

GESELLSCHAFT VERSUS RECHT
Peter-Alexis Albrecht | Fritz Sack (Hrsg.)

Pablo Aranda Aliaga

Ley y realidad de vida

Condiciones de la Defensa Penal Pública en la Justicia de Menores Chilena

Gesetz und Lebenswirklichkeit

Bedingungen öffentlicher Strafverteidigung im chilenischen Jugendstrafrecht



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Ley y realidad de vida
Gesetz und Lebenswirklichkeit

Schriftenreihe

GESELLSCHAFT VERSUS RECHT

herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Peter-Alexis Albrecht

und Prof. Dr. Dr. h.c. Fritz Sack

Pablo Aranda Aliaga

**Ley y realidad de vida
Condiciones de la Defensa Penal Pública
en la Justicia de Menores Chilena**

**Gesetz und
Lebenswirklichkeit
Bedingungen öffentlicher Strafverteidigung
im chilenischen Jugendstrafrecht**

**Prefacio de Peter-Alexis Albrecht
y Cornelius Prittwitz**

**Geleitwort von Peter-Alexis Albrecht
und Cornelius Prittwitz**

**Traducción al alemán de Reglindis Weingart
Ins Deutsche übersetzt von Reglindis Weingart**



**BWV | BERLINER
WISSENSCHAFTS-VERLAG**

El autor y editor agradecen a *Reglindis Weingart* la traducción del texto al idioma alemán, aportando su experticia y sólidos conocimientos de la terminología del ámbito jurídico.

Autor und Herausgeber danken *Reglindis Weingart* für die juristisch fachkundige und verlässliche Kooperation bei der Übertragung des Textes in die deutsche Sprache.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtes ist unzulässig und strafbar.

Hinweis: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren oder des Verlags aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2018 BWV | BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin,
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>

Druck: docupoint, Magdeburg

Gedruckt auf holzfreiem, chlor- und säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.

Printed in Germany.

ISBN Print: 978-3-8305-3902-5

ISBN E-Book: 978-3-8305-4060-1

ISSN Print: 2509-4416

ISSN Online: 2509-4424

Contenido

PREFACIO	9
CAPÍTULO I	
“LA DEFENSA PENAL DE ADOLESCENTES EN CHILE”	19
1. La Justicia Juvenil en Chile	19
2. La Ley 20.084 del año 2005, que establece un “Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por infracciones a la Ley Penal” y los efectos de la Convención sobre Derechos del Niño en Chile	23
3. La Defensoría Penal Pública	34
4. La Defensa Penal de Adolescentes	37
CAPÍTULO II	
“EL INFRACTOR JUVENIL”	39
1. De la situación social y étnica de los jóvenes en Chile.....	39
2. De la situación de los imputados adolescentes en Chile.....	45
3. Estadísticas de la Defensoría Penal Pública	51
CAPÍTULO III	
“EL SISTEMA PENAL Y EL ROL DE LA DEFENSA”	57
1. La primera entrevista	57
2. Asesores (padres, familiares, amigos, iglesia, comunidades u oficinas, etc.)	59
3. El tribunal y su efecto sobre el infractor	63
4. Estadía para la audiencia de formalización.....	64
5. La audiencia de formalización de cargos. Posición de la defensa	68
6. El juicio oral.....	77
7. El recinto penal	79
8. Intervención y apoyo durante la ejecución.....	81
9. El egreso y la situación social después del alta	83
10. Estadísticas de reincidencia	83
CAPÍTULO IV	
“LA PERCEPCIÓN DE LOS JÓVENES INFRACTORES Y LOS INTERVINIENTES”	89
1. Sistema Procesal Penal.....	90
2. Penas del sistema penal juvenil	91
3. Aprehensor.....	93
4. Juez	94
5. Ministerio Público	95

6. Defensoría Penal Pública	96
7. Beneficios de la intervención penal	98
8. Perjuicios de la intervención penal.	99
9. Percepción de los Jueces y de Fiscales del Ministerio Publico.	100

