esta forma, el nuevo sistema está materialmente diseñado casi con papel calco sobre el sistema penal de adultos¹⁷. Esta estructura genera -ya desde el texto y el espíritu de la Ley- una tensión entre las formas 1 y 4 de nuestro mapa (derecho penal de adultos atenuado y derecho penal juvenil), que no se resolverá ahora ni discursivamente, sino que a mediano plazo y en la práctica (que es el terreno donde se reproduce a diario esta tensión que originariamente se expresa en el plano legal).

17 Confirmando este diagnóstico, la Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse a poco tiempo de la entrada en aplicación del nuevo sistema en el siguiente sentido: "A mayor abundamiento, no puede olvidarse que la Ley Nº 20.084, no crea una suerte de texto penal de los adolescentes, salvo en asuntos muy acotados; al contrario, rige plenamente el estatuto penal de los adultos y la normativa de los adolescentes no cambia ni muta sus penas, ni sus delitos, ni su forma de participación, ni su desarrollo, lo que hace es construir un marco legal cuyo objeto es morigerar las sanciones generales, no sustituirlas; para luego proceder a efectuar la conversión en relación con la naturaleza de la pena correspondiente a cada caso, pero siempre sujeto a ese contenido mayor que no ha dejado de regir" (Segunda sala de la Corte Suprema, sentencia de 21 de agosto de 2007, Rol Nº 3498-07. El subrayado es nuestro).

Siendo más precisos, hay que señalar que en la aplicación práctica de este nuevo sistema la tensión se da no sólo entre esas dos formas de derecho penal -y por ende, entre dos formas de "sistema penal propiamente tal" (o "control social institucionalizado formalmente como punitivo")-, sino que se presentan también resabios o subsistencias tutelares que, lejos de quedar absolutamente desplazadas, presionan por redefinirse tras esta nueva gran reconfiguración del sistema de control social punitivo aplicable a los niños, y tienden a ser utilizadas de dos maneras principales en este nuevo contexto: -como criterio de diferenciación práctica con el sistema adulto, -y, al mismo tiempo, como sustento de una operatoria que permite concentrar selectivamente el sistema en ciertos sujetos y no en otros.

En el primer sentido, pareciera que la tendencia dominante consiste en aplicar automáticamente el sistema legalmente definido, importando el grueso de los criterios y figuras desde el derecho penal de adultos, pero sometiéndolos luego a un pequeño ajuste, en virtud del cual se tiene en cuenta que están siendo aplicadas a "menores de edad", que de tener alguna necesidad "especial" tendrían por sobre todo la necesidad de ser "tutelados" de alguna forma. Un ejemplo muy claro de esto se vive actualmente en la realidad del contacto inicial con el sistema penal, mediante la detención policial: pese a que legalmente ya no tiene sustento alguno la práctica de exigir la presencia de los padres para que los imputados por delitos leves¹⁸ sean puestos en libertad desde un recinto policial¹⁹, en la práctica de la contención represiva de la protesta estudiantil se ha seguido utilizando la práctica de la entrega a los padres, que redundan en mayores tiempos de detención que los que sufren habitualmente los adultos por ese mismo tipo de conductas. Mediante este mecanismo, la autonomía de que gozan en principio las personas desde los 14 años de edad desde la LRPA, se relativiza o restringe a efectos prácticos, recurriendo a argumentos típicos del modelo tutelar y de la antigua doctrina del "menor en situación irregular": el adolescente es casi adulto a efectos de ser detenido, pero vuelve a ser tratado como un niño incapaz a la hora de ser puesto en libertad.

18 Los casos en que de acuerdo al artículo 124 del CPP sólo procede la citación.

19 Dicha práctica se fundaba en el antiguo texto del artículo 16 de la Ley 16.618, que ya había sido modificada en ese punto por el artículo 37 de la Ley 19.806, en el año 2002. Posteriormente, el artículo 63 letra a) de la Ley 20.084 derogó definitivamente el artículo 16 de la Ley de Menores.



Complementando ese primer sentido, lo tutelar vuelve a reflotar dentro del nuevo sistema cuando se trata de usar criterios que permitan seleccionar la clientela sobre la cual se van a concentrar las formas más intensas de intervención. El ejemplo más claro de esta dinámica se encuentra expresado por escrito en el Instructivo Nº 8 del Ministerio Público sobre la LRPA²⁰, que se refiere a orientaciones para la determinación de penas de adolescentes. Allí se señala dentro de los criterios a utilizar, la atención a circunstancias tales como la "vida de calle"²¹, "situación educacional"²², estructura familiar²³, e incluso la "actitud ante la autoridad"²⁴: de este modo la vieja escisión entre "niños" y "menores" sigue reproduciéndose, ahora al interior del nuevo sistema.

