

# CAPÍTULO VII

## LEYES DE MENORES, SISTEMA PENAL E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

MIGUEL CILLERO

### INTRODUCCION

En el presente siglo se ha podido apreciar una constante y progresiva evolución en la conciencia universal sobre la necesidad de reconocer, proteger y garantizar los derechos de las personas menores de dieciocho años a las que los instrumentos internacionales denominan niños<sup>1</sup>.

Tanto la legislación nacional como los acuerdos internacionales han reconocido progresivamente al niño un conjunto de protecciones jurídicas fundamentales, que constituyen los denominados derechos humanos de los niños. Los Derechos de los niños son derechos humanos<sup>2</sup> y los textos que los contienen son parte del conjunto de instrumentos destinados a reconocerlos y garantizarlos.

Este avance en el reconocimiento de los derechos de los niños ha corrido por dos vías paralelas: el reconocimiento de que los niños gozan de los derechos consagrados a todas las personas, a través del afianzamiento

<sup>1</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Chile depositó el instrumento de ratificación el 13 de agosto de 1990 y la promulgó por Decreto 830 del 14 de agosto de 1990. En su artículo primero de la Convención señala que se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. En este trabajo se utiliza el término niño para hacer referencia a todas las personas entre cero y dieciocho años; en ocasiones se hablará de joven o adolescente para referirse al grupo de niños comprendido entre catorce y dieciocho años.

<sup>2</sup> Al respecto ver Germán Bidart Campos, "Convención de Derechos del Niño. Aportes para la Adecuación de la Legislación Argentina", en *La Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina*. Varios autores. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1993, p. 9.

del principio de no discriminación e igualdad, y el reconocimiento de derechos específicos en su favor, a través de instrumentos destinados solamente a los niños.

Los derechos del niño profundizan, adecuan y complementan los derechos reconocidos a todas las personas a través de disposiciones específicas que contienen protecciones y derechos especiales que atienden a la condición de niño de su portador. De esta forma se construye al niño como un sujeto de derecho especial, dotado de una supraprotección, o protección complementaria, puesto que se agregan nuevos derechos, más allá de aquellos que corresponden a todas las personas.

Los instrumentos internacionales sobre derechos de los niños contienen disposiciones provenientes de otros tratados de derechos humanos, aspectos nuevos sobre la sobrevivencia y el desarrollo de la infancia y otros derechos, en particular los llamados derechos de participación.

En este trabajo se analiza la legislación relativa a infracciones a la ley penal imputadas a niños y adolescentes, desde el punto de vista de los derechos de las personas frente al poder punitivo del Estado y, en particular, en relación a los derechos humanos de los niños y adolescentes consagrados en diferentes instrumentos internacionales.

El propósito es analizar las leyes que se encargan de la regulación de la atribución de consecuencias jurídicas, teniendo como parámetro el respeto a los derechos humanos de los niños, contenidos en diferentes instrumentos internacionales.

Este objetivo, que pareciera sencillo, requiere, sin embargo, de una serie de precisiones teóricas y análisis conceptuales en razón de "que bajo el régimen penal de menores no sólo está el menor infractor a la ley penal, sino que están todos los menores que comparecen ante la justicia y reciben una respuesta de contenido penoso (penal)"<sup>3</sup>.

Es decir, en el niño se han confundido permanentemente durante este siglo la protección y el castigo, la reacción punitiva y la tutelar, la potestad punitiva del Estado y su potestad tutelar<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> L. Larrandart, "El Sistema de Justicia de Menores", en *La Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina*. Varios autores. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1993, p. 51.

<sup>4</sup> Al respecto ver M. Cillero y P. Egenau, "Administración de Justicia Juvenil y Daño Psicosocial", en *II Seminario Latinoamericano. Los derechos del niño en una sociedad democrática*. Edit. SENAME, Santiago, 1992, pp. 272-289.

En este sentido, se ha dicho con razón que el sistema tutelar de menores es un "sistema penal reforzado"<sup>5</sup>, que se caracteriza porque a los menores se les aplican sanciones propias del sistema de reacción punitiva, pero no las garantías que se exigen para su aplicación.

La ya célebre pretensión de las leyes de menores de haber "excluido a los menores del Derecho Penal" se ha revelado como un anhelo incumplido. La falta de dispositivos garantísticos en las leyes de menores permitió que el sistema punitivo se extendiera más allá de los ámbitos de un derecho penal del hecho, basado en los principios de legalidad y culpabilidad, hacia un derecho penal de autor, fundado en la peligrosidad social.

Sin duda, el elemento central que ha servido para el análisis crítico de los sistemas de menores ha sido la comparación entre las leyes tutelares de menores, y los principios y derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de carácter general, es decir, aquellos aplicables a los niños en cuanto personas humanas, como de carácter específico, esto es, destinados a la consagración y protección de sus derechos como niños.

Siguiendo al Comité de Derechos Humanos, lo que determina la aplicabilidad de los derechos y garantías reconocidos a las personas frente al sistema penal no es el hecho de que el derecho interno lo reconozca como derecho penal, ni que éste califique las conductas como delictuales, sino las consecuencias que su aplicación puedan implicar para el interesado<sup>6</sup>. Por ello, las garantías penales sustantivas y procesales deberán respetarse en todo proceso en que pueda afectarse la libertad personal o aplicarse al interesado alguna otra consecuencia de tipo punitivo.

En consecuencia, la definición del objeto de análisis del estudio —los derechos del niño ante el sistema penal— exigirá revisar la forma en que se ha constituido el sistema de protección internacional de los Derechos de los Niños y el paralelo desarrollo del Derecho Tutelar de Menores en Chile.

Ninguno de estos puntos se encuentra suficientemente estudiado en el país; su delimitación teórica es confusa y no existe un mínimo consenso

<sup>5</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, "El Sistema Tutelar de Menores como reacción penal reforzada", en *Psicología Social y Sistema Penal*, Compilación de F. Jiménez Burrillo y M. Clemente. Alianza Universidad, Madrid, 1986, pp. 209-228.

<sup>6</sup> Así se resolvió el problema de la aplicación de las garantías procesales a los menores que, por ser "inimputables", no podían ser "personas acusadas de delito". Comité de Derechos Humanos, interpretación del art. 14.2. del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, *Caso Salgar de Montejo con Colombia* (Nº 64/1979) párr. 10.4. Citado por Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, 1989, p. 327.

doctrinario sobre sus componentes y relaciones principales. Además es un asunto que, como se podrá observar, se encuentra en constante evolución teórica y legislativa<sup>7</sup>.

Este trabajo pretende desarrollar específicamente estos dos aspectos: los derechos del niño, en especial su reconocimiento en los instrumentos internacionales y la relación del niño con el sistema penal, materias de las que se ocupan los dos primeros capítulos; el tercer capítulo hace un paralelo acerca de la legislación vigente en Chile a la luz de los derechos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y algunas reglas internacionales de Naciones Unidas referidas a la materia.

Recapitulando lo ya expuesto, hay que considerar que el análisis que sigue se funda en tres premisas fundamentales:

- a) El niño es titular de los derechos que las constituciones, instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas.
- b) El sistema de menores, en la medida que restrinja la libertad personal o utilice otros recursos de tipo punitivo, debe respetar a lo menos las garantías penales.
- c) El niño goza, además, de derechos y protecciones específicas contempladas en diversos instrumentos nacionales e internacionales.

## I. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Diversas investigaciones revelan que la consideración jurídica del niño, y en consecuencia sus derechos, obligaciones y relaciones jurídicas son, más que en otros ámbitos del derecho, el resultado de la imagen social del sujeto o grupo de personas a los que se les asigna la titularidad de los derechos, es decir, del rol, lugar y valor que los niños tienen en una sociedad y cultura determinada.

Desde las polémicas investigaciones de Ph. Ariès, continuadas con diferentes enfoques por autores como Lloyd DeMause y Jacques Donzelot entre otros, se ha tomado conciencia de que el concepto infancia, entendido como una "categoría social separada del conjunto de las personas", es reciente y que su consolidación jurídico-social sólo se produce a fines del siglo pasado y comienzos de éste. Los estudios históricos muestran que la infancia no es una categoría inmutable en el tiempo y que, por el contrario,

---

<sup>7</sup> El estudio más completo y reciente sobre la materia es *Niños y Adolescentes. Sus Derechos en Nuestro Derecho*, de M. Cillero, J. Couso, M. Juste y P. Urzúa. Edit. SENAME, Santiago, 1995.

está ocurriendo en el presente un profundo cambio en la imagen social del niño que tiene hondas implicancias jurídicas<sup>8</sup>.

A su vez es posible afirmar que el nuevo concepto jurídico sobre la infancia, del niño como sujeto de derecho, ejerce gran influencia en la imagen social del niño. Imagen social e imagen jurídica de la infancia se van construyendo mutuamente. Goran Therborn lo señala explícitamente, afirmando que:

“el derecho es un determinante principal para los problemas relacionados con los menores ... la ley, tanto en el momento en el que se decide como en el que se ejecuta, y los avances que proponen las políticas públicas, pueden ser tomados como indicadores de las concepciones dominantes en un momento dado, de las normas y valores –aunque no necesariamente mayoritarios– que imperen en una sociedad”<sup>9</sup>.

El rol del derecho en la imagen social del niño y de ésta sobre aquél, es, entonces, de radical importancia para comprender la evolución histórica de la legislación sobre infancia y explicar las profundas contradicciones entre leyes de fuente nacional e internacional, vigentes en un mismo país.

Un análisis de la legislación chilena sobre la infancia permite encontrar tres grandes etapas históricas que son coincidentes con las descritas en estudios sobre la evolución de la legislación sobre la infancia en la región<sup>10</sup>. La primera etapa puede caracterizarse como de inexistencia de legislación especial, en que el niño es considerado como una excepción al sistema jurídico de los adultos; una segunda etapa se califica como de control/pro-

<sup>8</sup> Ph. Ariès, *La Infancia y Vida Familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, Madrid, 1988; Ll. DeMause, “The Evolution of Childhood”, en *History of Childhood Quarterly*, 1973-94, 1, 503-507; J. Donzelot, *La Policía de las Familias*, Pre-Textos, Valencia, 1979. Estas investigaciones no son coincidentes, sino que muchas veces polémicas entre sí, pero todas ellas revelan la existencia de un profundo cambio y evolución en la consideración histórico/social de la infancia. Un análisis completo de la discusión histórica acerca de la infancia en Ph. Veerman *The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood*, Martinus Nijhoff Publishers, Ad Dordrecht, The Netherlands, 1992, pp. 3-11. También en Emilio García Méndez, *Derecho de la Infancia/adolescencia en América Latina*, Forum Pacis, Bogotá, 1994, pp. 38-40 y Göran Therbrorn, “Los Derechos de los Niños desde la constitución del concepto de menor. Un estudio comparado de países occidentales”, en *Intercambio Social y Desarrollo del Bienestar*, Luis Moreno compilador, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, Madrid 1993, pp. 77-143.

<sup>9</sup> G. Therborn, *op. cit.*, nota 8, pp. 81-82. En igual sentido: Emilio García Méndez, *op. cit.*, nota 8, pp. 75-86.

<sup>10</sup> Ver por ejemplo *Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina*, Varios Autores, compilación de E. García Méndez y E. Carranza. Estudio auspiciado por UNICRI e ILANUD, Depalma, 1991; y *A Arte de Governar Crianças* F. De Pilotti e I. Rizzini; Instituto Interamericano del Niño/ Universidad Santa Ursula, Rio de Janeiro, 1995.

tección de la infancia cuya expresión son las leyes especiales de menores; y una tercera etapa de reconocimiento de los derechos del niño, en que éste es considerado un sujeto de derecho, período que se inicia con la ratificación, en agosto de 1990, de la Convención sobre los Derechos del Niño y que debiera culminar, en sus aspectos normativos, con la adecuación de la legislación interna nacional a los principios, directrices y derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>11</sup>.

### I.a. Niños y menores, un asunto de definiciones jurídicas

Al revisar las más modernas investigaciones jurídicas sobre la infancia se observa que ellas tienen una base común: el cuestionamiento y análisis histórico-crítico de la construcción del concepto de menor<sup>12</sup>.

Estos análisis corresponden, según uno de sus más destacados cultores en América Latina, a lo que C. Wright Mills denomina una "investigación crítica" en el sentido de "aquellos análisis que, desmitificando y poniendo en claro las causas reales del malestar social y la indiferencia contemporánea, permiten un conocimiento más profundo de la realidad"<sup>13</sup>.

Este enfoque "crítico" recoge las conclusiones de Ariès y otros historiadores ya reseñados, en el sentido de que la minoría de edad es un hecho social que se construye históricamente y no un dato ontológico, ahistórico y de carácter universal. Su método consiste en "problematizar" los conceptos tradicionales de infancia y minoridad, y remarcar el carácter definitorial de la ley para la creación de la categoría jurídica menor y, en particular, para la denominación "menor en situación irregular".

También un análisis desde el punto de vista del lenguaje de la palabra "menor" —referido a una persona—, muestra que se trata de un concepto relacional o alterativo; es decir, para poder determinar las características que lo definen, es necesario establecer una comparación: siempre se es menor en relación a otro y a determinadas características.

De este modo, para utilizar jurídicamente la palabra menor, se requiere que existan criterios para diferenciar a los menores de los mayores, y que la autoridad (legislativa o judicial) establezca los patrones de comparación.

<sup>11</sup> Al respecto, ver M. Cillero, "Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile", en *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, F. Pilotti coordinador. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pp. 75-138.

<sup>12</sup> En esta línea ver los estudios de A. Platt, *Los Salvadores de los niños o la invención de la delincuencia*, Edit. Siglo XXI, segunda ed. 1982; y los ya citados de Therborn, Veerman y García Méndez en nota 8.

<sup>13</sup> Ver E. García Méndez, *Autoritarismo y control Social*, Edit. Hammurabi, 1987, p. 21, citando a C. Wright Mills *The sociological Imagination*.

En este sentido, Therborn plantea que para la constitución del concepto moderno de menor, "la ley tiene particular importancia porque la posición social de los implicados por su dictamen -esto es, la posición de los menores en una sociedad de adultos- es una variable de posición definida y/o expresada por la ley"<sup>14</sup>.

En suma, el concepto "menor" lleva implícita la idea de diferenciación y la necesidad de definición. Es el resultado de una construcción jurídico-social, basada en definiciones y atribuciones de características, que tiene como objetivo diferenciar a unas personas de otras: personas menores y personas mayores.

Esta construcción es intencionada, esto es, se realiza para lograr determinados fines de carácter sociopolítico, que traducidos al ámbito jurídico serán "político-jurídicos" y en el ámbito penal, "político-criminales". Los ejemplos clásicos son la definición del menor para fines de protección y auxilio y la separación de menores adultos para la aplicación del sistema penal.

Esta diferenciación puede ser de signo positivo o negativo, en el sentido que tanto puede establecer privilegios como discriminaciones que pueden importar un menoscabo o segregación de los sujetos a los que se aplica. El que estas diferenciaciones se constituyan en uno u otra dependerá de los criterios de definición y atribución utilizados. El análisis histórico de la legislación latinoamericana ha llevado a concluir que la categoría jurídica "menor" y, en particular, la de "menor en situación irregular", constituye una categoría residual dentro de la infancia, marcada por sus carencias, incapacidades y conflictos.