CAPÍTULO V

“HACIA PERSPECTIVAS DE REINSERCIÓN DE LOS INFRACTORES JUVENILES EN CHILE”	105
--	------------

ANEXO	109
------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	113
-------------------------------	------------

Inhaltsübersicht

GELEITWORT	11
KAPITEL I	
STRAFVERTEIDIGUNG FÜR JUGENDLICHE IN CHILE	125
1. Jugendjustiz in Chile	125
2. Das Gesetz 20.084 aus dem Jahr 2005, das ein „System der Verantwortlichkeit von Jugendlichen bei Vergehen gegen das Strafrecht“ festlegt, und die Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention in Chile	130
3. Die öffentliche Strafverteidigung	142
4. Die Strafverteidigung von Jugendlichen	144
KAPITEL II	
MINDERJÄHRIGE STRAFTÄTER	147
1. Zur sozialen Situation und ethnischen Herkunft der Jugendlichen in Chile.	147
2. Die Situation der jugendlichen Straftäter in Chile	154
3. Statistiken der öffentlichen Strafverteidigung	160
KAPITEL III	
DER STRAFVOLLZUG UND DIE ROLLE DES VERTEIDIGERS.	165
1. Das erste Gespräch	165
2. Unterstützende Beteiligte (Eltern, Familienangehörige, Freunde, die Kirche, Gemeinden oder einschlägige Einrichtungen etc.)	167
3. Das Gericht und dessen Wirkung auf den Straftäter	171
4. Aufenthalt bis zur Zuführung vor den Haftrichter	173
5. Die Anklageerhebung. Position der Verteidigung	177
6. Hauptverhandlung	187
7. Strafvollzugsanstalt.	189
8. Intervention und Unterstützung während des Vollzugs.	191
9. Freilassung und die Situation danach	193
10. Statistiken zur Rückfallquote	194
KAPITEL IV	
DIE SELBST-WAHRNEHMUNG MINDERJÄHRIGER STRAFTÄTER UND DEREN EINSCHÄTZUNG VON SYSTEMBEDINGUNGEN UND VERFAHRENSBETEILIGTEN	199
1. Das Strafverfahrenssystem	200
2. Strafen im Jugendstrafrecht.	201

3. Der Festnehmende	204
4. Der Richter.	205
5. Staatsanwaltschaft	206
6. Öffentliche Strafverteidigung	207
7. Vorteile der Strafvollstreckung	209
8. Nachteile der Strafvollstreckung.	210
9. Wahrnehmungen seitens der Richter und Staatsanwälte.	211

KAPITEL V

PERSPEKTIVEN FÜR EINE RESOZIALISIERUNG VON JUGENDLICHEN STRAFTÄTERN IN CHILE	217
---	------------

ANHANG	221
-------------------------	------------

BIBLIOGRAPHIE.	225
-------------------------------	------------

Prefacio

del Profesor Dr. Dr. h.c. *Peter-Alexis Albrecht* y el Profesor Dr. *Cornelius Prittwitz*

Instituto de Ciencias Criminales y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Goethe
Fráncfort del Meno
Alemania

Desde una perspectiva estadística, la delincuencia juvenil es un fenómeno normal en la etapa de la adolescencia, donde los jóvenes ponen a prueba los límites que se fija cada sociedad para asegurar su funcionamiento. Ante la constatación reconocida en todo el mundo de que la delincuencia juvenil es una etapa limitada de desarrollo que tiende a remitir espontáneamente con el tiempo, esto sólo puede significar lo siguiente: una sociedad ilustrada debe responder de manera de no perturbar irreparablemente el desarrollo de los jóvenes e integrarlos socialmente, a pesar de que se haga necesaria la intervención de la justicia penal juvenil. Un camino viable para lograr este fin es una ley penal juvenil de proporcionalidad, ajustada al Estado de derecho y de bienestar social, que si bien fija y exige límites, protege a su vez tanto al infractor como a la víctima.