El peso de la historia y las tendencias que a la largo del tiempo ha ido mostrando el sistema de control social punitivo de la infancia ha puesto por ahora en primer plano la segunda tensión que acabamos de describir: aplicación de un híbrido penal de adultos/tutelar en que el primer elemento sirve para justificar la necesidad de castigar, de "responsabilizar", y lo tutelar suministra los criterios de selección de individuos criminalizables, detección de necesidades de rehabilitación, salida del sistema de casos menos necesitados de "protección", etc. Por supuesto, esta no es la única alternativa posible: la LRPA mantiene todavía en su cuerpo una serie de principios y normas que efectivamente emanan de fases de su trami-

20 Oficio del Fiscal Nacional Nº 594, de 2 de mayo de 2007.

21 "Los informes que den cuenta de que el adolescente condenado por delitos que merecen internación en régimen cerrado, semi-cerrado o libertad asistida en cualquiera de sus formas, invierte parte importante de su tiempo de permanencia en la calle desarrollando actividades asociadas al abuso de drogas, riñas, comercio sexual u otras circunstancias similares, pueden constituir indicios de mayores niveles de dificultad para el éxito de una pena no privativa de libertad" (Oficio Nº 594, p. 7).

22 "La deserción del sistema escolar suele ser uno de los primeros síntomas de quiebre con la comunidad como institución. Múltiples estudios han señalado que la actividad delictual juvenil correlaciona positivamente con la deserción escolar. De este modo, siempre será conveniente mantener al adolescente inserto en el sistema escolar, de modo que si el joven condenado concurre al sistema educativo formal, el fiscal procurará promover sanciones que no alteren esta pertenencia" (ídem).

23 "...Si el informe revela que el adolescente cuenta con una configuración familiar estable, que usa un estilo participativo de comunicación, pautas de crianza explícitas y la presencia de adultos responsables, puede considerarse que existen mayores probabilidades de obtener exitosamente los objetivos socioeducativos de una sanción no privativa de libertad" (p.5).

24 "Por último, cabe hacer mención específica sobre la actitud que se observe en el adolescente infractor frente a la autoridad durante la entrevista. Ello debiera importar información relevante para el fiscal en cuanto a considerar o descartar sanciones de libertad asistida, dado que el trabajo que desempeña el delegado la pena de libertad asistida es tanto más útil y eficaz cuanto mayor es la receptividad del adolescente destinatario de la intervención penal" (p.8).

tación en que se afirmó con fuerza un modelo de genuino Derecho Penal Juvenil. Pero el Derecho Penal Juvenil es una idea nueva y bastante poco conocida en este escenario. Por eso es que, para poder hacer que este nuevo modelo desplace tanto al Derecho Penal de Adultos como a los resabios del sistema e ideología tutelar, se impone como una tarea consciente y articulada ir definiendo y potenciando un programa que apunte decididamente en dicho sentido. Esta labor, verdaderamente ardua y contra-hegemónica, requiere entre otras cosas de lecturas que integren estas normas nacionales con las de la CDN y otros instrumentos internacionales pertinentes, y que tengan la capacidad operativa de ser aplicables por los distintos actores del sistema. De lo contrario, las tendencias que inercialmente se imponen seguirán reproduciendo la tendencia al híbrido penal/tutelar en todos los niveles y el país seguirá en deuda respecto a las obligaciones internacionales que ha suscrito en materia de derechos de niños y adolescentes.

69

Una muestra clara de estas tendencias y de la labor que se nos impone la encontramos si analizamos críticamente el uso mayoritario que se hace de los dos conceptos que discursivamente se han afirmado como centrales del nuevo sistema (responsabilización y reinserción social):

Las palabras que expresan los objetivos centrales perseguidos por el Estado con la LRPA son dos: "responsabilización" y "reinserción". Cuando el Tribunal Constitucional resolvió sobre el requerimiento de inconstitucionalidad de la "indicación Larraín" (que establece una especie de pena única en el tramo superior del artículo 23, pues en esos casos –es decir, cuando la regla de la "extensión" arroje una sanción de 5 años y 1 día hacia arriba- el juez ya no podrá optar por aplicar internación cerrada o semicerrada sino que deberá obligatoriamente imponer primero 2 años de internación en régimen cerrado), tuvo en cuenta que tanto la Ley 20.084 como el proyecto modificador enviado por el Gobierno y esta indicación surgida al tramitar dicho proyecto tenían todas el mismo objeto: responsabilizar y reinsertar a los adolescentes. Así, en el considerando 13º del fallo se señala que la indicación impugnada "tendió a concederle al juez la sola posibilidad de imponer al adolescente (...) la pena de internación en régimen cerrado (...) al menos durante los dos primeros años", y que esto "apunta a permitirle evaluar si, realmente, se han cumplido los fines de responsabilización y reinserción social antes de decidir su sustitución por el régimen (...) semicerrado". En el considerando 28º se dice que "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", y que esta legislación "sin duda" ha tenido en cuenta el artículo 37 letra b) de la



CDN, que "no prohíbe la privación de libertad de 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 que proceda, a juicio del mismo legislador".