El análisis de la legislación penal de menores chilena es congruente con estas observaciones teóricas. En Chile el concepto penal de "menor" no está basado en un criterio biológico, ni es un concepto universal. Las personas son definidas penalmente como menores cuando, además de satisfacer ciertos requisitos biológicos (edad), se cumple con determinadas definiciones normativas (relativas a la capacidad de actuar y la valoración social de las conductas). Estos elementos, propios del derecho penal, se vincularán con la necesidad de protección o control de los sujetos que cumplen con estas condiciones, que son abordadas desde las leyes especiales de menores.

En consecuencia, pese a que el sentido común hace pensar que el menor de la ley de menores es una categoría natural definida a partir de un

---

<sup>14</sup> G. Therborn, *op. cit.*, nota 8, p. 82.

parámetro objetivo como la edad, en realidad las leyes de menores utilizan como criterio de diferenciación las ideas de incapacidad y de inimputabilidad, las cuales están ligadas al desarrollo de la inteligencia y la voluntad. En el ámbito penal esta diferenciación refiere además al concepto, eminentemente subjetivo y controvertido, de discernimiento que ha llegado a interpretarse según teorías peligrosistas y de utilidad social que se revisarán más adelante.

De este modo, se trata de una determinación normativa, que difiere en los distintos ámbitos de la vida sociojurídica (se puede ser menor en algunos campos de la vida jurídica y no en otros), complementada en el campo de la responsabilidad penal, con la declaración judicial sobre la capacidad de discernimiento que realizan los Tribunales especiales de menores<sup>15</sup>.

En consecuencia, el concepto jurídico de menor, más allá de otras aplicaciones jurídicas, permite distinguir aquellos niños y jóvenes a los que le son aplicables las leyes especiales de menores. El término menor se aplica, entonces, a personas declaradas legal o judicialmente como incapaces o inimputables, que se encuentran en situaciones o han incurrido en actos para los cuales su incapacidad o inimputabilidad es relevante; situaciones que en el ámbito de las leyes de menores se encuentran previstas como el "abandono", el "peligro material" y la comisión de infracciones a la ley penal. A estos niños y jóvenes se les denomina, por la doctrina y la ley, "menores en situación irregular"<sup>16</sup>.

Esta construcción jurídica está siendo superada a partir de los avances realizados por la legislación internacional en los últimos años que han impactado fuertemente a las legislaciones nacionales. Hay que recordar que en el continuo avance y perfeccionamiento de las definiciones jurídicas y reconocimiento de los derechos del niño se observa una constante interacción entre los progresos en los ordenamientos jurídicos nacionales y los acuerdos internacionales. No es posible estudiar unos sin otros.

A partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la mayor parte de los países que mantienen legislaciones similares a la chilena han comprendido que sus leyes no son suficientes para dar plena validez jurídica a los derechos de los niños y han emprendido, en consecuencia, procesos de reforma y adecuación legislativa que asumen a la

<sup>15</sup> La utilización del criterio de discernimiento ha sido abandonada en la mayor parte del mundo y a ello contribuyó decisivamente el surgimiento de leyes de menores. Chile constituye una excepción a esta situación general.

<sup>16</sup> Ver más adelante el capítulo II de este trabajo.

Convención sobre los Derechos del Niño como el eje inspirador de la reforma. Estados como Brasil, Perú, Bolivia, El Salvador y Ecuador ya han realizado profundas reformas legislativas, mientras que en muchos otros, incluido Chile, existen comisiones de reforma o proyectos en trámite.

Estas reformas se han orientado hacia la superación del establecimiento de una categoría jurídica especial para los niños y adolescentes. Así se ha tendido a reconocer al niño y al adolescente su carácter de persona dotada de los derechos humanos generales y de derechos y protecciones especiales atendido su estado de desarrollo, superando esa distinción tan radical entre adultos y menores, basada exclusivamente en la consideración de la capacidad jurídica.

Por su parte, también se pretende legislar para la totalidad de la infancia y no para un segmento de ella —el grupo de menores definidos como en situación irregular—, superando de este modo la segregación de la infancia en categorías jurídicas diferentes que se había producido tras la aplicación de las leyes de menores y sus sistemas de tutela y control.

Esta tendencia ha llevado a que en América Latina las nuevas leyes basadas en la Convención sobre los Derechos del Niño hayan optado, en muchos casos, por prescindir del uso del término “menor”, como lo hizo el Estatuto del Niño y el Adolescente del Brasil.

#### **I.b. La protección internacional de los derechos de los niños**

Recién en el S. XX se produce en la comunidad internacional un desarrollo efectivo de instrumentos específicos para la protección de los niños<sup>17</sup>. Antes de ello, los derechos de los niños no tenían reconocimiento en textos de derecho positivo o se encontraban dispersos en diferentes instrumentos internacionales.

La importancia de la positivización de los derechos humanos ha sido estudiada y puesta de manifiesto por diversos autores<sup>18</sup>, situación que en el caso de los niños y jóvenes adquiere un mayor valor, ya que a ellos, por lo general, se les reconoce en las legislaciones nacionales una capacidad jurídica limitada<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Al respecto ver entre otros M. I. Álvarez Vélez, *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Facultad de Derecho-ICADE. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pp. 1-9; D. O'Donnel, *op. cit.*, nota 6; y *La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido*, Revista Infancia, N° 230, Tomo 63, julio de 1990. Boletín del Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1990, pp. 11-25.

<sup>18</sup> Ver, por ejemplo, G. Peces-Barba, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Edit. Debate, Madrid 1987, pp.12 y ss.

<sup>19</sup> Al respecto ver el completo análisis de G. Therborn, *op. cit.*, nota 8, pp. 81 y ss.

Por la positivización, los derechos humanos se convierten en derechos subjetivos "puesto que su contenido, su alcance y su límite, así como su garantía y tutela quedan determinados"<sup>20</sup>. En consecuencia, al reconocer derechos humanos específicos a los niños y jóvenes, se les está "constituyendo" como sujetos jurídicos con derechos subjetivos frente a los adultos y al Estado.

Como señala Bidart Campos, se trata del reconocimiento de los "derechos humanos en su etapa de minoridad" y de "invertir a cuantas personas forman sus respectivas poblaciones de la titularidad de los derechos que se reconocen"<sup>21</sup>.

La genuina y plena positivización en instrumentos internacionales de los derechos del niño culmina con la aprobación y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a partir de 1989, cuyo contenido y fundamento supera anteriores concepciones jurídico-sociales de la infancia, basadas en relaciones de dependencia y subordinación a los padres y la autoridad.

En el ámbito de los instrumentos internacionales se observa que existen instrumentos generales de derechos humanos y específicos para la infancia; algunos abordan la universalidad de los derechos del hombre o el niño y otros sólo algunos aspectos específicos. También existen instrumentos de alcance regional o mundial.

En todos los instrumentos generales de Derechos Humanos, cualquiera sea su alcance territorial, se observa que los derechos son establecidos, mayoritariamente, para "toda persona" o bajo las fórmula "a nadie o ninguna persona", disposiciones que, sin duda, incluyen a niños y adultos en los derechos y protecciones que consagran.

Existen ciertos y limitados derechos que son expresamente reconocidos para mayores de edad -los denominados derechos políticos para los que los pactos de San José y de Derechos Civiles y Políticos exigen ser mayor de edad-, o la regulación de cierta edad para contraer matrimonio, por ejemplo.

Hay también algunos derechos establecidos solamente en beneficio de los niños y adolescentes, como el de protección especial, que, sin embargo, se encuentran contenidos en instrumentos generales como el Pacto Interna-

<sup>20</sup> A. Montoro Ballesteros, "Sobre el Proceso de Positivización de los Derechos Humanos", en *Persona y Derecho*, N° 11, EUNSA, 1984, p. 301, citada por M. I. Alvarez, *op. cit.*, nota 17, p. 15.

<sup>21</sup> G. Bidart Campos, *op. cit.*, nota 2, p. 9.

cional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente hay un conjunto de derechos reconocidos para los niños en instrumentos específicos para la infancia.

En consecuencia, "resulta forzoso reconocer que el menor como "persona" tiene, en lo esencial, los mismos derechos que los adultos y algo más, el derecho a una protección adicional"<sup>22</sup>.

Por esta razón, todos los instrumentos están estrictamente relacionados y es conveniente estudiarlos en su conjunto. Sin embargo, la evolución de los derechos de los niños tuvo un avance cualitativo, un verdadero hito confirmatorio del *status* de persona del niño, con la Convención sobre los Derechos del Niño, que dejó atrás las dudas existentes acerca de la aplicación de los instrumentos internacionales en favor de ellos, entre otras razones, al enunciar en su artículo 41 el principio de reserva de una norma más favorable:

*"Nada de lo dispuesto en la presente convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un estado parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho estado".*

Es decir, se reafirma la vigencia de todas las protecciones establecidas en favor de los derechos del niño y la necesidad de hacer un análisis de las garantías penales en el marco global del sistema de derechos humanos.

#### **I.b.1. *El primer instrumento internacional específico de derechos del niño: la Declaración de Ginebra***

La Sociedad de las Naciones adoptó, en su V asamblea del 24 de septiembre de 1924, el primer texto formal sobre los derechos de los niños, denominado "Declaración de Ginebra". Este texto se basa en un documento denominado "Declaración de los Derechos del Niño" elaborado por Englantine Jebb, fundadora de distintas organizaciones destinadas a "salvar a los niños"<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> R. Schurmann Pacheco, "El Grado de Eficiencia en Uruguay del Sistema Penal Minoril como Límite del Control Social", en *Del Revés al Derecho*, Varios Autores. libro auspiciado por UNICEF, UNICRI e ILANUD, Edit. Galerna, Buenos Aires, 1992, p.222.

<sup>23</sup> Como el "Fondo para salvar a los niños", luego la "Unión Internacional para Salvar a los Niños". Sobre E. Jebb, Ver Ph. Veerman *op. cit.*, nota 8, pp. 87-92. En un sentido crítico, recordar la obra ya clásica de A. Platt citada en nota 12.

Si bien estos instrumentos utilizan el concepto "derechos de los niños", ellos contemplan más bien un conjunto de principios humanitarios limitados a establecer indicaciones respecto del trato que los niños deben recibir de parte de la sociedad.

El texto de la Declaración de 1924 se encuentra redactado a partir de cinco preceptos que contienen "deberes", de la humanidad que pueden resumirse en: propender al desarrollo físico y espiritual; proveer a la alimentación; asistir en la enfermedad; promover la asistencia a la escuela; concurrir a la protección y corrección; prestar socorro prioritario; proteger de la explotación económica; y brindar una educación que inculque el sentimiento del deber de poner todas sus cualidades al servicio del hermano<sup>24</sup>.

La Declaración de Ginebra corresponde perfectamente a lo que anteriormente se denominó vertiente humanitaria, que concurrió a formar la legislación de menores latinoamericana de la segunda y tercera década del presente siglo.

Respecto a los conflictos en que se pudieran ver involucrados los niños, la declaración no hace referencia expresa a las infracciones penales, sino que las trata en conjunto con situaciones muy diversas y adhiere a un ideal de corrección y rehabilitación<sup>25</sup>.

La Declaración no establece derechos específicos; sin embargo, se orienta en la línea de no aplicar el sistema penal a los niños, tanto en la definición de las conductas como en la reacción social. El número 2 de la Declaración señala:

*"El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella; el huérfano y el abandonado deben ser corregidos y socorridos".*

La referencia a la desviación, la corrección y el deber de volver al niño a la "buena senda" presentan una propuesta alternativa a la aplicación del sistema penal para el tratamiento jurídico de las infracciones a la ley penal.

Desde el punto de vista jurídico, esta "Declaración de Derechos" no recoge explícitamente los derechos que desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 son considerados clásicos, como

<sup>24</sup> Ver Declaración de Ginebra y su análisis en M. I. Alvarez, *op. cit.*, nota 17, pp. 21-25.

<sup>25</sup> En este sentido ver A. Platt, *op. cit.*, nota 12. Sobre el "ideal de rehabilitación" ver N. Morris, *El Futuro de las Prisiones*, Edit. Siglo XXI, cuarta ed., 1987.

la libertad, la igualdad y la seguridad. En síntesis, son solamente un conjunto de "deberes básicos que asume la humanidad y que emanan de un intento claro de evitar que los niños sufrieran aún más los resultados de la guerra"<sup>26</sup>.

Lo incompleto de esta Declaración reafirma la idea que los niños son un "objeto jurídico", una "categoría de personas que deben ser protegidas"<sup>27</sup>, más que un sujeto al que se le reconocen derechos en sus relaciones sociales. En este primer texto internacional, igual que en la mayoría de las leyes de menores del continente americano de esa época, los niños adquieren relevancia jurídica, en la medida que tienen necesidades que importan deberes para sus padres, otros adultos o el Estado.

Estos textos confunden los derechos de los niños con las facultades, prerrogativas y deberes de los padres o personas responsables de los niños. Por esta razón su expresión a nivel nacional (Ley 4.447 de 1928) fue la profundización de la tendencia a dictar leyes de protección de menores centradas en la satisfacción de sus necesidades y en la determinación de las facultades y responsabilidades de los padres y del Estado.

Su mayor valor se expresa en que los niños comienzan a salir de la indiferencia jurídica y del ámbito de la subordinación privada, para pasar a convertirse en un asunto público, en una existencia valiosa y vulnerable, que debe ser protegida. Como señala Therborn, corresponde a una de las fases, tal vez la última, del proceso de "constitución del concepto moderno de menor que definió lo que es minoría de edad y menor", a la que le seguirá la de "emancipación"<sup>28</sup> que, a nuestro juicio, sólo culmina sesenta y cinco años después con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La mayor debilidad de esta concepción es que alienta la imagen de un niño con derechos especiales, contruidos al margen de los derechos reconocidos a todas las personas y fortalece la idea de separar a los niños de los procedimientos y protecciones jurídicas propias de todas las personas. En lugar de una protección complementaria se promovió la separación del tratamiento jurídico del niño con el del adulto.

La incorporación de estos principios a la legislación penal aplicable a los niños es compleja, traduciéndose fundamentalmente en un impulso

<sup>26</sup> M.I. Alvarez, *op. cit.*, nota 17, p. 24.

<sup>27</sup> Ph. Alston, "The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", en *The Best Interest of The Child*. Edited by Philip Alston, UNICEF, Oxford University Press. 1994, p. 1.

<sup>28</sup> G. Therborn *op. cit.*, nota 8, pp. 83-83.

despenalizador que, como se verá más adelante, al fundirse con ideas provenientes del positivismo naturalista, consolidó un sistema punitivo/tutelar o de protección/represión de los niños y jóvenes infractores que desconoce los derechos reconocidos a todas las personas que son sometidas a la justicia penal.