La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil chilena oscila normativamente entre una tendencia “humanitaria” y una tendencia “punitiva”. Con la introducción de la *Defensoría Pública* se abre la posibilidad de reducir esta divergencia. La actividad profesional del Autor, *Dr. Pablo A. Aranda Aliaga*, *Jefe de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública de Chile*, le ha permitido investigar a fondo las condiciones de la defensa penal pública en la justicia penal juvenil chilena, tanto desde la perspectiva de la norma como de la práctica, e incorporarlas al debate criminológico y de la política criminal.

Un importante valor de esta investigación consiste en que además de aclarar los fundamentos normativos del derecho penal juvenil chileno aplicado, examina minuciosamente la situación real, para lo cual intenta elaborar un bosquejo “objetivo” de estas condiciones, lo que ya es difícil por la carencia de estadísticas oficiales confiables. Destaca además el enfoque metodológicamente desafiante de incorporar al análisis las percepciones y opiniones de los infractores juveniles y de los profesionales involucrados en estos procesos.

El resultado de la presente investigación refleja claramente la imagen de un derecho penal juvenil chileno que urge ser reformado. Desde una perspectiva alemana, se podría agregar que muchos de los déficits criticados no son propios sólo de Chile. La falta de especialización y profesionalización de las policías y de los juristas involucrados en los procesos penales juveniles son déficits que lamentamos también en Alemania y otros países. El análisis deriva en un justificado llamado a favor de un perfil de reforma que de verdad se ajuste al Estado de derecho: Pablo Aranda lo denomina: “*Hacia perspectivas de reinserción de infractores juveniles en Chile*”.

En su estudio, el autor no tematiza explícitamente la consecuente y coherente demanda de extender el derecho penal juvenil a los grupos etarios comprendidos entre los 14 a 21 años, por tratarse de los años de desarrollo adolescente que requieren de protección por parte del Estado en la misma medida. En el enfoque de investigación elegido, el autor se limita al grupo etario de los

jóvenes entre 14 y 18 años, pues eso corresponde sistémica y normativamente a la situación de *lege lata* en Chile. Sería deseable que la sociedad y justicia chilena implementara de *lege ferenda* una ley penal juvenil y una justicia penal juvenil independiente para ofrecer así oportunidades de desarrollo a *toda la adolescencia que entra en conflicto con la ley penal*, lo que es indispensable para el futuro de toda sociedad. La alternativa es el reclutamiento precoz de un ejército de “desposeídos” criminalizados que infunden temor a la sociedad.

La investigación es un excelente ejemplo para mostrar que los trabajos científicos, que no son de derecho *comparado* en sentido estricto, pueden estimular la discusión internacional. Atañe a los déficits y debilidades, probablemente omnipresentes, de un derecho penal juvenil que tiende a intervenir con demasiada fuerza, pero rige también para la creación innovadora de una *Defensoría Penal Pública*, que tiene el potencial de liberar a la defensa penal de las leyes del mercado.

Geleitwort

Professor Dr. Dr. h.c. *Peter-Alexis Albrecht* und Professor Dr. *Cornelius Prittwitz*

Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Goethe Universität,
Frankfurt am Main,
Deutschland

Kriminalität ist im statistischen Sinne für junge Menschen in der Phase der Adoleszenz ein normales Phänomen des Austestens von Grenzen, die jede Gesellschaft zur Erhaltung ihrer Funktionsfähigkeit setzt. Das kann angesichts der kriminologisch weltweiten Erkenntnisse, dass Jugendkriminalität ein zeitlich begrenzter Entwicklungsabschnitt mit in aller Regel spontaner Remission ist, nur bedeuten: eine aufgeklärte Gesellschaft hat so zu reagieren, dass die Entwicklung junger Menschen nicht irreparabel gestört wird, sondern trotz gebotener jugendstrafrechtlicher Zugriffe sozial integrierend wirkt. Den Weg dazu bietet ein Jugendkriminalrecht rechts- und sozialstaatlicher Verhältnismäßigkeit, das zwar Grenzen setzt und fordert, aber zugleich Täter wie Geschädigte fördert.