En nuestro contexto, la "responsabilización" ha sido entendida sencillamente como una especie de retribución, es decir, como la necesidad de que el adolescente "responda" por la infracción cometida (a diferencia de la "impunidad" atribuida a la respuesta tutelar). Pero dado que se trata de adolescentes, para que dicha responsabilización tenga en cuenta el que no son adultos sino personas en formación, se le agrega la noción de la "reinserción", entendida muy vagamente como la necesidad de que se trabajen ciertos problemas adicionales del adolescente, generalmente por considerarse que los "adolescentes infractores" suelen ser sujetos desequilibrados, pobres, con serios problemas de adaptación y todo un historial de carencias y vulneraciones que, curiosamente, podrían ser tratadas o sanadas mediante la acción del sistema penal.

Para empezar a revertir dichas interpretaciones hegemónicas, debería señalarse que la "responsabilización" puede también ser entendida en sentido inverso, refiriéndola al examen de lo que la sociedad y el Estado han efectivamente garantizado a los niños y adolescentes en cuanto a derechos y dignidad humana básica, como para poder reprocharlos penalmente exigiéndoles un comportamiento acorde a la Ley. Esta reconceptualización plantea dos temas muy relevantes: el primero es que debe señalarse con claridad que el Estado al crear esta Ley no cumplió cabalmente sus compromisos internacionales en materia de infancia, y ni siquiera ha cumplido con las reformas a la legislación, políticas e institucionalidad de infancia anunciadas en el 2001 como un plan para toda la década. De tal manera, toda la pretensión de responsabilizar penalmente a los adolescentes está viciada desde el inicio por esta "irresponsabilidad" estatal. En segundo lugar, la configuración de una forma de sistema penal que no se ajusta a los estándares internacionales de justicia juvenil, y que aplica a los adolescentes casi el mismo sistema penal que a los adultos, pone en el orden del día la revisión de los niveles de autonomía que se les reconoce a otros efectos (la edad para votar y ser elegidos, la edad para poder tomar decisiones sobre el uso del propio cuerpo, la edad para decidir trabajar, etc.).

Sobre la (re)inserción social se ha discutido bastante a lo largo del siglo XX. Aquí el principal problema a enfrentar es que mayoritariamente el concepto ha servido para justificar que el sistema penal se concentre siempre en los sujetos más marginales, con el pretexto

de que la pena es además un tratamiento. Así, la retórica rehabilitadora es funcional a que el sistema penal asuma un claro sesgo de clase, dejando de intervenir sobre sujetos en los que no se percibe esta necesidad de tratamiento. Por otra parte, y he aquí lo complejo del asunto, si se abandona totalmente la idea de (re)inserción, lo más probable es que se tienda a asimilar totalmente el sistema penal adolescente con el sistema penal de adultos. De esta forma, resulta necesario plantear adecuadamente el problema, atacando los estereotipos que vinculan exclusivamente la delincuencia con la pobreza y/o la enfermedad, además de definir bien cuales son los posibles elementos "positivos" de la intervención con adolescentes desde el sistema penal, y construirlos desde la perspectiva del derecho al tratamiento y no como una obligación adicional a la pena. (Cortés, 2008, p. 138/139).

71

Como se ve, es necesario trabajar intensamente y de forma colectiva sobre estos conceptos centrales. Lo que se propone básicamente es realizar: una revisión amplia de la literatura criminológica/penal sobre ambos temas; identificar con precisión las formas en que se entienden y aplican ambos conceptos en los distintos segmentos y actores del sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (jueces, fiscales, defensores, educadores, delegados de libertad asistida, etc.), y también externamente (medios de comunicación, lenguaje común, legisladores, etc.) Luego de eso, habría que conceptualizar versiones alternativas al uso mayoritario, pasando del plano teórico al operativo, para dotar a ambos conceptos de un contenido que permita diseñar e implementar un sistema de Derecho Penal Juvenil que se ajuste efectivamente al nuevo *modelo, dejando atrás las formas previas de control social punitivo de la infancia/adolescencia*²⁵.