### **I.b.2. *Los derechos del niño en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por Naciones Unidas en 1948***

Después de la Segunda Guerra Mundial se forman las Naciones Unidas, cuya Asamblea General aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 12 de diciembre de 1948. Los derechos contemplados en la Declaración son aplicables a todos los hombres, incluidos los niños, en virtud del principio de no-discriminación e igual protección ante la ley (arts. 2 y 7 de la Declaración Universal).

La Declaración Universal de Derechos Humanos contempla derechos y garantías vinculados a la aplicación del sistema penal que debieran considerarse en la legislación de infancia y que han sido posteriormente recogidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entre estas disposiciones pueden citarse la prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5 Declaración, recogida por el art. 37 letra a de la Convención sobre los Derechos del Niño); la prohibición de la detención, prisión o destierro arbitrarios (art. 9 Declaración y 37 b) Convención sobre los Derechos del Niño); el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales de Justicia y a ser oída por un Tribunal imparcial (arts. 9 y 10 Declaración, recogido por el art. 40.2.a) de la Convención); la presunción de inocencia, la irretroactividad de la ley penal y el derecho a la defensa (art. 11 de la Declaración y 40.2.a) de la Convención).

En el ámbito específico de la niñez, la Declaración Universal de Derechos Humanos contiene disposiciones destinadas a la protección de la familia que es considerada el "elemento natural y fundamental de la sociedad" (art. 16.3), el "derecho a cuidados y asistencias especiales (y) a la igual protección social de los hijos nacidos dentro como fuera del matrimonio" (Art. 25.2).

También es importante mencionar el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia..." Este derecho es recogido por el art. 16 de la Convención de Derechos del Niño.

La Declaración, finalmente, contempla también importantes derechos en el ámbito de la cultura y la educación que son parte integrante del derecho al desarrollo de los niños y jóvenes contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

### **I.b.3. Los derechos del niño y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Roma 1950)**

En el ámbito del Consejo de Europa se celebra este Convenio que queda abierto a la ratificación de los países miembros.

Es importante detenerse en este documento regional de derechos humanos, por cuanto él hace referencia a la vinculación de los "menores" con el sistema penal.

En particular es de relevancia analizar el artículo 5 que establece:

*"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido en la ley:*

*"...d) si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente".*

El interés de esta disposición radica, más que en la solución que plantea, en el hecho que se haya considerado necesario hacer mención expresa a la regulación y calificación jurídica de los internamientos en instituciones para niños y adolescentes. En efecto, si el Consejo de Europa estimó imprescindible contemplar los internamientos de niños en instituciones y su detención dentro de las restricciones legítimas al derecho a la libertad personal, fue porque de otra manera estas restricciones o medidas habrían resultado ilegítimas y violatorias de la libertad personal. De este modo es necesario concluir que, para el Consejo de Europa, se requiere de autorización expresa para privar de libertad a los niños, aun por razones de vigilancia o educación.

Si se sigue la discusión constitucional sobre este punto en América Latina, se verá que en las Constituciones de nuestros países se mantuvo intacta la garantía a la libertad personal, no se estableció el internamiento en instituciones de vigilancia o educación como excepción y, sin embargo, éste se aplicó sin discriminación —sin ningún reparo constitucional— prácticamente hasta fines de la década de los ochenta<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Al respecto, ver E. García Méndez, *op. cit.*, nota 8, p. 84 y R. Schurmann Pacheco, *op. cit.*, nota 22.

La concepción más reciente, seguida por los instrumentos internacionales, es contraria a la privación de libertad por factores de vigilancia o educación, ya que ella constituiría un derecho penal de autor o una discriminación arbitraria en contra de los niños o adolescentes respecto de los adultos; igual posición se expresa respecto a los internamientos por protección<sup>30</sup>. De este modo, desde la Convención sobre los Derechos del Niño la disposición que se comenta se encuentra superada y se puede afirmar que ella es contraria a la actual evolución de los Derechos Humanos<sup>31</sup>; la prueba más importante de ello es que no fue retomada en ningún otro texto posterior.

En conclusión, esta disposición tiene un valor histórico en cuanto es la primera que a nivel internacional plantea el problema de la legitimidad de la privación de libertad por causas no penales y reconoce expresamente el carácter de privación de libertad de las internaciones fundadas en la vigilancia o la educación, asunto que aún hoy día es discutido en nuestro país, existiendo todavía quienes sostienen que estas internaciones no son violatorias del derecho a la libertad personal<sup>32</sup>.

#### **I.b.4. La Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959**

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 surge una enorme cantidad de instrumentos específicos que protegen y desarrollan algunos de los derechos enunciados en ella. La situación de la infancia y la protección de la familia son objeto de múltiples instrumentos particulares, y hasta el año 1989 "los compromisos para la protección de la infancia se encontraban diseminados en más de 80 tratados y declaraciones internacionales"<sup>33</sup>.

La comunidad internacional mantuvo una permanente preocupación por la infancia. Las Naciones Unidas crearon en 1946 el Fondo Internacional de Socorro a la Infancia, que posteriormente pasó a llamarse Fondo de Nacio-

<sup>30</sup> Al respecto, ver Rita Maxera, "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica", en *Del Revés al Derecho*, op. cit., nota 22, pp. 189-192.

<sup>31</sup> El contexto en que se encuentra la norma también conspira contra una interpretación restrictiva de la privación de libertad. La letra e) del art. 5 se refiere al internamiento "conforme a derecho de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o un vagabundo".

<sup>32</sup> Al respecto ver Cillero, op. cit., nota 11, que aborda el tema de la privación de libertad por protección aun en cárceles de adultos que tuvo que ser superado a través de expresas disposiciones legales promulgadas el año 1989 y perfeccionadas con la Ley 19.343 de erradicación de niños de las cárceles dictada en 1994.

<sup>33</sup> Stelia Maris González, *La Protección de la Infancia en el Marco del Derecho Internacional*, Edita Cruz Roja, Madrid, 1991, pp. 49-50. Para un análisis completo de estos textos ver Alvarez Vélez, op. cit., nota 17, pp. 30-74 y Veerman, op. cit., nota 8, pp. 153-180.

nes Unidas para la Infancia, más conocido como UNICEF. Esta agencia de Naciones Unidas surgió de la fusión de tres organizaciones que habían pertenecido a la Sociedad de las Naciones y que eran viva muestra de la preocupación internacional por la situación de la infancia y, en particular, de la que había sido afectada por las dos grandes guerras de la primera mitad del siglo.

A UNICEF le cupo un importante rol en la elaboración y difusión de la Declaración Universal de Derechos del Niño aprobada en 1959. Al producirse la fusión en 1946, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas promovió que se adoptara el texto de la Declaración de Ginebra, al cual se le hicieron algunas pequeñas modificaciones sin cambiar su espíritu general.

Ya en 1950 se elaboró un nuevo texto de Declaración Universal de Derechos del Niño, que fue analizado desde la perspectiva de uniformar la Declaración del Niño 1924 corregida y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Correspondió a la Comisión de Derechos Humanos estudiar el asunto; en ella se formaron dos opiniones: una dirigida a redactar una Convención, que crearía obligaciones precisas para los estados partes y dotaría a los derechos de los niños de una fuerza jurídica mayor. La otra, que fue la fórmula elegida, proponía que se formulara una Declaración, basada en la aplicación de los principios generales de derechos humanos a la realidad de los niños<sup>34</sup>.

El 20 de noviembre de 1959 se aprueba por la unanimidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos del Niño. La Declaración se estructura sobre la base de diez principios y es un texto caracterizado por su brevedad. Según se dispone en el segundo considerando, la Declaración debe entenderse como una especificación o complemento de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El contenido de la Declaración no aborda los aspectos más directamente vinculados a la relación del niño con el sistema penal; sin embargo, establece el derecho del niño a gozar de una protección especial y a que se considere su interés superior por las personas encargadas de su educación y orientación.

La Declaración no tenía fuerza obligatoria y su necesaria generalidad, determinada por su brevedad, la convierten fundamentalmente en un instrumento destinado a fortalecer la conciencia de la sociedad por las necesidades y derechos de los niños. La influencia de la Declaración fue impor-

---

<sup>34</sup> Ver Alvarez Vélez, *op. cit.*, nota 17, pp. 36 y 37.

tante en diversos ámbitos de la vida de la infancia, en particular en los llamados derechos de supervivencia y desarrollo, pero, ciertamente, limitada en sus contenidos y en su fuerza jurídica, no fue un mecanismo eficaz para regular y limitar la aplicación indebida del sistema punitivo a los niños, hecho que, como se verá, continuó siendo generalizado en las distintas legislaciones nacionales.

Como bien señala Alston, la Declaración todavía se mantenía en un contexto en que el niño era más un objeto de derecho que un sujeto<sup>35</sup> y según Ruiz-Giménez su:

"influencia benéfica no ha sido suficiente para movilizar a los Gobiernos ni a las sociedades civiles respectivas para poner en marcha reformas radicales (que impidan) que los (niños) que sobreviven estén sometidos a crueles violaciones de todos los derechos fundamentales proclamados por la noble Declaración de 1959, los pactos de 1966 y las otras normas emanadas de Naciones Unidas"<sup>36</sup>.

#### **I.b.5. Los pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Estos instrumentos están destinados a dar plena eficacia jurídica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el fin de que sus principios, directrices y derechos adquieran inequívoca obligatoriedad jurídica a través de la ratificación de los Pactos por los Estados miembros de Naciones Unidas.

En ellos se contemplan normas generales que son aplicables a la infancia en virtud del principio de igualdad y algunas disposiciones específicas vinculadas a los derechos de los niños y la familia.

En el ámbito de las disposiciones penales aparecen en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos las que se podrían denominar las primeras garantías o derechos específicos de los niños ante el sistema penal contenidas en un instrumento universal de carácter vinculante:

*Artículo 6 Nº 5: "No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de dieciocho años de edad ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez".*

<sup>35</sup> Alston, Ph. op. cit. (27), p. 4.

<sup>36</sup> J. Ruiz-Giménez, *Evolución de los Derechos del Niño*, Revista Infancia, Boletín Instituto Interamericano del Niño, Nº 230, julio 1990, Montevideo, p. 29.

*Artículo 10 N° 2 a: "Los menores procesados estarán separados de los adultos, y deberán ser llevados a los Tribunales de Justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento".*

*Artículo 10 N° 2 b: "Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica"*

*Artículo 14 inc. 1o. : "...toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en el caso que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".*

*Artículo 14.4 : "En el procedimiento aplicable a menores de edad, a efectos penales, se tendrá en cuenta esa circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social".*

Este conjunto de garantías básicas, unidas a las reconocidas a todas las personas, significan un reforzamiento innegable de la posición jurídica del niño ante el sistema penal. El hecho de que al tratar de los diferentes derechos en forma sistemática se incorporara excepciones o normas especiales favorables a los niños y jóvenes, revela que el Pacto siempre los tuvo a la vista. En consecuencia, es posible interpretar que el reconocimiento de las demás garantías y derechos se hace tanto para los "menores" como para los adultos, en virtud del principio de no discriminación establecido en el artículo segundo.

Es interesante observar que cuando el Pacto quiere ser preciso y taxativo como en la prohibición de la pena de muerte, se refiere a personas de menos de dieciocho años; en los otros artículos, de un modo menos estricto, habla de menores.

El Pacto, además, vuelve a reconocer que "la familia es el elemento natural fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 23); reconoce el derecho del niño al nombre, al registro y a la nacionalidad (art. 24).

Finalmente, especial importancia tiene el art. 24.1 que establece un principio general de protección:

*"Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como por la sociedad y el Estado".*

Del análisis del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se puede desprender que éste es el primer texto que asume efectivamente la óptica de derechos, para establecer las relaciones del niño ante el sistema penal y es un precedente directo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge un conjunto de derechos de todas las personas y, a la vez, establece normas especiales para los niños. Como es lógico, el derecho a la educación tiene como titulares privilegiados a los niños, y, en una medida distinta, igual acontece con el derecho a la salud.

El artículo 10 reitera la protección a la familia y a las madres durante el embarazo y, después del parto y consagra en su número tres una disposición que exige que los Estados tomen medidas destinadas a la protección de la infancia:

*"Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social..."*

#### **I.b.6. Los derechos del niño en los instrumentos regionales americanos**

La Organización de Estados Americanos es el organismo regional internacional más antiguo del mundo; sus orígenes se remontan a 1890, año en que se estableció la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. Incluso antes el panamericanismo se había hecho presente con instrumentos jurídicos como la Unión, Liga y Confederación entre la Gran Colombia y el Perú en 1826.

En la novena conferencia celebrada en Bogotá el año 1948 se adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la Organización de Estados Americanos.

Además de los derechos reconocidos a todas las personas, la Declaración contiene algunas disposiciones específicas sobre los niños, como la protección a la familia y a la mujer embarazada.

Congruente con las ideas de la época, las disposiciones más interesantes están en el capítulo segundo relativo a los deberes:

*Artículo 30: "Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad..."*

*Artículo 31: "Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria".*

Esta Declaración no contiene más normas específicas sobre la infancia.

En 1969 se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

El Pacto de San José es un instrumento clave en el reconocimiento de los derechos humanos en los países de la región. Además de contener todos los derechos generales, este instrumento consagra numerosas disposiciones específicas acerca de los niños, tanto en el ámbito penal, como en las relaciones de familia y otras áreas de derechos.

El artículo 1.2, referente al sujeto titular de los derechos reconocidos, señala que "persona es todo ser humano", por lo que se comprende al niño en todas las disposiciones y, en especial, en el completo catálogo de garantías ante el sistema penal.

En el ámbito de la no discriminación, además de las normas generales, se señala en el art. 17.5 que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijo nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

Además la Convención Americana contempla derechos específicos para lo niños ante el sistema penal, como el "derecho a una justicia especializada y a un tratamiento cuando puedan ser procesados" (art. 5.5), la prohibición de la pena de muerte (art. 4.5) y numerosas disposiciones relativas a sus derechos económicos, sociales y culturales, incluido un conjunto de derechos reconocidos a la familia, que es definida como "el elemento natural y fundamental de la sociedad" (art. 17).

El artículo 19 contempla expresamente el derecho del niño a la protección, señalando:

*Artículo 19: Derechos del Niño.*

*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y del Estado".*

Es interesante que el art. 27, relativo a la suspensión de las garantías en casos excepcionales, señala expresamente entre las garantías que no se pueden suspender los derechos del niño contemplados en el artículo diecinueve recién transcrito.

### **I.b.7. La Convención sobre los Derechos del Niño y la Doctrina de la Protección Integral**

En América Latina se ha dado el nombre de Doctrina de la Protección Integral al conjunto de principios, directrices y derechos contenidos en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas para la protección de los derechos de la Infancia. En general se reconocen cuatro instrumentos como los que configuran esta nueva doctrina que ha venido a reemplazar a las antiguas concepciones sobre la infancia. Ellas son:

- 1) La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que por la universalidad de su contenido y rango es el instrumento más importante y ordenador del resto.
- 2) Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (en adelante, Reglas de Beijing, aprobadas por resolución 40/33 de la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985)).
- 3) Las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (en adelante, Reglas de Riad, aprobadas por resolución 45/113 de la Asamblea General del 2 de abril de 1991).
- 4) Las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1991 (en adelante, Directrices de Riad, aprobadas por resolución 45/112 de la Asamblea General del 2 de abril de 1991).