Das chilenische Jugendstrafrecht oszilliert normativ zwischen einer „humanitären“ und einer „punitiven“ Tendenz. Die Einführung der Institution „*öffentliche Strafverteidigung*“ hat das Potenzial, diese Differenz zu verkleinern. Und die berufliche Tätigkeit des Autors *Dr. Pablo A. Aranda Aliaga*, des „*Jefe de la Unidad de Defensa Penal Juvenil*“ (*Defensoría Penal Pública de Chile*), hat ihn in die Lage versetzt, die Bedingungen öffentlicher Strafverteidigung im chilenischen Jugendstrafrecht normativ und empirisch zu recherchieren und so in den kriminalwissenschaftlichen und kriminalpolitischen Diskurs einzubringen.

Ein beachtlicher Wert der Untersuchung liegt darin, dass neben der Klarstellung der normativen Grundlagen des angewandten chilenischen Jugendstrafrechts die tatsächliche Situation genau beleuchtet wird. Dies erfolgt nicht nur durch den – mangels aussagekräftiger offizieller Statistiken schwierigen – Versuch, diese Bedingungen „objektiv“ zu skizzieren. Es imponiert der methodologisch herausfordernde Ansatz, die Wahrnehmungen und Einschätzungen betroffener jugendlicher Straftäter und der professionell an diesen Verfahren Beteiligten in die Analyse einzubeziehen.

Das Ergebnis der Untersuchung spiegelt das klare Bild eines reformbedürftigen chilenischen Jugendstrafrechts. Dabei mag aus deutscher Sicht angemerkt werden, dass viele der monierten Defizite keineswegs nur in Chile nachzuweisen sind. Nicht hinreichende Spezialisierung und Professionalisierung der Polizei und der an Jugendstrafverfahren beteiligten Juristen sind Defizite, die auch in Deutschland und anderswo zu beklagen sind. Die Analyse mündet in einem berechtigten Aufruf für ein überzeugendes rechtsstaatliches Reformprofil: Pablo Aranda nennt das „*Perspektiven für eine Resozialisierung von jugendlichen Straftätern in Chile*“.

Die daraus folgende schlüssige Forderung, ein solches Jugendstrafrecht auf alle Altersstufen zwischen 14 bis unter 21 Jahre zu erstrecken, weil das gleichermaßen staatlich zu schützende Jahre adoleszenter Entwicklung sind, hat der Autor in seiner Arbeit nicht explizit thematisiert.

Sein frei gewählter Untersuchungsansatz war auf die Altersgruppe der 14 bis unter 18-Jährigen beschränkt, weil das systemisch und normativ der Situation Chiles de lege lata entspricht. Der chilenischen Gesellschaft und Justiz wäre zu wünschen, ein eigenständiges Jugendkriminalrecht und eine eigenständige „Jugendkriminalrechtspflege“ de lege ferenda für die strafrechtlich auffällige *adoleszente Jugend insgesamt* zu implementieren; damit könnten notwendige Entwicklungsmöglichkeiten auch für Heranwachsende geboten werden, die für die Zukunft einer jeden Gesellschaft unabdingbar sind. Die Alternative ist die frühzeitige Rekrutierung einer die Gesellschaft das Fürchten lehrenden Armee kriminalisierter „have-nots“.

Die Untersuchung ist ein gelungenes Beispiel dafür, dass wissenschaftliche Arbeiten, die nicht im eng verstandenen Sinn *rechtsvergleichend* sind, die internationale Diskussion anregen können. Das gilt hier für die vermutlich ubiquitären Defizite und Schwächen des tendenziell zu stark intervenierenden Jugendstrafrechts, es gilt aber auch für den innovativen Einsatz einer *Institution öffentlicher Strafverteidigung*, die das Potenzial hat, die Strafverteidigung von den Gesetzen des Marktes zu befreien.