III. ¿Qué hacer?: algunas propuestas en torno a la dimensión instrumental/operativa de la aplicación de la LRPA

Hasta aquí nos hemos estado refiriendo a la dimensión "instrumental/operativa" de la LRPA, es decir, todo el plano que dice relación con "las finalidades materiales que se pueden atribuir a un sistema punitivo en un contexto histórico y socialmente definido" o, dicho de otra forma,

25 Me refiero aquí a las dos formas más abiertamente "penales" (estatales) de control social punitivo. Por su parte, el Poder Penal Doméstico (que ha subsistido a una reforma de 1989, donde se le concedió democráticamente dicha facultad de castigo moderado a ambos "padres", y a otro de 1998, donde se eliminó la palabra "castigo" pero se mantuvo el poder de corrección) está en vías de ser nuevamente reformulado, mediante una reforma al artículo 234 del Código Civil que, a sugerencia de las últimas recomendaciones generales sobre Chile del Comité de Derechos del Niño, hace al fin explícita la prohibición del castigo físico.



“aquellos objetivos cuya persecución predefine los criterios de organización y de gestión de las estructuras y de las instituciones del control social” (De Giorgi, 2005, p.136). Dentro de este aspecto proponemos una especie de “programa mínimo” que, al igual que la discusión conceptual recién señalada tiende a concretar efectivamente el paso de los modelos 1 y 3 (Derecho Penal de Adultos -Atenuado- y Derecho Tutelar de Menores) al 4 (Derecho Penal Juvenil). Como se trata de un programa mínimo, en el corto y mediano plazo no está contemplado sugerir reformas legislativas al sistema de RPA, sino más bien actuar sobre aspectos operativos de la aplicación del sistema tal cual está diseñado. Sin embargo, esto no obsta a que se desarrolle y difunda una crítica general que apunte precisamente a señalar los aspectos en que el sistema creado se aparta del “deber-ser” normativo que emana tanto de la Convención de los Derechos del Niño, CDN, como de los principios asociados a un auténtico Derecho Penal Juvenil, y que pudiera llevar a proponer en el largo plazo modificaciones legales importantes.

Estos aspectos internos al sistema son principalmente los siguientes:

- Necesidad de construir instrumentos que permitan medir el nivel represivo del nuevo sistema, y compararlo con la fase anterior.
- Contención de la violencia punitiva estatal a través de la reducción del uso (hasta ahora excesivo) de la Internación Provisoria.
- Contención de la violencia punitiva estatal a través de la construcción de criterios lo más garantistas (y no-discriminatorios) que sea posible para la determinación de sanciones.
- Identificar y criticar el uso de criterios típicamente “tutelares” en la aplicación de la LRPA.
- Identificar las causas de la subutilización de la sanción de internación en Régimen Semi-Cerrado, y potenciar la idea de que si en Derecho Penal Juvenil las medidas ambulatorias deben ser la regla general y la privación de libertad debe ser la excepción, entonces en el plano de las formas de privación de libertad la regla general debe ser la semicerrada para que la cerrada sea efectivamente el último de los recursos.
- Condiciones de la privación de libertad (contrastarlas con CDN, Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos “Bulacio” y “Panchito López”...²⁶).
- Defender la no aplicabilidad en el sistema de RPA de las medidas que componen la “agenda corta anti-delinuencia”, así como la imposibilidad de seguir aplicando la Justicia Militar a los adolescentes.

26 Para un relato breve de los principales contenidos de las sentencias de la CIDH referentes a derechos del niño, remito a Cortés y Cortés (2007).

En definitiva, se trata de trabajar por la construcción de un sistema de Derecho Penal Juvenil de acuerdo con las orientaciones de los instrumentos internacionales y en particular de la Observación General Nº 10 del Comité de Derechos del Niño. Dentro de esta tarea, en el contexto del tema propuesto para la Cumbre Iberoamericana de este año en El Salvador ("Juventud y desarrollo") y dado que el 1º de marzo acaba de entrar en vigencia la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (que define como "jóvenes" a las personas de 15 a 24 años de edad), habría que pensar en la posibilidad de materializar una de las propuestas que hace el Comité en dicho documento, que consiste en la posibilidad de elevar el tope superior del sistema penal juvenil a una edad mayor que los 18 años²⁷.

Tal como se ha señalado en el documento de posición de Corporación Opción para esta XVIII Cumbre, creemos que "la vigencia simultánea de la CDN y la CIDJ podría servir para reforzar la protección jurídica e institucional del segmento 'adolescente' dentro del universo protegido por la CDN, y ensayar formas de continuidad en la protección de derechos para cuando ese grupo de personas cumpla 18 años y salga de su ámbito de aplicación (que es lo que hoy está sucediendo con los niños y niñas nacidos en los años de aprobación y ratificación de la CDN: 1989 y 1990), para gozar de la especificidad de los derechos humanos que se le reconocen por 6 años más en tanto 'jóvenes'".