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye la culminación de un proceso de reconocimiento de los derechos de las personas menores de dieciocho años que se inicia en 1924 con la Declaración de Ginebra y pasa por la Declaración de Derechos del Niño de 1959.

Justamente al celebrarse los 20 años de la Declaración de 1959, se conmemoró el año internacional del niño, oportunidad en la que se asume la propuesta hecha por Polonia el año anterior para adoptar una Convención sobre los Derechos del Niño<sup>37</sup>.

Tras diez años de intensos trabajos, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada y promulgada por Chile en agosto de 1990. Este texto consti-

<sup>37</sup> Un completo análisis de la Historia de la Convención y sus textos preparatorios en Sh. Deetrick, *The United Nations Convention on The Rights On The Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992 y en Ph. Veerman, *op. cit.*, nota 8, pp.181-209. Una visión sobre lo que motivó al Gobierno polaco a proponer la Convención en A. Lopatka, *Work and Experiences in The Initiation Process for The UN Convention on The Rights of The Child*, Eurosocal Report, 45/1993, pp. 131-138.

tuye la especificación de los derechos humanos para el segmento de la población que tiene entre 0 y 17 años.

La Convención sobre los Derechos del Niño representa un consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como la relación del niño con la familia; los derechos y deberes de los padres y del Estado, y las políticas sociales dirigidas a la infancia.

Pese a la dificultad de la materia que aborda, donde los horizontes culturales tan diversos parecen un escollo insalvable, la Convención de Derechos del Niño es aprobada en 1989 y se encuentra muy cerca de ser firmada por todos los Estados de las Naciones Unidas. Ella es el resultado de años de evolución en el reconocimiento de los derechos del niño y constituye, a decir de García Méndez, un "cambio de paradigma fundamental... un salto cualitativo en la consideración social de la infancia"<sup>38</sup>.

Distintos autores reconocen que la Convención es el "más amplio y comprensivo de los instrumentos de derechos de los niños jamás elaborado". Pese a ello se puede afirmar que ya es el instrumento de Derechos Humanos ratificado por el mayor número de países y en el más breve plazo (187 Estados)<sup>39</sup>.

Tres características particulares de la Convención permiten justificar estas afirmaciones:

- a) Su integralidad, superando la distinción entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales;
- b) La consideración de las necesidades de los niños como derechos, estableciendo efectivas garantías para su cumplimiento, incluido un mecanismo de seguimiento, y
- c) La superación de una visión aislada o reduccionista de los derechos del niño, que tendía a diferenciar los derechos de los niños a los de todas las personas.

La Convención supera la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales que había escindido durante

<sup>38</sup> E. García Méndez, *op. cit.*, nota 8, p. 82.

<sup>39</sup> Ver J. Himes, *Implementing The Convention On The Rights Of The Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995, p. 1 y ss. La situación de la Convención sobre los Derechos del Niño al 15 de marzo de 1996 es la siguiente: 187 Estados han procedido a su ratificación, adhesión o sucesión; 2 Estados han firmado pero no ratificado y 4 Estados no son partes ni han firmado. Ver *Informe de la Junta Ejecutiva de Naciones Unidas*, Naciones, Consejo Económico y Social E/ICEF/1996/15, N. York, 8 de abril de 1996.

años los acuerdos internacionales de derechos humanos. Es un instrumento integral, que constituye un "puente entre el desarrollo humano y el desarrollo de los derechos"<sup>40</sup>, que muchas veces se percibían como separados.

En este sentido las "necesidades reales" de los niños son concebidas como derechos y a sus portadores como sujetos, sujetos de derecho<sup>41</sup>. En una visión menos teórica, O'Donnell plantea, analizando los textos preliminares de la Convención, que el niño "no es tan sólo objeto de derecho, sino también sujeto". Numerosas disposiciones de la Convención reafirman este punto: libertad de opinión (art. 11); el derecho a formarse un juicio propio y a ser escuchado (art. 12); el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14); la libertad de emitir y recibir información (art. 13); la libertad de asociación (art. 15), y el derecho a participar libremente en la vida cultural y artística (art. 31).

La Convención supera la visión de los derechos de los niños como un conjunto especial separado de la doctrina tradicional de los derechos humanos; también ella constituye una visión no discriminatoria de los niños, señalando los atributos positivos comunes y los derechos fundamentales que les deben ser reconocidos por el solo hecho de existir.

El niño se transforma en destinatario directo de las normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos; es un sujeto de derecho internacional, que configura su personalidad en la medida que es destinatario de estas normas, pero a la vez se reconoce que adquiere esa titularidad por la sola condición de ser una persona humana, independientemente de la edad que tenga. Esta doctrina ha producido una verdadera "reconstrucción social y jurídica" de los niños y adolescentes.

"La confirmación del *status* del niño como sujeto de los derechos fundamentales... tiene consecuencias que trascienden ampliamente el ámbito jurídico... constituye el punto de partida de todo esfuerzo de reflexión y concientización relativas al niño y su lugar en la sociedad, vale decir, su relación con los adultos"<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> J. Himes, *op. cit.*, nota 38, p. 223. En este sentido J. Grant Director Ejecutivo del UNICEF señaló en su discurso ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en 1993, que:

"mediante la Convención sobre los Derechos del Niño, la comunidad internacional pudo zanjar por primera vez la brecha ideológica que ha separado históricamente los derechos civiles y políticos de los económicos sociales y culturales... aquí tenemos una Convención en la que todos los derechos están completamente integrados. En pocas palabras: son inseparables". (J. Grant, *Los derechos del niño: la base de los derechos humanos*, UNICEF, New York, 1993, p. 6).

<sup>41</sup> Ver Baratta, A. "La Situación de la Protección de los Niños en América Latina". en "La Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina". Varios autores. Ed. La Ley, B. Aires, 1993.

<sup>42</sup> D. O'Donnell, *op. cit.*, nota 17, pp. 23-24.

Los derechos no dependen de ninguna condición especial del niño y se aplican a todos por igual; por el contrario, constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. Así, los derechos reconocidos a los niños limitan la acción del Estado y sus injerencias arbitrarias, desproporcionadas, inadecuadas o innecesarias en la vida de los niños (art. 16 y otros) y exigen que el Estado, los padres y la sociedad presten especial protección a los derechos del niño y al desarrollo del ejercicio autónomo de ellos por el propio niño (art 5 y otros).

Los mecanismos de protección de los derechos de los niños tienen carácter nacional e internacional, ya que los Estados Parte adquieren compromisos ante la comunidad de las naciones y, al incorporarse al derecho interno, son aplicables los mecanismos de garantía propios del sistema interno.

En el ámbito específico de la atribución de consecuencias y reacción ante las infracciones a la ley penal, las repercusiones de esta reconstrucción jurídica del niño como sujeto son importantes. La Convención, especialmente en sus artículos 37 y 40 establece una serie de derechos al niño acusado o declarado responsable de infringir la ley penal, "distinguiendo conceptualmente a esta situación de la situación de desprotección que es la base de medidas de protección, no de sanción"<sup>43</sup>.

Así como las leyes de menores representaron mecanismos de control/protección de la infancia, estos instrumentos internacionales constituyen un mecanismo de configuración de un sujeto de derecho dotado de protecciones especiales que obligan al Estado a actuar en su favor y limitan severamente sus posibilidades de intervención en el campo del control social.

Los fundamentos y límites, propuestos por las normas internacionales constitutivas de la doctrina de la protección integral, para la intervención del Estado en el ámbito de las infracciones a la ley penal realizadas por niños o adolescentes, son: la protección del derecho del niño a su desarrollo integral; el reconocimiento de su derecho al ejercicio progresivo de sus derechos; y el respeto a su autonomía personal -tanto presente como futura- atendida la etapa de desarrollo del niño. Junto a estos fundamentos y límites se deben considerar también los comúnmente establecidos para la protección de los derechos de todas las personas.

Como se dijo, la doctrina de la protección integral está compuesta, además de la Convención sobre los Derechos del Niño, por otras Reglas de

---

<sup>43</sup> A. Baratta, *op. cit.*, nota 41, p. 4.

Naciones Unidas. Las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores fueron elaboradas por el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y ratificadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985<sup>44</sup>. Si bien no es un instrumento vinculante, se le reconoce el "carácter de ser las directrices más autorizadas sobre el contenido y la aplicación de ciertos principios básicos de la justicia de menores que figuran en instrumentos vinculantes"<sup>45</sup>.

Por su parte, al acordarse el texto de la Convención se incorporó en su Preámbulo una referencia expresa a las Reglas y se adoptaron algunas de sus disposiciones como la que señala que la privación de libertad será una medida de último recurso y por el período más breve que proceda, que las Reglas habían sido las primeras en considerar.

El Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en La Habana en septiembre de 1990, aprobó los textos de Reglas de las Naciones Unidas para Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). En el ámbito penal general se adoptaron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)<sup>46</sup>.

En el debate de estos documentos se planteó "que los jóvenes constituían la mayor población de delincuentes y víctimas; eran particularmente vulnerables a las influencias negativas y a la victimización y a verse atrapados en situaciones criminógenicas". Se consideró que en virtud de los documentos aprobados en este Congreso y las Reglas de Beijing, la "comunidad internacional había asegurado una protección adecuada del niño en los sistemas penales en lo tocante a la prevención (en la etapa anterior al conflicto) y el enjuiciamiento (en la etapa del conflicto), y salvaguardado, en la medida de lo posible, los derechos de los niños detenidos"<sup>47</sup>.

En síntesis, el conjunto de instrumentos internacionales que configuran la doctrina de la protección integral se ocupan de la generalidad de las relaciones jurídicas y sociales de la infancia y, en particular las Reglas,

<sup>44</sup> La Reglas contienen un "comentario" oficial que es un importante apoyo para la interpretación de los dispositivos que contiene.

<sup>45</sup> D. O'Donnel, *op.cit.*, nota 6, p. 328.

<sup>46</sup> Para los antecedentes y discusiones de este Congreso ver Naciones Unidas, *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, ONU, 1991. En especial revisar las conclusiones de la discusión del tema sustantivo IV sobre prevención de delincuencia juvenil, pp. 257-263.

<sup>47</sup> ONU, *Octavo Congreso*, *op. cit.*, nota 46, pp. 258-259.

sobre la situación del niño ante el sistema penal. Es importante destacar que siempre se debe considerar estos elementos conjuntamente, ya que como señalan las Reglas de Beijing:

*“Regla 1.4: La justicia de menores se ha de concebir como parte integrante del proceso de desarrollo nacional y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad”.*

En el capítulo III de este trabajo se analizarán en detalle el contenido de estas normas y su grado de aplicación en Chile.

## II. LOS NIÑOS ANTE EL DERECHO PENAL

En este capítulo se hará un análisis general de las relaciones del niño con el sistema penal. Un análisis más específico de este asunto se hará en el capítulo tercero.

Como se expuso anteriormente, y se desprende del análisis realizado en el capítulo anterior, el presente siglo se ha caracterizado por un fuerte movimiento destinado a proteger a los niños y su derechos.

Una particularidad de las normas que contienen los derechos fundamentales de los niños es que han seguido una evolución diferente de las que contemplan derechos comunes a todas las personas. En efecto, para los niños, primero se han establecido los derechos de contenido económico social y, luego, se han reconocido los derechos individuales más clásicos<sup>48</sup>.

Pese a que entre los derechos que la humanidad más tempranamente consagra están los relativos a la humanización y limitación del derecho penal y procesal, que conducirá a la aplicación de las garantías penales<sup>49</sup>, estos derechos no son aplicados a los niños, ya que se considera que ellos no son autores de delito, no son sujetos del derecho penal, porque son inimputables<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Esta afirmación corresponde al plano del reconocimiento jurídico y no necesariamente de la vigencia real de los derechos económicos y sociales de los niños.

<sup>49</sup> G. Peces-Barba y col., *op. cit.*, nota 18, pp. 13.

<sup>50</sup> Tal vez la más completa exposición de esta visión en L. Mendizábal, *Derecho de Menores*, Edit. Pirámide, Madrid, 1977.

El siglo XX vio surgir un profundo movimiento jurídico que proclamó la autonomía del derecho de menores ante el derecho penal y que se expresó en la promulgación de leyes especiales de menores en los países de América Latina y algunos países de Europa.

Este sistema, al que se ha denominado Sistema Tutelar de Menores, se remonta a fines del siglo pasado, cuando se crea el primer Tribunal de Menores en Illinois (1899); entre sus finalidades más explícitas está configurar una nueva reacción, diferente a la penal, para los menores inimputables.

Las leyes de menores se extienden rápidamente por todo el continente. La primera es la Ley Argentina de Patronato (Ley Agote, 1919) y la última la de Venezuela en 1939. Chile no es ajeno a este movimiento legislativo, en 1928 se dicta la Ley de Protección de Menores, que es antecesora y fuente directa de la Ley de Menores actualmente vigente, la Ley 16.618 de 1967<sup>51</sup>.

Dichas leyes se ocupan de un conjunto de circunstancias que afectan a niños y adolescentes: "menores delincuentes", en situación de "abandono", "en peligro material o moral", u otras categorías vagas. Esta preocupación revela que el foco de las leyes de menores es la respuesta o solución de situaciones específicas relativas a cierto grupo de la infancia que se encuentra en problemas.

La juridificación de la respuesta social a los problemas de la infancia se fundamenta en el reconocimiento de que el desarrollo integral de los niños es un asunto de interés público que no debe quedar entregado totalmente al ámbito familiar. Tras esta juridificación concurren, por un lado, los movimientos humanitarios que proclaman y exigen la "protección y reeducación del niño<sup>52</sup>", corriente que tuvo clara influencia en los instrumentos internacionales, y, por el otro, doctrinas asociadas a las ideas de "control social" de ciertos sujetos que por razones de su naturaleza (o condiciones de vida) deben ser controlados por el Estado en razón de su peligrosidad social (positivismo naturalista)<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Sobre la situación chilena ver M. Cillero, *op. cit.*, nota 11. Sobre la situación en otros países de la Región ver *Del Revés al Derecho*, *op. cit.*, nota 22.

<sup>52</sup> El análisis de las fuentes doctrinarias del sistema norteamericano que sirve de base para el resto de los países de América revela una compleja interacción de visiones humanitaristas-educativas que entran en pugna con férreas ideas de control social derivadas de una criminología y teoría social de base biológica. La componente humanitaria se inspiraba en sentimientos de benevolencia vinculados al cristianismo que se expresaban en un optimismo frente a la posibilidad de "redención" mediante la intervención médica, educativa y religiosa. Esto se oponía a la imagen negativa y pesimista que surgía del denominado "darwinismo social".