Ley y realidad de vida

**Condiciones de la Defensa Penal Pública
en la Justicia de Menores Chilena**

Índice

PREFACIO	9
CAPÍTULO I	
“LA DEFENSA PENAL DE ADOLESCENTES EN CHILE”	19
1. La Justicia Juvenil en Chile	19
1.1. Código Penal de 1875	20
1.2. Ley 4.447 de 1928	21
1.3. Ley 11.183 de 1953	21
1.4. Ley 16.618 de 1967	23
2. La Ley 20.084 del año 2005, que establece un “Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por infracciones a la Ley Penal” y los efectos de la Convención sobre Derechos del Niño en Chile.	23
2.1. Breve análisis de las disposiciones particulares de la Ley	26
2.1.1. Establecimiento de una franja de responsabilidad especial entre 14 y 18 años (art. 3 Ley 20.084)	26
2.1.2. Conductas típicas	26
2.1.3. Caso especial de los delitos sexuales	27
2.1.4. Derecho al Debido Proceso y Sistema de Justicia Especializado	28
2.2. Aspectos Procesales derivados de la Convención de Derechos del Niño, en especial del Principio de Especialidad	28
2.2.1. Faltas	28
2.2.2. Prescripción	29
2.2.3. Procedimiento aplicable	29
2.2.4. Internación Provisoria	30
2.2.5. Principio de Oportunidad	31
2.2.6. Estatuto de la Detención	31
2.3. Sanciones establecidas en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.	32
2.3.1. Penas privativas de libertad	32
2.3.2. Penas no privativas de libertad	33
3. La Defensoría Penal Pública	34
Ley 19.718 de 2001, la creación de la Defensoría Penal Pública	35
4. La Defensa Penal de Adolescentes	37

CAPÍTULO II	
“EL INFRACTOR JUVENIL”	39
1. De la situación social y étnica de los jóvenes en Chile.	39
1.1. Situación social	39
1.2. Situación étnica	42
2. De la situación de los imputados adolescentes en Chile	45
2.1. De la situación social y escolar	45
2.2. Informes de denuncias penales y tipos de delito	49
3. Estadísticas de la Defensoría Penal Pública	51
CAPÍTULO III	
“EL SISTEMA PENAL Y EL ROL DE LA DEFENSA”	57
1. La primera entrevista.	57
2. Asesores (padres, familiares, amigos, iglesia, comunidades u oficinas, etc.)	59
2.1. Padres y guardadores	59
2.2. Otros asesores	62
3. El tribunal y su efecto sobre el infractor	63
4. Estadía para la audiencia de formalización	64
5. La audiencia de formalización de cargos. Posición de la defensa	68
5.1. Control de detención	69
5.2. Formalización propiamente tal	70
5.3. Salidas alternativas	71
5.3.1. Acuerdos Reparatorios	71
5.3.2. Suspensión Condicional del Procedimiento	72
5.4. Medidas Cautelares	73
5.4.1. Sujeción a la vigilancia del Sename	74
5.4.2. Internación Provisoria	75
5.5. Plazo de investigación	76
6. El juicio oral.	77

7. El recinto penal	79
8. Intervención y apoyo durante la ejecución	81
9. El egreso y la situación social después del alta.	83
10. Estadísticas de reincidencia	83
CAPÍTULO IV	
“LA PERCEPCIÓN DE LOS JÓVENES INFRACTORES Y LOS INTERVINIENTES”	89
1. Sistema Procesal Penal.	90
2. Penas del sistema penal juvenil	91
Apreciación de las penas recibidas por los jóvenes condenados	92
3. Aprehensor	93
4. Juez	94
Juez de Ejecución	95
5. Ministerio Público	95
6. Defensoría Penal Pública	96
7. Beneficios de la intervención penal	98
8. Perjuicios de la intervención penal	99
9. Percepción de los Jueces y de Fiscales del Ministerio Público	100
9.1. Percepción de Ministro de Corte de Apelaciones y Juez de Garantía	100
9.2. Percepción de Fiscales del Ministerio Público	102
CAPÍTULO V	
“HACIA PERSPECTIVAS DE REINSERCIÓN DE LOS INFRACTORES JUVENILES EN CHILE”	105
ANEXO	109
BIBLIOGRAFÍA	113

CAPÍTULO I

“LA DEFENSA PENAL DE ADOLESCENTES EN CHILE”

1. La Justicia Juvenil en Chile

La defensa pública de jóvenes frente a la comisión de infracciones a la ley penal, es de reciente data en Chile. Si bien es cierto, la Convención sobre los Derechos del Niños, fue ratificada por este país sudamericano en el año 1990, no fue sino hasta el año 2007, cuando se adecuaron leyes internas -y con ello estructuras e instituciones del Estado- a los principios básicos que dicha Convención ordena.