73



27 El Comité "observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción" (2007, Párrafo 38).



En el plano penal, entonces, proponemos que la edad superior de los sistemas de Derecho Penal Juvenil se fije a los 24 años. Sólo después de eso la persona pasaría a ser juzgada en el Derecho Penal de Adultos.

IV. Aspectos discursivos y simbólicos: imágenes de la delincuencia juvenil

Ahora, corresponde pasar al segundo nivel de análisis en las transformaciones del sistema punitivo que representa la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, LRPA, dimensión que hemos denominado "discursiva/simbólica". Si en el nivel de análisis anterior nos preocupaba lo que podríamos denominar como la "infraestructura" del sistema punitivo (es decir, sus relaciones materiales, las prácticas punitivas concretas), en este otro nos centramos en "los universos políticos de discurso a través de los cuales determinadas prácticas punitivas son legitimadas mediante una representación que las sitúa como una superación positiva de otras prácticas, a fin de producir un consenso social frente a las mismas" (De Giorgi, 2005, p. 137). Se trataría entonces del nivel "superestructural" que hace posible tanto el funcionamiento general de los sistemas de control social, como la legitimación de las transformaciones de un sistema punitivo a otro.

Si nos quedamos con la definición de De Giorgi, esta idea de un progreso lineal civilizatorio del sistema penal, de una "superación positiva de otras prácticas", y la trasladamos a nuestro objeto de análisis, podemos detectar que en la dimensión superestructural de esta reforma, la legitimación de la LRPA se asocia a la idea de que estaría "superando" el Derecho Tutelar de Menores, y el "paradigma tutelar" previo a la CDN. En efecto, tanto en el Mensaje presidencial del proyecto de ley como en las fases sucesivas de discusión, la idea de que en cualquier caso la reforma sería positiva pues lo "nuevo" venía a superar a lo "viejo" jugó un rol central. Dicha convicción permitió soportar el creciente proceso de endurecimiento y pérdida de especialidad del sistema que se estaba creando, que pese a ello salía siempre airoso en una comparación formal con el modelo penal/ tutelar basado en la Ley de Menores, el examen de discernimiento y el Código Penal.

Pero esta convicción progresista lineal coexistía con el segundo argumento central para la legitimación del cambio de modelo, también presente en el Mensaje presidencial, y que nos hablaba ya no de una inadecuación de nuestro derecho interno en relación a la Convención de Derechos del Niño, CDN, sino de la necesidad de dar señales claras de superación de la "impunidad" que se asociaba a dicho modelo. No obstante que existían argumentos para calificar al derecho tutelar de menores como un sistema penal encubierto, en el discurso público

prevaleció siempre la idea de que antes de la LRPA, sólo había reacción penal contra los adolescentes declarados con discernimiento y condenados en el Derecho Penal de Adultos.

Desde ambos frentes argumentales, que en la práctica eran complementarios, se fue construyendo tanto la deslegitimación del modelo previo, como la legitimación de la transformación representada por la LRPA. Así, ocurrió precisamente lo que nos enseña De Giorgi: "cuando las contradicciones internas de un 'modo de controlar' se profundizan hasta hacerse explosivas, sobreviene una superación: nuevas estrategias, nuevas técnicas, nuevas prácticas toman forma sobre las cenizas de las antiguas", pues "como el capital, también el control se desenvuelve históricamente según fases y ciclos. Y sigue la lógica de la superación de la contradicción" (De Giorgi, 2005, p. 37/38).

75

Lo interesante en este análisis es que la fe en el progreso lineal de los sistemas penales se revela como una verdadera coartada ideológica. En nuestro caso, como ya hemos señalado, el segundo argumento ("parar la 'impunidad' adolescente") pasó a ser preponderante sobre el primero (adecuar el ordenamiento jurídico interno a la CDN), y el instrumento penal que ha surgido luego de junio del 2008 ya no tiene mucho que ver con el originalmente elaborado y justificado "desde los derechos": es formalmente un derecho penal juvenil, pero





en continuidad y tremenda semejanza con la vía previa consistente en la aplicación a los adolescentes declarados con discernimiento de derecho penal de adultos atenuado⁻²⁸; se basa discursivamente en la CDN, pero a la vez se aparta de ella en varios puntos fundamentales (cuestión que ya había sido señalada por el Comité de Derechos del Niño en febrero del 2007²⁹); proclama que la privación de libertad es una medida de último recurso, pero la detención por flagrancia puede durar lo mismo que la detención de adultos (24 horas como tope máximo antes de ser puesto a disposición del juez de garantía), la internación provisoria procede en casos que finalmente no ameritan la aplicación de sanciones privativas de libertad, y éstas últimas pueden llegar a durar 5 años (para personas de 14 y 15) y 10 años (si se trata de adolescentes de 16 y 17 años), con un mínimo de 2 años de régimen cerrado en ciertos casos (innovación de última hora propuesta por el Senador Larraín).