<sup>53</sup> Al hacer referencia al positivismo naturalista, se alude a la corriente de pensamiento que se estructura a partir del evolucionismo sociológico de corte organicista y a las explicaciones del fenómeno de la criminalidad de la denominada "antropología criminal". Tanto en Europa como en Estados Unidos de Norteamérica existe evidencia de la influencia de las teorías de autores

Un elemento distintivo de las leyes que respondieron a estas ideas es la afirmación, para algunos todavía vigente, que "al faltar los elementos conceptuales del delito, de imputabilidad y culpabilidad, no puede denominarse delito al acto antisocial y en consecuencia tampoco le es aplicable el calificativo de delincuente a su autor", de lo cual se deriva que el sistema de reacción ante estos actos debe ser absolutamente diverso del de los adultos, ya que "se sigue el sistema de tratamiento individualizado, por el cual se selecciona la medida de tratamiento más adecuada a cada menor para conseguir su rehabilitación, teniendo en cuenta la personalidad del mismo y los problemas específicos que presenta<sup>54</sup>".

Siguiendo este razonamiento, se desarrolla un sistema de justificación del tratamiento jurídico conjunto de las infracciones a la ley penal con otras derivadas del riesgo social, o la amenaza o violación de los derechos de los niños.

La legislación que surge de esta doctrina asimila jurídicamente al infractor de ley penal con el niño víctima de la negligencia familiar o el descuido social. Esta característica se encuentra con algunas variantes de no mayor relevancia, en todas las legislaciones de la época, y en el caso de Chile, aún permanece en parte vigente. A modo de ejemplo se citan las siguientes disposiciones:

El Estatuto de Illinois señalaba que:

*"Es delincuente el menor que infringe cualquier reglamentación del Estado; o es incorregible; o conocidamente se asocia con ladrones; o sin justa causa, ni permiso de sus padres o guardadores, se aleja de su casa; o crece en la ociosidad o el crimen; o manifiestamente frecuenta una casa de mala reputación, o donde se venden bebidas tóxicas; o vaga de noche".*

La Ley Argentina de Patronato:

*"A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, la mendicidad o la vagancia por parte del me-*

---

como Herbert Spencer, Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo y otros en el surgimiento de la legislación especial de menores a fines del S. XIX y comienzos del XX. Ver A. Platt, *op. cit.*, nota 12, pp. 44 y ss., para Estados Unidos y G. De Leo, *La Justicia de Menores*, Edit. Teide, Barcelona, 1985, para Italia.

<sup>54</sup> R. Sajón, J. Archard y U. Calvento, *Menores en Situación Irregular*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1975, pp. 328-330.

*nor, su frecuencia a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido dieciocho años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fuesen, en las calles o lugares públicos o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o la salud".*

La Ley 4.447 de Protección de Menores chilena (1928), corresponde a este modelo. Se aplicaba a los menores de veinte años que estaban en situaciones especiales:

- 1) *Menores inimputables inculcados de cometer un crimen, simple delito o falta (art. 18).*
- 2) *Menores abandonados (art. 22).*
- 3) *Menores cuyos padres se encuentren en caso de inhabilidad física o moral (art. 22).*
- 4) *Menores en peligro material o moral (caso en que se entenderá que ambos padres se encuentran inhabilitados) (art. 22).*

Respecto de todos estos niños, el Tribunal podía ordenar un mismo catálogo de medidas que incluían desde la devolución a sus padres hasta la internación en un reformatorio (art. 21).

Para el funcionamiento del sistema se crea un organismo administrativo (Dirección General de Protección de Menores, cuyo continuador actual es el Servicio Nacional de Menores) encargado de "la función de atender el cuidado personal, educación moral o intelectual y profesional de los menores", en los casos señalados en la Ley; igualmente, se estructura la judicatura de menores (art. 12) con competencia para conocer de las materias propias de la Ley.

El paso del tiempo no ha modificado totalmente esta característica. El artículo 32 de la Ley de Menores chilena actualmente vigente dispone:

*"Antes de aplicarse a un menor de dieciocho años las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor.*

*Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicar las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral".*

La legislación de menores permanece vinculada a enfoques tradicionales que pueden caracterizarse como una combinación de ideas de defensa social y de asistencia, dando origen a un sistema dual de "control-protección" de la infancia.

Esto es lo que explica la necesidad de encontrar algún término que pueda referirse al conjunto de ellos; con el tiempo se hizo predominante el de "menor en situación irregular", razón por la que se ha clasificado a estas legislaciones como leyes basadas en la "doctrina de la situación irregular"<sup>55</sup>; dicha expresión adquiere existencia legal en Chile el año 1942 al crearse la Dirección General de la Protección de la Infancia y Adolescencia, que en su decreto orgánico señala que "se entenderá que un menor se encuentra en situación irregular cuando su adaptación social sufiere alteraciones, se encuentre moral o materialmente abandonado o en peligro de estarlo, o hubiere delinquido, cualquiera que sea su estado civil".

Este debilitamiento de las categorías jurídicas garantísticas elaboradas desde la teoría de los derechos fundamentales, se motivó en que se consideraba perjudicial para el menor que se utilizaran categorías propias del adulto. Si el niño no está en el sistema penal, no es necesario aplicar las garantías destinadas a humanizarlo y limitarlo.

Esta tradición "proteccionista", que O'Donnell denomina "paternalista", considera a la mayoría de las garantías procesales "irrelevantes o hasta nocivas al buen funcionamiento de los tribunales de menores"<sup>56</sup>.

La revisión de la opinión de Rafael Sajón —uno de los más distinguidos representantes de los "minorista" en América Latina— en un Curso Internacional de Formación de Jueces de Menores, realizado en Chile a comienzos de los ochenta, puede ilustrar el análisis. Allí afirmó que el proceso de menores es un proceso

"sin partes... en que no se acepta el concepto de conflicto de intereses, porque el interés del Estado (encarnado en el juez) es la protección integral del menor y declarar y realizar sus derechos... no cabe mantener equilibrios de derechos contrapuestos sino actuar la voluntad de la ley..."<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Sobre la "doctrina de la situación irregular, Ver Emilio García Méndez, *op. cit.*, nota 8, p. 79.

<sup>56</sup> D. O'Donnell, *op. cit.*, nota 6, p. 327.

<sup>57</sup> R. Sajón. "El derecho tutelar de menores y su contenido sustantivo y adjetivo", en *Curso Internacional de Especialización Para Jueces de Menores y de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1983, pp. 91-104.

L. Jiménez de Asúa, en un sentido similar, señala lo que puede ser denominado una "proclama" del tipo de doctrina que inspiró durante años a la legislación de menores y que la separa absolutamente de los avances en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los niños ante el sistema penal y de justicia:

"No tenemos, pues, ningún reparo en afirmar, de la forma más rotunda y contundente, que debe abolirse toda solemnidad y publicidad en el proceso... como no se trata de una litis no hay intervención de abogados, no cabe aquello de que exista un defensor, de que exista un juez que oiga a ambas partes. Allí no hay más que un hombre que estudia a los menores y que trata de ayudarles, y como afirma la ley mexicana, en este aspecto certerísima, debe darse el más amplio arbitrio, la libertad más recta y más completa al juez para determinar la forma en que haga las investigaciones. Y a ello llegamos ahora: ¿qué es lo que el Juez va a investigar?, no va a investigar hechos. No va a dilucidar si el crimen se cometió en tal o cual forma, si existía esta o aquella otra causa de justificación, si había circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor<sup>58</sup>".

De lo dicho se desprende que las leyes de menores, y la doctrina jurídica que las sustentan, no pretenden tutelar bienes jurídicos, como lo hace el derecho penal, ni tampoco resolver conflictos de naturaleza penal. En teoría, lo único que pretende es "tutelar al menor mismo"<sup>59</sup>, por lo que se define como un derecho formativo destinado a la protección integral del menor<sup>60</sup>.

Si bien es correcto aceptar que la realización de los derechos del niño no se puede conseguir a través de los instrumentos del derecho penal, también es necesario concordar que las garantías penales y procesales propias del derecho penal deben limitar el control social del Estado sobre los individuos, sean niños o adultos.

El actual derecho tutelar de menores no cumple ni uno ni otro objetivo, transformándose en una "consagración legal de su marginación: so pretexto de su tutela el menor está amenazado por la más absoluta arbitrariedad judicial, negándosele de este modo su carácter de persona<sup>61</sup>".

<sup>58</sup> L. Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, Edit. Hermes, México, 1954, p. 85.

<sup>59</sup> E. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 106.

<sup>60</sup> En este sentido ver las obras de L. Mendizábal, *op. cit.*, nota 50, y la reciente *Derecho de Menores* de R. Sajón, Edit. Abeledo-Perrot, 1995.

<sup>61</sup> E. Zaffaroni, *op. cit.*, nota 59, p. 109.

Pese a la proclamada especialidad del sistema de menores, la realidad muestra que los recursos que el sistema tutelar utiliza tienen carácter penal y que la posición jurídica de los niños es especialmente débil para oponerse a ellos, por lo que es frecuente observar que se sobrepasan los límites que favorecen a los adultos, como quedará de manifiesto en el capítulo III de este trabajo<sup>62</sup>.

La cuestión de constitucionalidad de este tipo de legislaciones se hizo más fuerte desde que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso Kent (1966) y en especial el Gault (1967), cuestionó la constitucionalidad de leyes que violaban garantías procesales. En el caso Gault se declaró inconstitucional la ley de New York que privaba del derecho a la defensa a los infractores menores de edad, a propósito de un adolescente de quince años que fue condenado a 6 años de internación por haber proferido indecencias a una vecina a través del teléfono<sup>63</sup>.

Un interesante estudio en los Estados Unidos muestra que a partir de éste y otros fallos se produjo una profunda modificación en la legislación de los distintos estados, haciéndose mucho más débiles las diferencias entre el sistema de juzgamiento de adultos y menores<sup>64</sup>.

Una investigación realizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en América Latina durante la década de los ochenta revela los serios problemas de la legislación de menores de la región:

- a) Existe un claro desconocimiento de los avances de la teoría penal.
- b) Falta de garantías procesales adecuadas.
- c) Indeterminación de los presupuestos y duración de las medidas de internación<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Según cifras oficiales el porcentaje de internos en cárceles de adultos por protección bordeaba el 20% antes de que se prohibiera en 1994 esta facultad judicial. En 1990, según datos oficiales, ingresaron 8.233 menores de dieciocho años a recintos penales de adultos, de los cuales 19,8% lo hizo por razones de protección. En el caso de los menores detenidos por la policía por protección en la ciudad de Santiago la cifra superaba el 60% en los años 1988-1990. Ver Cillero y Egenau. *op. cit.*, pp. 274 y 275. La Ley 19.343 de erradicación de personas menores de dieciocho años de las cárceles que entró en vigencia en 1994, vino a modificar esta situación reduciendo drásticamente el ingreso de personas menores de dieciocho años a cárceles de adultos y prohibiendo expresamente su ingreso por razones exclusivamente de protección.

<sup>63</sup> Carlos Gregorio, *Derecho a Equivocarse*, Instituto Interamericano del Niño, Edit. Multigrafiado, Montevideo, 1993.

<sup>64</sup> R. Dawson, "The future of juvenile justice: is time to abolish The system?", en *81 Journal of Criminal Law & Criminology* (1990), 136-155. Citado por Carlos Gregorio, *op.cit.*, nota 63.

<sup>65</sup> *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, Informe final, coordinado por E. Zaffaroni, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1986.

La crisis del sistema se ha agudizado desde la aprobación de la Convención, motivando, como se ha dicho, un fuerte movimiento de reformas legislativas destinadas a establecer sistemas garantísticos de protección de los derechos de los adolescentes infractores de ley penal.

## **II.a. Una transformación fundamental: del menor inimputable al adolescente responsable**

Como se dijo anteriormente, a consecuencia de la aplicación de las leyes de menores o de control/protección de la infancia, se produce la creación de un nuevo "objeto/sujeto" jurídico: el menor, como una categoría dentro de las personas.

Para que se configure jurídico/socialmente la identidad como "menor inimputable" o "menor al que le es aplicable la Ley de Menores", será necesario que la persona sea incorporada al circuito de protección o control destinado a los niños y adolescentes. De este modo, el paso por instituciones como la Policía de Menores, los Tribunales especiales, los organismos de atención o centros de observación contribuirán significativamente a su caracterización como "menores en situación irregular" o en "riesgo social".

El niño entra en contacto con el sistema de protección en situaciones que son siempre conflictivas, o, al menos, que se alejan de los parámetros sociales considerados de normalidad. En consecuencia, se puede afirmar que ser catalogado como "menor", al que le son aplicables las leyes de menores, es encontrarse en una categoría especial entre las personas menores de cierta edad, que se traduce en una mayor injerencia del Estado en la vida personal y social del niño o adolescente.

En el plano teórico, esta categoría de menor en situación irregular constituye una atribución de características negativas a la persona, más allá de que esta caracterización se ejecute con fines de ayuda o beneficencia. Esta razón hace necesario ser muy rigurosos en el análisis de los procesos de construcción del "sujeto" de las leyes de menores.

Anticipando conclusiones que se obtienen más adelante, se puede afirmar que este proceso está dotado de mínimas formalidades y garantías que los procesos de criminalización de adultos, en consideración a los fines benéficos de las medidas contempladas en la ley. Esto acentúa la confusión, ya no teórica sino que práctica, entre personas que son víctimas de la violación de sus derechos (niños necesitados) y quienes están bajo el control del Estado por haber incurrido en actos descritos por las leyes penales.

Así, categorías como el "peligro material o moral", que muchas veces se basan en el incumplimiento por parte del Estado o de la familia de su obligación de satisfacer los derechos económicos y sociales de los niños, permiten una reacción estatal a través de una medida de protección que se confunde o identifica con el reproche penal.

En el ámbito de conductas sancionadas por la ley penal, la categoría "menor" equivale a la de inimputable, concepto que se equipara con el de falta de discernimiento. Sin embargo, a partir de la aplicación de las leyes de menores, se le atribuirán al menor determinadas consecuencias según su grado de "peligrosidad" y capacidad de reinserción social, elementos que vendrán a reemplazar el contenido clásico de la fórmula del discernimiento.

La nueva tendencia legislativa, que se expande en América Latina desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cambio, tiende a afirmar la responsabilidad del niño, intentando "reconciliar" su derecho a la protección con el carácter de titular en el ejercicio de sus derechos<sup>66</sup>. En el ámbito penal esto se expresará en el reconocimiento de un sistema de responsabilidad juvenil por actos que, de haberse cometido por adultos, serían objeto de sanción penal.

El paso teórico más complejo es superar la identificación de niño o menor con "inimputable"; para ello se propone una distinción entre inimputabilidad y ausencia de responsabilidad, posición explorada por Bustos, Baratta y García Méndez, entre otros<sup>67</sup>. Desde el punto de vista normativo esta distinción ya se encontraba presente en los sistemas de derecho penal juvenil, en particular el alemán, y, en mi opinión, no cabe duda que ha sido asumida por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40) y demás Reglas de Naciones Unidas citadas.

La Convención, para una mayor precisión conceptual, establece que se debe garantizar por los Estados "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales" (art. 40.3.a). Este límite no se refiere al asunto de la responsabilidad, sino al de la atribución de un hecho material a un niño,

<sup>66</sup> Al respecto ver el interesante trabajo de J. Eekelaar, "The Interests of The Child and The Child's wishes: The role of Dynamic self-determinism", en *The Best Interests of The Child*, *op. cit.*, nota 27, pp. 42-61.