Sin embargo, para entender este fenómeno jurídico social, debemos remontarnos al inicio del sistema tutelar estadounidense, ya que precisamente, a finales del siglo XIX, este modelo se impuso en Chile basado en la experiencia proveniente de Estados Unidos, específicamente de la ciudad de Chicago. Este sistema tuvo una rápida y homogénea aplicación en Latinoamérica durante la primera parte del siglo XX.¹

El sistema tutelar de menores chileno, fue el resultado de la mezcla de al menos dos visiones del fenómeno criminal. Por un lado, se basó en la corriente humanitaria y por otro en el positivismo naturalista. Sin embargo, también podemos encontrar en el ordenamiento jurídico, elementos como el discernimiento, proveniente del retribucionismo que inspiró la legislación penal chilena durante el siglo XIX.

La corriente denominada “humanitaria”² surge como una reacción (provocada por la indignación) por las condiciones en que las personas menores de edad eran tratadas por el derecho penal clásico y que propiciaron la creación de un sistema de justicia especializado para menores.

De acuerdo a los autores Miguel Cillero y Martín Bernales “El punto central de esta preocupación fue la inexistencia de un sistema de ejecución penal que asegurara la segregación de menores de adultos”³.

Así, la necesidad de regular las relaciones entre los jóvenes y la sociedad surgió como una constante una vez terminado el proceso de independencia. El Código Civil chileno de 1855, contenía en ese entonces, una serie de normas relativas a los jóvenes que formaron parte de un incipiente derecho de familia, como una rama del Derecho Civil.

1 Para más antecedentes de este fenómeno ver Cillero, Miguel, “Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño” en Cillero M. y Madariaga H. Compiladores: Infancia, Derecho y Justicia, coedición Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile/UNICEF, Santiago, Chile, 1999, págs. 49–51.

2 De acuerdo a los autores Miguel Cillero Bruñol y Martín Bernales Odino, se denominó “humanitaria” a la corriente que aboga por el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas menores de edad privadas de libertad, respetando el principio de respeto de la dignidad humana que se entronca directamente con el moderno derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, con los derechos de la infancia y adolescencia.

3 Cillero, Miguel y Bernales, Martín, “Derechos Humanos de la Infancia/Adolescencia en la Justicia “Penal de Menores de Chile”: Evaluación y Perspectivas. En Revista de Derechos del Niño, N° 1, 2002, Universidad Diego portales y Unicef. pág. 11.

Al mismo tiempo, comenzó a gestarse un sistema de reacción social frente a las infracciones a la ley penal realizadas por niños. “En un comienzo estas normas están vinculadas al Derecho Penal y Civil (responsabilidad por los daños), produciéndose posteriormente la creación de un sistema propio denominado “Derecho de Menores” (1928) o “tutelar de menores”, que además de las infracciones de Ley, se ocupa de las “irregularidades” que puedan afectar a niños y jóvenes”⁴ (protección de la infancia desvalida o en situación de abandono y las obligaciones que se derivan de la filiación entre otras cosas)

Revisando los principales hitos legislativos, relacionados con la responsabilidad penal de jóvenes menores de edad, es importante destacar los siguientes:

1.1. Código Penal de 1875

Este Código consagraba al discernimiento como criterio de determinación de la edad penal y constituyó a la falta de discernimiento en una causal de inimputabilidad penal. Este cuerpo normativo asume que el menor de 10 años no tiene discernimiento y por ello presume de derecho su irresponsabilidad penal; considera dudosa la existencia de discernimiento entre los 10 y los 16 años, por ello ordena un pronunciamiento judicial, si bien presume que no existe, y finalmente, en el período siguiente, entre los 16 y 18 años, se presume su existencia pero atenuada, por lo que se ordena al juez rebajas sustanciales de pena. En 1906 el Código de Procedimiento Penal entregaba al juez una orientación acerca de los elementos que debía considerar para pronunciarse acerca del discernimiento, en su artículo 370 señalaba: “si el procesado era mayor de 10 y menor de 16, el juez recibirá información sumaria acerca del criterio del mismo y en especial de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiere dado motivo a la causa, siempre que del simple examen personal del juez no aparezca claramente de manifiesto el discernimiento con que hubiere obrado”⁵.