28 Con una importante salvedad: existen fallos que fueron dictados luego de que la LRPA ya había sido promulgada y publicada, que tuvieron que compararla detalladamente con el régimen previo a efectos de determinar cual ley era más favorable -y por ende aplicable- en casos concretos, y en algunos de esos casos parecía que la opción del Derecho Penal de Adultos Atenuado aplicable a los adolescentes declarados con discernimiento era más benévola que el nuevo sistema. Como ejemplo, se puede citar el siguiente considerando:

8º Que, ahora, aplicado al caso concreto, con la legislación vigente, al imputado le correspondería un pena de 541 días a tres años de presidio menor en su grado medio, en cuyo caso cumple con los requisitos para concederle la remisión condicional de la pena, que consiste en la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo (art. 3, ley nº 20.084) debiendo cumplir las obligaciones indicadas en su artículo de la citada ley y Reglamento, quedando sujeto a cumplir residencia en un lugar determinado, sujeción al control administrativo y asistencia a la Sección de Tratamiento del Medio Libre de Gendarmería de Chile, ejercer un profesión u oficio en caso que carezca de medios conocidos y honestos de subsistencia y no sea estudiante y satisfacer las indemnizaciones civiles, costas y multas, salvo eximisión (sic). En cambio, con la nueva legislación, que le aplicó una sanción de tres años de libertad asistida, la que consiste en la sujeción del adolescente al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social. El control del delegado se ejercerá en base a las medidas de supervigilancia que sean aprobadas por el tribunal, que incluirán, en todo caso, la asistencia obligatoria del adolescente a encuentros periódicos previamente fijados con él mismo y a programas socioeducativos, los que deberán ser propuestos al tribunal. (art. 13 ley nº 20.084). De lo anterior cabe concluir que también es más beneficiosa al menor la normativa vigente, porque, con la medida alternativa no cumple la pena, se le suspende, de manera que dicha condena no se toma en cuenta para la reincidencia específica. Asimismo, las obligaciones impuestas para gozar de la remisión condicional son menores que las indicadas en la nueva legislación, que lo hace cumplir con los programas socioeducativos que considera la libertad asistida, bajo sanción de sustituírsele por una de mayor gravedad". (Corte de Apelaciones de Concepción, fallo del 27 de marzo de 2006, rol recurso 88/2006, resolución 9660)

29 CRC/C/CHL/CO/3 <http://daccess-ods.un.org/TMP/1745188.html>

Tal vez la señal más clara de disociación entre el fundamento "garantista" y de "derechos humanos de la infancia", y lo que se percibía como finalidad real del nuevo sistema se expresa en el hecho de que casi unánimemente los medios informativos y la opinión pública se han referido siempre a esta ley como la "rebaja de la edad penal", sin que la idea del Derecho Penal Juvenil -como una alternativa distinta a la penalización abierta y dura del Derecho Penal de Adultos y a la penalización encubierta del Derecho Tutelar de Menores- llegara nunca a tener un lugar real en el debate y las representaciones sociales.

Así, el predominio casi absoluto de las ideologías que fundamentan un endurecimiento del sistema punitivo (tolerancia cero, derecho penal del enemigo, la adolescencia como un grupo de riesgo, etc.) tiene la capacidad de subsumir cualquier otro enfoque más "moderado" o "garantista", con lo cual las alternativas se reducen y se entra a una fase que autores como Pilotti y García Méndez, entre otros, han calificado como "regresiva"³⁰, que usa a su favor una retórica de derechos mediante la cual fortalece distintos flancos de legitimación.

Esta "mezcla" de argumentos no es un accidente puntual. En el sistema actual de representaciones sobre lo que es la infancia, la adolescencia juega un papel crucial, puesto que a partir de cierta edad se produce una inversión dentro de los enfoques de derechos que han llegado ser dominantes luego de la CDN, en que la visión más compasiva sobre los problemas de la niñez cede paso a los clamores por aumentar los niveles de control social en general sobre los sujetos que ya se perciben como más grandes (por ende, menos necesitados de "protección"), más autónomos (y que por lo tanto ya no pueden ser vistos ni tratados como "inimputables") y peligrosos (con lo que se activa todo el tradicional sistema de creencias que dan base a la alarma social y a la necesidad de criminalización de los sectores que generan dicha alarma).