<sup>67</sup> Sobre esta diferencia ver J. Bustos, "Imputabilidad y Edad Penal", en *Homenaje a Antonio Beristain*, 1989, pp 449-452 en que distingue entre responsabilidad penal criminal y no criminal; A. Baratta, "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia a propósito del estatuto del niño y del adolescente de Brasil", en *Capítulo Criminológico* Vol. 23 N°1, Enero-Junio- 1995, Universidad de Zulia. También E. García Méndez, *Adolescentes en conflicto con la Ley Penal: Seguridad Ciudadana y Derechos Fundamentales*, Edit. Multigrafiado, Bogota, 1995.

según se desprende del art. 40.1 que supone la distinción entre infringir la ley penal y ser responsable de su violación<sup>68</sup>.

La interpretación conjunta de estas disposiciones permite aseverar que la idea de una franja de responsabilidad especial se encuentra contenida en los instrumentos internacionales sobre derechos de la infancia, recomendando que bajo cierta edad se declare que existe una incapacidad de realizar los actos típicos (violar la ley en un sentido objetivo o material) y que sobre esa edad y hasta la de 18 años se establezca un sistema de responsabilidad especial.

Esta distinción es consistente con la formulación del niño como un sujeto de derecho, que participa activamente en la vida social con derechos y obligaciones y que adquiere progresivamente el ejercicio de ellos. Además, ella ha permitido modificar la terminología y pasar, no como un mero ejercicio semántico, de la idea de menor inimputable (de 0 a 18 años) a la de adolescente responsable. Así se ha hecho en prácticamente todas las nuevas legislaciones latinoamericanas sobre la materia<sup>69</sup>, en que se distingue entre niño y adolescente; el niño es inimputable penalmente e irresponsable; en cambio, el adolescente no es imputable desde un punto de vista penal general, pero sí es responsable de sus actos.

Los términos niños y adolescentes son, como todos, discutibles, pero en este caso reflejan una distinción de fondo y una construcción muy diversa a la idea de menor objeto de control. En efecto, como se dijo, se basan en el reconocimiento del niño y el adolescente como un sujeto de derechos, que adquiere progresivamente el ejercicio de derechos y obligaciones (art. 5), por lo que la idea de responsabilidad se construye como correlato del reconocimiento de un derecho progresivo a la participación en la vida social<sup>70</sup>.

La atribución de responsabilidad a los adolescentes se refiere específicamente a un acto determinado, y no a una situación de vida, que debe definirse en un proceso dotado de un conjunto de garantías jurídicas, a lo menos, similares a las que se deben aplicar en los procesos penales de adultos.

<sup>68</sup> Para la historia de la redacción de esta parte del artículo 40 ver Detrick, *op. cit.*, nota 37, pp. 478-479.

<sup>69</sup> El Estatuto del Niño y el Adolescente, Ley 8.069, dictada el 13 de julio de 1989 por Brasil, ha asumido esta distinción, la que se ha mantenido en las otras legislaciones latinoamericanas que la siguen. También hay antecedentes importantes de esta distinción en el derecho penal juvenil europeo, y, en particular, en el alemán. Para el sistema alemán ver P.A. Albrecht, *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, 1989 y R. Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Ariel, Barcelona, 1962.

<sup>70</sup> En este sentido ver G. De Leo, *op. cit.*, nota 53.

Las consecuencias jurídicas derivadas de las infracciones cometidas por adolescentes no se fundamentan en la peligrosidad social ni en la necesidad de proclamar la vigencia del orden jurídico, sino que en el reconocimiento de la necesidad de intervenir para solucionar conflictos jurídicos específicos en que es necesario armonizar el interés superior del niño<sup>71</sup> (art. 3), con el interés social en el marco del respeto de los derechos humanos de todos y la convivencia pacífica (art. 40.1).

En la esfera del interés superior del niño se encuentran la asunción de crecientes grados de responsabilidad por sus actos y también los límites de la actuación del Estado para hacer efectiva su responsabilidad, teniendo en consideración que el adolescente es un sujeto en desarrollo.

En síntesis, este paso refleja la realización de tres precisiones conceptuales básicas:

- a) Diferenciación entre niños y adolescentes o jóvenes, en función de sus distintos grados de responsabilidad, que son el resultado del reconocimiento de una mayor autonomía de los adolescentes en el ejercicio de sus derechos. Normalmente, se establecen los catorce y dieciocho años como límite de esta responsabilidad especial juvenil.
- b) Regulación garantística de que sólo se considerarán infracciones juveniles a la ley penal aquellos hechos que serían punibles de ser ejecutados por adultos.
- c) Reconocimiento de que es necesario asumir el carácter de privación de libertad de las medidas de internación y la necesidad de regularlas a través del conjunto de garantías y derechos generales y específicos que limitan y regulan la privación de libertad. Ellas serán un último recurso y nunca podrán ser decretadas, sino por un Juez, después de un debido proceso en que se declare la participación responsable de un joven en un hecho constitutivo de infracción penal.

Con estas precisiones conceptuales básicas es posible, y así lo han hecho las modernas legislaciones, superar la ambigüedad conceptual, definiendo un nuevo sujeto jurídico dotado de derechos y responsabilidades ante el sistema jurídico, y en particular frente a la ley penal y el sistema de justicia. A este sujeto se le denomina, en el ámbito penal, adolescente o joven infractor, definido a través de precisas categorías jurídicas y procedimientos judiciales garantísticos<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Sobre el Interés Superior del Niño ver el completo análisis contenido en "The Best Interests of The Child", Alston. Ph., *op. cit.* (27).

<sup>72</sup> E. García Méndez grafica este asunto señalando que se ha pasado del menor como vaga categoría sociológica, al adolescente como precisa categoría jurídica. E. García Méndez, *op. cit.*, nota 67.

El joven no se caracteriza por su inimputabilidad, sino que por ser un sujeto con una responsabilidad diferente a la de los adultos fundada en el hecho de tratarse de una persona en desarrollo, dotada de derechos y responsabilidades específicos reconocidos expresamente en el ordenamiento jurídico. Por su parte, para ser considerado infractor, deberá determinarse en un debido proceso su responsabilidad juvenil en la comisión de un hecho tipificado en la ley penal, respecto del cual no existen causales que lo justifiquen.

### **III. LA LEGISLACION INTERNA EN RELACION A LAS NORMAS CONTENIDAS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

En esta parte del trabajo se analiza la recepción de los principales derechos y garantías establecidos en la normativa internacional sobre la materia, por la legislación interna aplicada a los infractores de ley penal menores de edad. En ella se abordará primero el reconocimiento de los derechos y garantías por la Constitución Política y luego su desarrollo por la legislación específica aplicable a los niños.

Este capítulo es un análisis comparativo respecto a temas específicos de las materias tratadas en los capítulos anteriores. En algunas partes se repetirán disposiciones ya citadas, pero que ahora serán miradas en conjunto con otras normas dirigidas a regular las mismas materias.

Las normas de los distintos instrumentos internacionales vinculantes para Chile, se analizarán como parte integrante de la normativa internacional, a pesar de que también forman parte de la legislación interna desde que fueran ratificados, promulgados y publicados en el Diario Oficial como ley de la República.

#### **III.a. Sujetos a los que se aplica la Normativa Internacional sobre Derechos de los Niños**

El tema de la relación del niño con el sistema penal requiere definir el ámbito personal de aplicación de los instrumentos internacionales destinados a los niños. En este sentido es posible plantearse dos órdenes de problemas: vinculación entre las definiciones de la legislación interna y la internacional, y posibilidad de establecer edades diferentes según los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico.

Para resolver estos asuntos es conveniente recordar algunas normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en particular el artículo 26 (*pacta sunt servanda*) que dispone que las partes deben dar "cumplimiento de buena fe" a las obligaciones que contraen con su ratifica-

ción, y el artículo 27 que señala que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

Estas disposiciones permiten apoyar la idea que el estatuto de derechos fundamentales contenidos en los textos internacionales de derechos de los niños debe aplicarse integralmente a los sujetos a que estos textos se refieren: los menores de edad. De otro modo, por la vía de una legislación especial que rebajara la edad en ciertas materias, podrían burlarse los derechos y garantías fundamentales por medio de un artificio legal, no dando cumplimiento así a la obligación de actuar de buena fe.

Un análisis conceptual de la materia lleva también a la misma conclusión. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto generales como específicos, consagran un conjunto armonioso de derechos y protecciones jurídicas a los niños, que constituye un estatuto jurídico referido a la totalidad de la vida social de los niños y adolescentes.

Por esta razón no es posible reconocer parcialmente los derechos consagrados en estos instrumentos sin desvirtuar su sentido integral, empobreciendo su alcance y contradiciendo las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar estos acuerdos internacionales. Los derechos de los niños son, más que los de ninguna otra persona, interdependientes, ya que buscan proteger la integralidad del proceso de desarrollo de la persona.

Como consecuencia, aquí se propone que el concepto de mayoría de edad es también integral y debe abarcar, al menos, todas las materias que puedan entrar en conflicto con derechos fundamentales reconocidos a los niños en los instrumentos internacionales.

Así, ninguna ley interna podría establecer una edad especial de mayoría de edad en alguna área determinada, aislada del resto. De no aceptarse esta propuesta, es fuerza reconocer, al menos, que ninguna ley interna que fije una edad distinta de mayoría de edad respecto de una materia específica podría impedir el ejercicio de otros derechos de los que el niño es titular y que el establecimiento de una edad en algún ámbito especial no ha exceptuado<sup>73</sup>.

En este contexto de integralidad de los derechos del niño, generalidad del concepto de mayoría de edad y principio de buena fe, propongo

<sup>73</sup> Una interpretación que aceptara esta posibilidad, violaría el principio de "contradicción con una conducta previa", ya que la excepción específica tendría efectos generales, que desvirtuarían el sentido del acto de reconocer derechos en ámbitos en que expresamente no se ha recurrido a las excepciones.

interpretar el artículo primero de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que se transcribe a continuación,

“se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”<sup>74</sup>.

Si bien la edad propuesta por la Convención no es obligatoria, puesto que admite la posibilidad de que la ley interna de un Estado establezca una edad distinta, la fórmula empleada –“(el niño) haya alcanzado antes la mayoría de edad”– parece indicar que el concepto de mayoría de edad se refiere a todos los aspectos de la vida jurídica. En efecto, el concepto de mayoría de edad se utiliza como opuesto al de niño, y este último es un concepto general.

Consecuente con esta interpretación, O'Donnell señala que “el artículo primero de la Convención parece presumir que en la legislación nacional del país en cuestión existe una definición única de mayorías de edad”.

Si bien constata que esta presunción no coincide con el derecho comparado, señala que:

“tratándose de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención, toda disposición de derecho interno que restrinja su aplicación tendrá que ser justificada tomando en cuenta tanto las realidades sociales del país en cuestión como los principios fundamentales que inspiran la Convención y los principios generales de derecho internacional sobre los derechos humanos. (Así) será particularmente difícil justificar la inaplicabilidad de algunos artículos de la Convención, y no de otros, so pretexto de que la legislación nacional establece criterios de mayoría de edad diferentes a tales efectos”<sup>75</sup>.

Bidart Campos, en un sentido similar, señala que la Convención debe aplicarse de buena fe y “con tendencia a optimizar su funcionamiento operativo, recomendando para su aplicación e interpretación partir de la presunción de que sus normas son operativas... presunción que sólo cede ante una norma que, sin lugar a dudas, tiene naturaleza programática”<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Respecto a la historia del art. 1 de la Convención hay interesante información en S. Detrick, *op. cit.*, nota 37, en especial p. 115 y ss.

<sup>75</sup> D. O'Donnell, *op. cit.*, nota 17, pp. 14-15.

<sup>76</sup> G. Bidart Campos, *op. cit.*, nota 2, p. 11.

En conclusión, si se considera que la Convención Internacional de los Derechos del Niño es un texto consagrado para reconocer derechos a los niños y otorgarles una protección especial, es difícil entender las razones por las que un Estado podría pretender rebajar la edad de esta situación jurídica de privilegio basada en el estado de desarrollo y vulnerabilidad de los niños y adolescentes. Es decir, cualquier excepción constituye una desprotección a la situación jurídica de la infancia que contraviene el consenso universal sobre la materia, expresada en el texto de la Convención citada.

En nuestra opinión, aceptada la integralidad del concepto mayoría de edad, la única posibilidad razonable de interpretación literal es que la Convención permite una excepción general, en los casos en que un Estado reconozca la mayoría de edad, para todos los efectos, antes de los dieciocho años. Sin embargo, esta excepción es de muy difícil validez y justificación, ya que como señala Bidart Campos "no se trata de ratificar tales tratados para satisfacer un exhibicionismo supuestamente democrático, sino para alcanzar el cumplimiento efectivo de sus disposiciones... para que las personas tengan acceso expedito a sus derechos<sup>77</sup>".

En síntesis, no parece justificado que un Estado se haga parte de la Convención y paralelamente adopte una disposición interna que la haga inaplicable, aunque el tenor literal del texto se lo permitiera. Por las razones expuestas se ha de entender que los Estados, al adoptar sin reservas la Convención sobre los Derechos del Niño, se comprometen a aplicarla de buena fe, y ella favorece, en principio, a todas las personas menores de dieciocho años. Cualquiera disposición excepcional, destinada a modificar este ámbito de aplicación, podría constituirse en una violación de los derechos fundamentales reconocidos al momento de ratificar la Convención.

### **III.b. Determinación del sujeto de la legislación especial en materias de infracción a la ley penal. La edad penal**

Del conjunto de la normativa internacional se desprende la exigencia de establecer una edad penal bajo la cual nadie pueda ser sometido a las leyes penales de adultos; y una edad de responsabilidad, bajo la cual los niños no serán sometidos siquiera al sistema especial juvenil. Dicho de otro modo, se trata de la necesidad de determinar el sujeto al que será aplicable la legislación penal y aquel al que será aplicable la legislación especial relativa a las infracciones juveniles a la ley penal.

---

<sup>77</sup> G. Bidart Campos, *op. cit.*, nota 2, pp. 11-12.

La efectividad de la consagración de este principio en la legislación interna depende de la eficacia de la misma para excluir de estos sistemas de reacción a los sujetos que se encuentren por debajo del rango de edad que se determine.

### **III.b.1. Reglas internacionales**

La necesidad de fijar una edad, bajo la cual nadie podrá ser juzgado ni sancionado conforme al sistema penal general, se encuentra recogida tanto en la Convención de Derechos del Niño como en las Reglas de Beijing, la Convención Americana y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos.

La obligación de fijar una edad mínima bajo la cual los actos contrarios a la ley que se cometan no puedan tener consecuencia jurídica penal alguna, sólo se encuentra en la Convención de Derechos del Niño.

Al definir, en su artículo primero, quiénes son los niños, para regular luego los derechos y garantías que se les reconocen, la Convención de Derechos del Niño constituye, como se dijo, una recomendación general, en el sentido de fijar los dieciocho años como límite de la mayoría de edad penal.

Las Reglas de Beijing, por su parte, señalan que "menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente al adulto".