Debemos recordar que dicho sistema comenzó en la sociedad ilustrada, que en su regulación jurídica y social no concebía un régimen separado de competencias sociales asociado a franjas etarias de la adolescencia, incorporando al niño rápidamente a la vida adulta una vez superado el margen de la pubertad. “Así la fertilidad en la mujer y la capacidad laboral en el hombre, permitían justificar una declaración de aptitud o competencia para incorporarse a la vida adulta. Sin embargo, las necesidades de mayores conocimientos e información plasmadas posteriormente en la educación formal y la tecnologización que complejiza las relaciones interpersonales en el mundo moderno, han obligado paulatinamente a postergar la incorporación de los jóvenes a la vida adulta, prolongando los espacios de incapacidad socialmente reconocidos”⁶. De esta manera, la capacidad exigida para afirmar la responsabilidad penal en un adolescente se encuentra estrechamente vinculada a las posibilidades de intervención o participación social, no obstante centrarse la definición en una capacidad individual y subjetiva de origen interno o personal.

4 Cillero Bruñol, Miguel, “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile” en *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile; Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay. 1994, pág. 76.

5 Cillero Bruñol, Miguel, “Comentarios al artículo 10 numerales 2 y 3 del Código Penal Chileno: La minoría de edad como causal de exención de responsabilidad penal” en *Justicia y Derechos del Niño N° 4*, UNICEF, Santiago de Chile, noviembre 2002, pág. 55.

6 Maldonado Fuentes, Francisco, Ob. Cit. pág. 107.

1.2. Ley 4.447 de 1928

La primera Ley de Menores en Chile data de 1928, es decir, a unos 90 años desde la independencia nacional. Esta ley significó un cambio radical en el tratamiento jurídico de la infancia. El rol del Estado se modifica, pasando a cobrar una gran importancia en la prevención, protección y adjudicación de responsabilidad a los menores. Comienza a asumirse el problema de las “causas” de la delincuencia juvenil, como parte integrante del fenómeno⁷.

La ley 4.447 de 1928, conserva el criterio del discernimiento aunque ahora en el tramo de entre los 16 y 20 años, a diferencia de otros países que optaron por abolir el sistema del discernimiento, estableciendo eso si una edad, bajo la cual se presumiría de derecho la inimputabilidad.

Durante el período que antecedió a la dictación de esta ley, en el que Chile se encontraba muy golpeado económica e institucionalmente, cobró gran fuerza la legislación social, *“que era concebida integralmente como una legislación que beneficiaría al pobre y en particular al obrero y su familia. Se toma conciencia que los males que afectan a gran parte de la población infantil son el resultado de un ordenamiento jurídico, político y social que está en crisis”*⁸.

La dictación de esta ley esta cruzada por dos ejes, el primero de ellos, dice relación con el rompimiento institucional, que fue el factor necesario para instaurar las leyes sociales que se encontraban bloqueadas. El otro factor, de corte jurídico, está basado en las corrientes humanitarias y positivistas. La corriente humanitaria influye en que el Estado asuma un rol protector y la positivista en que se modifique la concepción del delito y del delincuente, manifestando una enorme confianza en las posibilidades de actuación del Estado en beneficio de los jóvenes, si orienta su actuación según las corrientes del “pensamiento científico”. En palabras de Miguel Cillero⁹, *“La Escuela Positiva proclama un nuevo Derecho Penal muy ligado a los avances de las ciencias, tanto médicas como psiquiátricas. La consecuencia es que se estructure un enfoque “médico-sanitario” para comprender e intervenir en el ámbito de la infancia”*.