Bustelo ha analizado críticamente este fenómeno, cuando se refiere a los dos enfoques de infancia predominantes en nuestro medio, el de la "compasión" y el de la "inversión". El primero es el más tradicional, y constituye la versión actualizada del viejo enfoque "filantrópico", desde el cual se construye a los niños como "seres indefensos e inocentes que son objetivados a través de la práctica compasiva", mientras los

30 "La transformación del aspecto procesal de la administración de justicia juvenil sin la debida reconversión del componente rehabilitador, no es más que la dotación de mayor eficiencia represiva para el sistema a través del cual la sociedad ejerce control social sobre el segmento más joven de las "clases peligrosas" (Pilotti, 2001, p.78). Por su parte, García Méndez considera que luego de las leyes de emergencia para enfrentar fenómenos como las "maras" y el "pandillaje pernicioso", se ha entrado en una fase de "involución represiva discrecional" en la región (García, 2004, p.18 y ss.).



medios de comunicación se encargan de mostrar "situaciones y casos límite de abuso, trata y explotación", a la vez que promueven "situaciones de ayuda social 'meritoria' y personas supuestamente ejemplares con avisos y campañas publicitarias". Se apela preferentemente a la imagen del niño pobre, pero "lo fascinante es cómo se evade el problema de la redistribución de los ingresos y la riqueza", pues "se plantea ingenuamente que lo que les sobra a unos es exactamente lo que necesitan otros y que, por lo tanto, sería sólo suficiente poner en contacto al donante y al necesitado" (Bustelo, 2007, p. 39).

El segundo enfoque –que no es antagónico del primero, sino que más bien lo complementa– es "el de la infancia y la adolescencia como inversión económica que produce una determinada rentabilidad". La idea misma de "inversión" se explica para Bustelo como una "colonización conceptual del lenguaje expansivo de la economía profusamente propagado por los bancos internacionales". Se trata de "la lógica del capital, que ahora se hace 'humana'". Tanto la educación de los niños como los derechos se ven desplazados, o más bien, subsumidos por la lógica de la rentabilidad, y así se justifica "invertir" en la infancia sólo si es que ello redundará en una conveniente tasa de retorno (Bustelo, 2007, p. 45).

De acuerdo a Bustelo, ambos enfoques se agotan o revierten cuando los niños pasan a ser adolescentes y cometen delitos. En el primer caso, se convierte "la compasión en feroz represión", se devela el poder despótico que está tras este discurso, "pues el 'niño-amenaza' debe ser sometido y, a estos efectos, considerado adulto". El niño pasa "de 'protegido' a ser responsable", y se materializa a su respecto "el derecho a ser penalizado" (Ídem, p.44). En el enfoque de la inversión, ante la presencia de este mismo problema "los niños se salen del guión y, entonces, el enfoque los convierte en 'costos". Por ello en dicha visión se articula la inversión y la seguridad de manera que "la supuesta inversión educativa significaría, en realidad, el pago por la seguridad de no ser agredidos por los niños y adolescentes en un futuro próximo" (Ídem, p. 47).

V. ¿Qué hacer? Algunas propuestas y reivindicaciones externas al sistema penal juvenil

Para cerrar este artículo, procederemos a señalar aquí algunos aspectos más bien "externos" del programa mínimo que proponemos abordar.

Este nivel externo viene dado por todo aquello que la defectuosa o ambigua configuración del sistema de la Responsabilidad Penal Adolescente, RPA, deja planteado como exigencias de coherencia, en

cuanto al reconocimiento de mayores niveles de autonomía de los adolescentes en los demás aspectos de la vida individual y social.

A grandes rasgos, se trata de examinar los desajustes e incoherencias en la condición jurídica actual de la adolescencia, y proponer un diálogo abierto con los distintos sectores tanto sociales, políticos y académicos como de grupos de niños y adolescentes organizados que quieran debatir al respecto y articular demandas y movilización.

Las ideas base que sostienen la necesidad de trabajar este nivel son: a) que lo que se construyó es más un Derecho Penal de Adultos atenuado que un genuino Derecho Penal Juvenil, b) que existe la paradoja de un Estado que el exigir responsabilidad a sus adolescentes no se ajustó del todo a sus compromisos internacionales en la misma materia (y en otras relacionadas con derechos de la infancia y adolescencia), y, c) que el nivel de autonomía reconocido a los adolescentes "por la negativa" (es decir, en lo relativo al "derecho a ser criminalizados") no se condice con los niveles de autonomía reconocidos o respetados en otros planos.