Si se comparan las dos definiciones, se observa que la de la Convención de Derechos del Niño es bastante más restrictiva en cuanto a la posibilidad de determinar la edad por cada Estado, ya que en primer lugar establece los dieciocho años como regla general y, en segundo, hace referencia, como se dijo, a un concepto integral de mayoría de edad. Las Reglas de Beijing, en cambio, se refieren a una mayoría de edad exclusivamente penal.

Sin embargo, las Reglas de Beijing contienen otro criterio aplicable tanto para fijar la edad penal como para fijar la edad de absoluta irresponsabilidad de los niños por los actos infraccionales que realicen. Este se encuentra en su regla Nº 5, la que señala que: "en todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual".

La Convención Americana de Derechos Humanos no tiene una norma específica sobre la materia, pero es posible interpretar que adhiere al

criterio de diferenciar adultos de niños. Su art. 5.5 dispone: "cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento".

Esta norma es de difícil interpretación, ya que si bien establece la eventualidad de ser "procesados", lo que podría indicar la posibilidad de dirigir un proceso penal en su contra, luego se refiere a Tribunales especializados, lo que significaría la necesidad de considerar un sistema diferente para ellos. Además, esta norma no establece una edad específica bajo la cual se considere que una persona es "menor".

También el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el ya citado artículo 10.2, contiene una norma similar relativa al tratamiento especializado para los "menores delincuentes".

El principio general será, entonces, el contenido en la Convención de Derechos del Niño, esto es, el reconocimiento de la facultad soberana de cada Estado para fijar la edad de la mayoría de edad, con una recomendación general en el sentido de fijarla a los dieciocho años o, en todo caso, en una edad en que se haya alcanzado suficiente madurez emocional, mental e intelectual.

Además de los principios anteriormente expuestos al hablar del ámbito de aplicación personal de la Convención de Derechos del Niño, existen argumentos adicionales que permiten orientar a los Estados para el establecimiento de la edad penal. En efecto, la Convención de Derechos del Niño reconoce un conjunto de derechos a todas las personas menores de dieciocho años, muchos de ellos incompatibles con el sistema penal consagrado para los adultos.

De este modo, aunque se considerare jurídicamente válido fijar la mayoría de edad para efectos penales a los catorce años, como se propuso en Chile por algunos parlamentarios en el año 1993, con ello no sólo se estaría faltando al principio de exclusión de responsabilidad penal, sino que se haría imposible la satisfacción de un conjunto de otros derechos que no han sido excepcionados por el establecimiento de una edad penal inferior.

En conclusión, la interpretación más acorde con los textos internacionales es establecer una edad penal coincidente con la mayoría de edad general y que ella sea de dieciocho años. Un importante argumento en favor de esta posición es el hecho de que todas las legislaciones de América Latina dictadas para adecuar la legislación a la Convención han asumido los dieciocho años como límite donde comienza la responsabilidad penal de adultos.

Por otra parte, es necesario señalar que, cualquiera sea la edad fijada en la ley interna para la responsabilidad penal, la Convención Americana (art. 4.5), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.5) y la Convención de Derechos del Niño (art. 37 a) contemplan una prohibición absoluta respecto de todos los menores de dieciocho años, se encuentren o no sometidos al sistema penal general: la prohibición de aplicación de la pena de muerte y de la prisión perpetua. Estas dos posibles consecuencias propias del sistema punitivo se encuentran, entonces, absolutamente excluidas de cualquier forma de reacción frente a las infracciones a la ley penal cometidas por menores de edad.

También hay que tener presente que tanto el art. 2º de la Convención Americana, como el artículo 7º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 37 a) de la Convención de Derechos del Niño establecen la prohibición de someter a las personas a "torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

Estas prohibiciones, cuya violación debe ser impedida por los Estados Partes, ponen en tela de juicio la legitimidad de la aplicación del actual sistema penal de adultos, y especialmente de algunas de sus medidas, respecto de sujetos especialmente vulnerables como los niños y adolescentes.

Especialmente cuestionables resultan las disposiciones que permiten el ingreso de personas menores de dieciocho años en recintos penales de adultos. Correspondería a los Tribunales de Justicia, atendiendo al principio de igualdad y no-discriminación, determinar si, en el caso concreto, internar a una persona menor de dieciocho en recintos penitenciarios para adultos constituye una pena cruel o un trato inhumano o degradante. Hasta el momento no se conoce jurisprudencia específica al respecto.

Como se ha dicho, la Convención de Derechos del Niño en su art. 40.3 establece que los Estados Partes deberán fijar una edad mínima de responsabilidad, edad por debajo de la cual los actos contrarios a las leyes penales que cometan los niños no pueden tener consecuencia jurídica alguna.

Esta disposición es coherente con el principio de progresividad consagrado por el art. 5º de la Convención de Derechos del Niño. Este artículo señala que los niños irán ejerciendo progresivamente sus derechos en forma autónoma, en la medida en que evolucionan sus facultades. Consecuentemente, mientras no hayan alcanzado un grado mínimo de evolución de sus facultades, no puede hacerseles responsables por los hechos delictivos que realicen.

Además, el Estado tiene ciertas limitaciones y prohibiciones que harían imposible la aplicación de ciertos recursos punitivos, bajo ciertas edades,

porque, de lo contrario, no cabría duda de que se trataría de "penas crueles, inhumanas o degradantes"; en este sentido, además, hay una expresa prohibición a la aplicación de la pena de muerte o el presidio perpetuo a menores de dieciocho años.

De este modo el problema de la "edad penal" se resuelve por la vía de establecer una franja de responsabilidad especial y otra de absoluta irresponsabilidad. En la práctica esto significa establecer una franja de responsabilidad juvenil especial que en la mayor parte de los Estados de América Latina, que han adoptado este sistema, se extiende entre los doce o catorce años y los dieciocho<sup>78</sup>.

### **III.b.2. El sistema chileno de exclusión de responsabilidad penal de los menores**

Las reglas de fijación de la edad penal se encuentran en el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Menores. El primero de ellos establece la edad de responsabilidad penal en su artículo 10º números 2 y 3. Estas normas señalan:

*"Están exentos de responsabilidad penal:*

*2º el menor de dieciséis años.*

*3º el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.*

*El Tribunal de Menores respectivo hará declaración previa sobre este punto para que pueda procesársele".*

Quienes estén exentos de responsabilidad penal quedan sometidos a la Ley de Menores, la cual regula las eventuales consecuencias que podrían tener sus hechos delictivos. Quienes no están exentos, aun cuando sean menores de edad, quedan sometidos al sistema penal de adultos, de acuerdo a las reglas generales del Código Penal y de Procedimiento Penal.

Estos códigos sólo se ocupan marginalmente del problema de los niños y adolescentes, limitándose a establecer las normas de exclusión. La única disposición sustantiva relativa a los menores de edad contenida en el Código Penal consiste en el establecimiento de una circunstancia aminorante de responsabilidad basada en la minoría de edad del condenado (art. 72 C.P.).

La fórmula para declarar la inimputabilidad que consagran estas leyes se funda en una combinación de los criterios biológico y psicológico, que se estructura a partir de 3 presunciones:

<sup>78</sup> Brasil, Perú, Ecuador, Bolivia y El Salvador entre otros.

- a) Presunción de derecho de plena imputabilidad a partir de los dieciocho años;
- b) Presunción de derecho de absoluta inimputabilidad bajo los dieciséis años, y
- c) Presunción simplemente legal de inimputabilidad entre los dieciséis y los dieciocho años, que puede ser desvirtuada si se prueba que el menor obró con discernimiento, en un procedimiento especial seguido ante el Juez de Menores.

La declaración acerca del discernimiento que, según disponen el Código Penal y la Ley de Menores, corresponde al Tribunal de Menores, es un requisito para someter a proceso.

Los menores de dieciséis años y los mayores de esa edad, pero menores de dieciocho, que hubieren actuado sin discernimiento, según declaración judicial, quedarán sometidos a los tribunales, procedimientos y medidas especiales contemplados en la Ley de Menores. Esto sin fijar ningún límite de edad mínima, por lo que pueden ser sometidos a este sistema especial todos los niños y adolescentes, de 0 a 18 años.

El eje central de la fórmula es el discernimiento. Sin embargo, la legislación chilena no define ni lo que se entiende por este concepto ni el procedimiento a seguir para su declaración. De este modo, la determinación del límite superior de la edad de responsabilidad penal no se encuentra plenamente protegida por el principio de legalidad, sino que queda entregado a la determinación judicial.

El concepto de discernimiento<sup>79</sup> es especialmente controvertido. La doctrina clásica, que era la dominante a la época de dictación del Código Penal, lo entendía como la "facultad de distinguir el bien del mal" y señalaba que "obrar con discernimiento significa poner en vigor aquella facultad en el acto que se realiza" (Carrara).

El hecho que el Código Penal no definiera el discernimiento fue subsanado, en parte, con la dictación del Código de Procedimiento Penal en el año 1906 que, en su artículo 370, entregaba al Juez una orientación acerca de los elementos que debía considerar para pronunciarse acerca del discernimiento, señalando que:

*"si el procesado era mayor de diez y menor de dieciséis, el Juez recibirá información sumaria acerca del criterio del mismo y en especial de*

<sup>79</sup> Un análisis completo de esta materia en A. Bascuñán Valdés y col. *La Responsabilidad Penal del Menor*, U. de Chile, Santiago, 1974. También en un análisis histórico M. Cillero, *op. cit.*, nota 11.

*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 el (menor)".*

Esta disposición, posteriormente derogada al dictarse la primera Ley de Menores, otorgaba algunos elementos objetivos u orientaciones para el Juez que debía resolver sobre el discernimiento. Los elementos a considerar son los clásicos, ya que dicen relación con la facultad moral del menor para distinguir el bien del mal y con la capacidad de conocer la característica de criminal (prohibido o antijurídico) del hecho.

Con la dictación de la Ley 4.447 de 1928 se modifica radicalmente la orientación teórica de la legislación chilena, adhiriéndose —en parte— al enfoque de la Escuela Positiva, que elabora una nueva teoría del delito y del "delincuente", desplazando la idea de responsabilidad personal por la de responsabilidad social; ésta se tiene por el solo hecho de vivir en sociedad y se mide o determina según la "peligrosidad del menor" o según su "capacidad de readaptación social". A este criterio se le denomina, por la doctrina, como criterio de "utilidad social"<sup>80</sup>.

Desde ese momento han existido dos posiciones contradictorias en la doctrina y jurisprudencia: los que consideran que el discernimiento debe medirse según criterios de "utilidad social", y los que sostienen que se refiere a la aptitud del joven para distinguir lo lícito de lo ilícito. Los estudios de jurisprudencia indicarían que el criterio de utilidad social sería el de uso mayoritario en los Tribunales de Menores que, como señala la Corte de La Serena, hacen la declaración sobre el discernimiento "a su arbitrio, teniendo en vista únicamente la peligrosidad del agente y sus posibles aptitudes de educación o reeducación para readaptarse..." (Corte de Apelaciones de La Serena, 2.4.1956).

Se dice que este criterio sería el mayoritario, porque existe jurisprudencia en sentido contrario, que se basa en la existencia de "madurez mental", o "normalidad intelectual y emocional" (C. Suprema., fallos del 8.5.1974 y 28.3.1983). Pese a estas sentencias, la tendencia predominante en primera instancia sería la resolución según criterios de utilidad social<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Ver M. Cillero, *op. cit.*, nota 11, pp. 97 y ss. También M. E. Novoa, *Curso de Derecho Penal chileno*, Edit. Jurídica, Santiago, 1960, pp. 487 y 488.

<sup>81</sup> Las fuentes de los fallos citados están en: Corte de La Serena, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LIII, secc. 4ª, p. 67, y los de la Corte Suprema en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXI secc. 4ª, p. 208 y Tomo LXXX, secc. 4ª, p. 7. Una síntesis de estos fallos en *Legislación de Menores, Anotada, Concordada y Jurisprudencia*, Ediar-Conosur, Santiago, 1988, pp. 221-223. El estudio de casos más importante fue hecho por Bascuñán y colaboradores, *op. cit.*, nota 79 y llega a esa conclusión. También lo confirman estudios de recopilación de senten-

En cuanto a la fijación de una edad mínima, la legislación no contempla ninguna norma, de manera que los sujetos sometidos al sistema de la ley de menores pueden tener cualquier edad entre los 0 y los 16/18 años.

En conclusión, se puede decir que las leyes específicas internas recogen y desarrollan este principio a través de las reglas de inimputabilidad, excluyendo a los menores inimputables del sistema penal de adultos, para someterlos a un sistema especial regulado en la Ley de Menores. Sin embargo, estas normas presentan algunas falencias importantes.

La primera falencia es que supeditan la determinación de la edad penal al arbitrio judicial, con criterios y mecanismos de ambigua definición. En segundo lugar, el límite de edad establecido no es absoluto, por cuanto permite que los menores de 18 pero mayores de 16 que hayan actuado con discernimiento sean sometidos al sistema penal de adultos, sin considerar sino marginalmente las características propias de las personas de su edad.

Por último, el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad no está consagrado por la legislación interna.

### **III.c. Garantías sustantivas. El principio de legalidad**

Las garantías penales sustantivas, reunidas en los principios de legalidad, culpabilidad y humanidad, tienen amplio reconocimiento internacional y constitucional. El principio de culpabilidad se encuentra desvirtuado como garantía en el sistema de menores en razón de ser declarados inimputables y será revisado en los siguientes puntos, al igual que el principio de humanidad<sup>82</sup>. En este punto se abordará el principio de legalidad.

El principio de legalidad limita absolutamente la posibilidad de aplicar sanciones en casos que no se encuentren previamente descritos y sancionados en forma estricta y precisa por la ley, con anterioridad a la ocurrencia del hecho concreto que se trata de sancionar.

Este principio pretende establecer un grado mínimo de certeza jurídica, impidiendo que la consideración del disvalor –y, por lo tanto, de la posibilidad de sanción– quede entregado a la discrecionalidad de la autoridad.

---

cias desarrollados por el Instituto Nacional de la Juventud (1991) y el Servicio Nacional de Menores (1991). Estos estudios son dificultosos, ya que la mayoría de las sentencias de primera instancia no se fundamentan, o sólo entregan un razonamiento formal meramente enunciativo. En segunda instancia, la jurisprudencia es aún más escasa en cuanto a aportar fundamentos para los fallos.

<sup>82</sup> Un tratamiento completo en sus aspectos dogmáticos y doctrinarios en R. Maxera, *op. cit.*, nota 30, pp. 189-194.

### III.c.1. Reglas internacionales

La Convención de Derechos del Niño reconoce de modo expreso el principio en su artículo 40.2.a):

“Los Estados Partes garantizarán, en particular, a) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.

En el art. 37 b) se aplica el principio, limitando ahora el uso de los recursos punitivos:

“se garantiza... que ningún niño será privado de libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo en conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 9 también dispone que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según el derecho aplicable”, disposición que también se encuentra en el artículo 15.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Las Reglas de Beijing también reconocen el principio: la regla 2.2.b. dispone que es “delito todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema de que se trate”.