El estudio de la discusión legislativa que precedió la dictación de esta ley, permite señalar que la orientación humanitaria, rechazó la aplicación del sistema penal, en especial las cárceles, a los menores de edad, la escuela positivista reformuló la teoría del delito y el delincuente, pasando la responsabilidad penal de adolescentes desde una responsabilidad personal a una social. Sin embargo, siempre estuvo presente la doctrina tutelar.

1.3. Ley 11.183 de 1953

La dictación de esta Ley provocó un impacto de gran importancia pues estableció los límites de edad que permanecieron hasta el año 2007. La ley fue el resultado de la 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 18 años¹⁰.

7 Cillero Bruñol, Miguel, Ob. Cit. 1994, pág. 83.

8 Cillero Bruñol, Miguel, Ob. Cit. 1994, pág. 93.

9 Cillero Bruñol, Miguel, Ob. Cit. 1994, pág. 93.

10 Cillero Bruñol, Miguel, Ob. Cit. 2002, pág. 56.

Esta Ley introdujo cambios en diversos Códigos de la República y se basa en los informes elaborados por el Instituto de Estudios Legislativos. Al modificarse el Código Penal, se modificó la Ley 4.447, modificando la manera de legislar hasta ese momento, es decir desde el ordenamiento de menores al penal. Esta Ley modifica las edades en las cuales se aplica la presunción de inimputabilidad contenidas en el Código Penal. El Art. 10 queda de la siguiente forma:

“Están exentos de responsabilidad criminal...

2° El menor de dieciséis años.

3° El mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento”.

Se reduce por ende, la edad en que se presume la imputabilidad de veinte a dieciocho años. Uno de los argumentos del poder ejecutivo de aquella época para realizar la rebaja en la edad, era evitar el aprovechamiento por parte de adultos de las disposiciones más “benévolas” de la Ley 4.447.

En cuanto a la jurisprudencia existente en nuestro país, muchos son los fallos en torno al discernimiento, donde la mayoría de los autores están contestes en considerar lo que en palabras de Mario Garrido se expresa: “la praxis judicial mantiene una posición mixta: considera tanto la capacidad intelectual del menor para comprender la trascendencia jurídica de su conducta, como sus posibilidades de readaptación”¹¹.

Sin embargo, “hacer depender la responsabilidad penal del sujeto, de condiciones sociales o personales significa, en la práctica, legitimar un sistema de responsabilidad fundado en la subjetividad o en las condiciones de vida del sujeto, es decir, se trataría de un derecho penal de autor que no puede ser aceptado en un estado de derecho democrático que aspira a superar la discriminación y selectividad del sistema de control penal”¹².

Sin embargo, esta concepción no estuvo exenta de críticas, pues resulta ser una cualidad difusa de imposible determinación, que se presta para interpretaciones subjetivas del juzgador o de los peritos que apoyan su decisión; “además de favorecer una visión desmedrada de la capacidad del adolescente para actuar en la vida social, que se expresa en una incapacidad cognitiva, moral y volitiva. En este sentido tiende a promover una visión del adolescente sin discernimiento como un sujeto anormal convirtiendo el problema de la imputabilidad en un sistema clasificatorio y estigmatizante y favoreciendo el trato del adolescente como un anormal que debe ser corregido, curado y controlado”¹³.

Este procedimiento, implicaba que el juez debía determinar, en base a informes presentados por profesionales (psicólogos, asistentes sociales), si el menor actuó con o sin discernimiento al momento de la comisión de un delito, es decir, dilucidar si el menor tiene o no conciencia de que obró quebrantando la ley penal, y si ello lo considera como bueno o malo, procedimiento que sin embargo, ha sido criticado por no centrar su evaluación en la comisión del delito mismo, sino en

11 Garrido Montt, Mario, “Derecho Penal. Parte General”, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 227.

12 Cillero Bruñol, Miguel, Ob. Cit. 2002, pág. 59.

13 Cillero Bruñol, Miguel, Ob. Cit. 2002, pág. 59.