Las principales áreas a las cuales extender el reconocimiento de la autonomía adolescente son:

- derechos de participación política (revisión de la edad para votar y ser elegido, partiendo por los niveles locales).
- autonomía sexual, educación y salud sexual y reproductiva (en este punto, hay que señalar que el polémico fallo del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después" reconoce el derecho de los adolescentes a obtener atenciones confidenciales de salud, desestimando en dicho punto el requerimiento de los parlamentarios de derecha, que señalaban que con ello se vulneraba el derecho/deber preferente de los padres a impartir la educación de sus hijos).
- derechos en el sistema escolar (democratización de las relaciones internas; respeto al debido proceso en los reglamentos internos, etc.)
- problemas que repercuten al interior del propio sistema de RPA. Por ejemplo: el Reglamento de la LRPA permite la vida sexual de los internos mediante visitas de sus parejas sólo a los jóvenes de 16 años para arriba, casados o que acrediten una relación de a lo menos 6 meses; los carabineros, como ya se ha señalado, siguen exigiendo en estos meses que sean los padres quienes retiren a los adolescentes desde las comisarías cuando no procede llevarlos a audiencia de control de detención (pese a que el fundamento legal de esta exigencia ya no existe).



EL OBSERVADOR

Nº 5

Edición especial

DICIEMBRE

2009

También en este plano externo, habría que incluir todo lo que diga relación con las carencias de la política e institucionalidad de infancia: inexistencia de un Defensor del Niño; inexistencia de una Ley de Protección de derechos infanto-adolescentes; déficits importantes en la institucionalidad central de infancia que hace un par de años fueron señalados en detalle en el "Informe Crispi", entre otros vacíos y cuestiones pendientes que mientras más tardemos en tomar en serio harán que se profundice la paradoja de exigirles responsabilidad a los adolescentes, sin que simétricamente la sociedad y el Estado se hagan responsables de todos los compromisos adquiridos en relación a ellos.

BIBLIOGRAFÍA

Althusser, Louis. (2003). "Ideología y aparatos ideológicos de Estado", en: Slavoj Žižek (compilador). *Ideología, un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Bustelo, Eduardo. (2007). *El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Cillero, Miguel. (1994). "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile", en *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Francisco Pilotti (coordinador), Montevideo, Instituto Interamericano del Niño.

Comité de Derechos del Niño. (2007). *Observación General N° 10: los derechos del niño en la justicia de menores*.

Corporación Opción, Juventud y Desarrollo: Documento de posición para la XVIII Cumbre Iberoamericana, 2008.

Cortés, Julio. (2008). "Los adolescentes y las transformaciones actuales del control social punitivo en Chile", en: *Análisis del Año 2007*, Departamento de Sociología, Universidad de Chile.

Cortés, Julio y Susana Cortés. (2007). *Infancia y cohesión social: elementos para el debate*, Marcha Global contra el Trabajo Infantil/CE-SIP/OPCIÓN, Santiago.

Couso, Jaime. (2003). *La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el derecho chileno*, Informe de Investigación N° 15, Año 5, centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

De Giorgi, Alessandro. (2005). *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Barcelona, Virus.

De Giorgi, Alessandro. (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Madrid, Traficantes de sueños, Disponible en internet: http://www.traficantes.net/index.php/trafis/editorial/catalogo/coleccion_mapas/el_gobierno_de_la_excedencia_postfordismo_y_control_de_la_multitud.

Eagleton, Terry. (2003). "La ideología y sus vicisitudes en el marxismo occidental", en: Žižek (compilador). *Ideología, un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica,



Editorial Jurídica de Chile, (2000). Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas: Derecho de Menores, Santiago.

Fuchslocher, Edmundo. (1983). Derecho de Menores: De la tuición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

García Méndez, Emilio. (2004). "Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina", en Justicia y Derechos del Niño Número 6, UNICEF.

Melossi, Darío. (1992). El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia, Ciudad de México, Siglo XXI.

Piedrabuena, Guillermo. (2007) .Oficio del Fiscal Nacional Nº 594 (Instructivo Nº 8 de la Ley 20.084).

Pilotti, Francisco. (2001). Globalización y Convención sobre los derechos del niño: el contexto del texto, Santiago, CEPAL, Disponible en internet: <http://www.cepal.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/7024/P7024.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/uruguay/tpl/top-bottom.xslt>

Zaffaroni, Eugenio y Enrique Pierangeli. (1999). Manual de direito penal brasileiro. Parte general, Río de Janeiro, Editora Revista dos Tribunais,