En este sentido, los instrumentos específicos reconocen y recomiendan una “tipificación delegada”, es decir, la aplicación de los tipos penales de adultos para definir las infracciones del sistema juvenil. La correcta aplicación de esta técnica requiere consagrar la prohibición de establecer conductas que sólo son objeto de sanción cuando son cometidas por menores de edad (conocidos como delitos en razón de su condición).

Por el contrario, cada vez existe una posición más clara de la doctrina para establecer un catálogo más reducido de ilícitos para los jóvenes, procediendo a descriminalizar para los jóvenes conductas descritas como punibles para los adultos. En consecuencia, el catálogo de hechos punibles de los jóvenes nunca podrá ser más amplio que el de los adultos, pero sí se recomienda que sea más restringido.

Las leyes de menores, en cambio, son tributarias de la doctrina de la situación irregular, y establecen un rango de conductas que, sin constituir

un delito tipificado por las leyes penales, pueden dar lugar a la aplicación de las mismas medidas que se adoptan contra las infracciones a la ley penal que son cometidas por menores. Se utilizan conceptos como desajustes conductuales o delitos en razón de su condición, que abarcan múltiples conductas "que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad" (Directrices de Riad, 5.e.), como la desobediencia en la escuela o la familia, etc.

Respecto del tratamiento de estas conductas, las Directrices de Riad para la prevención de la delincuencia juvenil señalan que se deben establecer medidas que "eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás" (Regla Nº 5), tomando en cuenta que este tipo de conductas "son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y que tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta" (Regla Nº 5.e).

La inclusión de estas conductas dentro del sistema de control jurisdiccional de la delincuencia importa un grave atentado en contra del principio de no discriminación en cuanto, en razón de la edad, penalizan a los niños y adolescentes por conductas que, en los adultos, no son punibles. Sin embargo, conscientes de su general inclusión dentro de las legislaciones nacionales, las Reglas de Beijing toman la precaución de establecer que las reglas que en ese instrumento se consagran deben ser aplicadas igualmente en los casos en que los menores "pueden ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de adultos" (Regla 3.1).

### **III.c.2. El sistema chileno**

El principio de legalidad está recogido por la Constitución Política en su art. 19 Nº 3, inciso penúltimo y final, en sus dos aspectos de tipicidad y de legalidad de la pena, en los siguientes términos:

"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración (...)

"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

En conformidad a lo establecido por la Constitución, el Código Penal y el de Procedimiento Penal, además, de consagrar el principio en términos generales, contienen diversas normas y mecanismos destinados a llevar el principio a la práctica.

Sin embargo, esta garantía que la Constitución asegura a todas las personas, paradójicamente no es aplicada a los menores inimputables, puesto que, en teoría, a ellos no se aplican sanciones ni penas, sino medidas de protección establecidas en su beneficio.

Las hipótesis para la aplicación de medidas de protección que contempla la Ley de Menores son las siguientes:

- 1) Participación en un hecho delictivo (art. 32 inc 1º);
- 2) Peligro material o moral (art. 32 inc. 2º);
- 3) Irregularidad (art. 30);
- 4) Petición de los padres en ejercicio del derecho de corrección que les reconoce el artículo 233 del Código Civil (art. 26 Nº 7).

A estos casos hay que agregar las detenciones durante el proceso, las amplias facultades policiales para "recoger" (aprehender) a los menores de edad y la internación de niños para su diagnóstico.

Como se dijo anteriormente, esto constituye una discriminación arbitraria en la aplicación del principio de tipicidad reconocido a todas las personas según las normas nacionales e internacionales citadas.

#### **III.d. Tratamiento jurídico diferenciado entre infractores de ley penal y no infractores**

El reconocimiento expreso del principio de tipicidad que hace la Convención de Derechos del Niño y los demás textos citados, así como la clara especialidad y separación del tema de la responsabilidad por infracciones a la ley penal que se desarrolla en la Convención de Derechos del Niño, implican una consagración del derecho a un trato jurídico diferenciado entre infractores y niños en situación de abandono, riesgo o simple mala conducta.

La Ley de Menores no distingue entre infractores y no infractores, ya que, de acuerdo a la doctrina que la inspira, declarada la inimputabilidad lo importante es determinar la necesidad de protección del niño, más que la sanción de una determinada conducta.

En este sentido es conveniente volver a citar el artículo 32 de la Ley de Menores:

"Antes de aplicarse a un menor de dieciocho años algunas de las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el Juez deberá establecer la

circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor”.

“Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido, o que al menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral”.

Es decir, la Ley de Menores reconoce la diferencia objetiva entre la participación en hechos delictivos y no delictivos, pero autoriza la atribución de las mismas consecuencias jurídicas para ambos casos. No hay una limitación de la severidad de las medidas de protección, ni de los recintos en que ellas se deben cumplir, rompiéndose así, además, el principio de proporcionalidad entre el acto y la consecuencia, que es una de las expresiones del principio de culpabilidad.

En relación a las medidas privativas de libertad surge un problema de contradicción con la garantía constitucional expuesta, ya que la Ley de Menores no describe adecuadamente las conductas que sanciona (protege) a través de medidas privativas de libertad. Hay una inconsistencia entre la reglamentación constitucional de las penas –y en especial de la privación de libertad– con las normas legales que califican como medidas de protección a las internaciones, sean provisorias o para tratamiento, en recintos cerrados.

### **III.e. Derecho de los adolescentes infractores excluidos del sistema penal a una reacción social especial**

Uno de los principales aportes de la Convención de Derechos del Niño en materia de infracciones juveniles a la ley penal consiste en la consagración de los principios que deben orientar una forma de reacción social, que, junto con respetar iguales derechos y garantías que los que se reconocen a todas las personas, sea diferente del sistema penal de adultos y persiga determinadas finalidades dirigidas a respetar el desarrollo integral del adolescente.

Los ejes de la doctrina de la Convención de Derechos del Niño en esta materia son: exclusión del sistema penal de adultos; reconocimiento de iguales derechos y garantías que a los adultos; reconocimiento de límites, derechos y garantías especiales en razón de la edad, y establecimiento de una finalidad a la intervención estatal.

### III.e.1. Reglas internacionales

Diversos instrumentos internacionales contemplan normas especiales sobre la materia. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señala que "en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular la readaptación social".

Anteriormente se citó el art 5.5 de la Convención Americana, que contempla tribunales especializados para el "tratamiento" de los menores infractores. Además hay que citar la disposición de su art. 19 que señala que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que en su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

Esta particular forma de reaccionar ante las infracciones a la ley penal es el resultado de la aplicación de la doctrina general de la Convención, esto es, de la consideración y protección jurídica de la dignidad y derechos del niño. Su bienestar, el fomento y protección de su desarrollo integral son los pilares que orientan tanto la relación del niño con la familia y el Estado como la intervención estatal frente a las infracciones que cometa.

Por estas razones, la reacción ante las infracciones a la ley penal incorpora un sentido o finalidad: asegurar el bienestar y el desarrollo integral del niño, obteniendo su adecuada integración social. Esta finalidad no debe entenderse en un sentido restrictivo (relativo a condiciones materiales o físicas exclusivamente), sino en los términos más amplios posibles, es decir, en relación a la "dignidad humana" en general (art. 6 Nº 2 y 27 de la Convención de Derechos del Niño, entre otros).

Esta orientación general de la Convención hacia el respeto de la dignidad humana y la protección integral de la infancia y su desarrollo se especifica en el Nº 1 del Artículo 40, que contiene una magnífica síntesis de la doctrina de la Convención respecto de los infractores.

*"Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño que sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros y en las que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad".*

La riqueza doctrinaria y teórica de esta disposición la convierten en el eje que orienta la finalidad o sentido de la reacción social ante las infraccio-

nes a la ley penal. Ella entrega una clara orientación acerca de los límites de la acción estatal y las finalidades de la intervención jurisdiccional.

De esta forma, las consecuencias jurídicas del acto infractor se ligan indisolublemente al derecho del niño a la protección de su integridad y desarrollo, asuntos que se han descrito como los principios fundamentales de la Convención de Derechos del Niño. Este vínculo no es sólo en el plano de los límites y las garantías; él orienta también la acción del Estado en cuanto a su finalidad, que no es otra que la de procurar que el infractor se integre socialmente y asuma con responsabilidad sus derechos y obligaciones.

El artículo 40.1 contempla tres principios fundamentales:

1. La intervención debe fomentar el sentido de la dignidad y el valor del niño o joven y no buscar su degradación o sometimiento;
2. La intervención debe tender a fortalecer el respeto del niño por las reglas de convivencia social fundadas en el respeto de los derechos y libertades de terceros, destacándose los fines sociales de la intervención, y
3. La intervención tiene objetivos específicos a realizar: promover la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

En síntesis, la Convención de Derechos del Niño consagra una reacción social especial, diferente al sistema penal vigente en Chile, para todos las personas menores de dieciocho años.

### **III.e.2. El sistema chileno**

Ya se ha expuesto la fórmula establecida por el sistema chileno para excluir a los menores de edad del sistema penal de adultos. Se trata ahora de analizar la adecuación a los principios de la Convención de Derechos del Niño del sistema especial consagrado para esos menores que han sido excluidos del sistema general.

Estas normas se encuentran en la Ley de Menores que, como se ha dicho repetidas veces, responde cabalmente a las orientaciones de la doctrina de la situación irregular. Conforme a esta orientación, el sistema se construye sobre la base de que el "menor" no es responsable de sus actos, por lo que la comprobación del hecho y de la responsabilidad que en él haya cabido al niño es irrelevante. Lo importante es, al contrario, establecer la "irregularidad" que presenta ese niño y que supuestamente lo ha llevado

a delinquir. El ya citado artículo 32 es una expresión inequívoca de esta doctrina.

Por ello es que el procedimiento aplicable está despojado de toda formalidad, no existe formulación de cargos ni posibilidad de oposición por parte del niño; en materia de prueba cobran gran importancia los diagnósticos psicosociales tanto del propio niño como de su familia y entorno, y las medidas aplicadas son indeterminadas tanto en su naturaleza como en su duración. Al respecto es relevante recordar que estas medidas pueden tener un carácter abiertamente punitivo.

De esta manera, el sistema se constituye en una especie de derecho penal de autor encubierto por fines benéficos y proteccionales. Difícilmente este sistema puede lograr fomentar el sentido de la dignidad y el valor del niño, si se le trata como a un objeto, sin derechos, cuyas irregularidades deben ser descubiertas y corregidas. Tampoco apunta a fortalecer su respeto por los derechos y libertades fundamentales de terceros, puesto que no pretende confrontarle con las consecuencias dañinas que su acto pudiera haber causado.

El sistema sí contempla, al menos formalmente, la finalidad de promover la reintegración social del niño, entregando la ejecución de las medidas a un órgano especializado. Sin embargo, la escasez de recursos materiales y metodológicos atenta muchas veces contra el logro de estos objetivos.

El ejemplo más notable, varias veces citado, lo constituye el que durante muchos años los "menores" sometidos a los Tribunales de Menores pudieron ser ingresados a recintos penitenciarios de adultos, recurso que, en la práctica, fue utilizado profusamente, incluso respecto de niños inimputables y hasta por motivos "de protección". La gravedad de esta situación motivó la dictación de una ley, aprobada unánimemente en el Congreso, con el fin de erradicar a las personas menores de dieciocho años de los recintos penitenciarios de adultos<sup>83</sup>. Con un objetivo más general, además, el Ministerio de Justicia está impulsando decididamente una renovación de la justicia de menores en materia de infracciones a la ley penal.

### **III.f. Principio de la dignidad de la persona**

Por el principio de la dignidad de la persona se reconoce que la acción del Estado, ya sea en el ámbito punitivo general, en la atribución de consecuencias jurídicas a infracciones cometidas por inimputables, o en el de la protección a la infancia amenazada en sus derechos, tiene como

<sup>83</sup> Ley 19.343 sobre erradicación de personas menores de dieciocho años de las cárceles.

límite el núcleo esencial de derechos fundamentales de la persona que no pueden ser vulnerados, ya que atentar en su contra implica una degradación y un sometimiento incompatible con la existencia y el desarrollo de la persona humana.

La protección de la dignidad humana constituye el objeto privilegiado de los derechos fundamentales y, por lógica consecuencia, de los derechos de los niños. La protección integral del derecho al desarrollo de la persona humana es la tarea primordial del sistema jurídico de protección y garantía de los derechos de los niños, es su razón de ser.

Las aplicaciones de este principio son múltiples. En el ámbito de las infracciones a la ley penal, orienta y limita la reacción del Estado frente a este tipo de conductas. Así el artículo 40 establece que la intervención del Estado en estos casos debe fomentar el sentido de su dignidad personal, y existen múltiples disposiciones destinadas a desarrollar esta directriz.

También en virtud de este principio se limita la acción del Estado y sus agentes, prohibiéndose la tortura u otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; se impide la aplicación de la pena de muerte y el presidio perpetuo, y, en general, se reconoce la necesidad de otorgar un tratamiento jurídico diferente al adulto que al niño o al adolescente<sup>84</sup>.

Anteriormente se han citado las disposiciones de los instrumentos internacionales al respecto; la legislación nacional contiene normas generales aplicables a todas las personas, incluso a nivel constitucional, y en el ámbito de los niños y adolescentes se reconoce la necesidad de una legislación especial.

Sin embargo, dadas la técnica jurídica de las leyes de menores y su despreocupación por el tema de las garantías, no existen definiciones ni recursos adecuados que protejan específicamente la dignidad de los niños y adolescentes, no sólo durante el proceso, sino también durante la ejecución de las medidas.

### **III.g. Principio de jurisdiccionalidad**

El principio de jurisdiccionalidad contiene dos garantías fundamentales en la moderna doctrina constitucional y de los derechos humanos: que la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado sólo corresponde a los tribunales de justicia, y que nadie puede ser juzgado sino por un tribunal independiente e imparcial que haya sido establecido por ley, y con anterior-

---

<sup>84</sup> Ver J. Bustos R., *Manual de Derecho Penal Español*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 64 y ss.

ridad al hecho de que se trata. Este principio consagra un requisito de certeza en cuanto a la acción punitiva del Estado.

### III.g.1. Reglas internacionales

El art. 40.2.III de la Convención de Derechos del Niño consagra este principio en los siguientes términos: *"Los Estados Partes garantizarán, en particular... que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial'..."*.

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 8 inc. 1 dispone que *"toda persona tiene derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella..."*.

En términos similares se expresa el Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

*"Todas las personas son iguales ante los Tribunales de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil"*.

El principio de jurisdiccionalidad se cumple en la medida que el Tribunal actúe realmente como un "término imparcial" y que el procedimiento esté ordenado hacia ello. El Tribunal debe ser imparcial e independiente del "sujeto que formula la imputación y del destinatario de la misma y su defensa"<sup>85</sup>.

En el caso de los niños y adolescentes se estima que la garantía contenida en el artículo 5.5 de la Convención Americana relativa al juzgamiento por tribunales especializados, que no se contempla en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, es clave para dar cumplimiento verdadero a una protección jurisdiccional de los derechos de los niños y adolescentes infractores de ley penal.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado este punto solicitando a un gobierno que:

<sup>85</sup> P. Andrés Ibáñez, *op. cit.*, nota 5, p. 227.

*“Excluya, de conformidad con su legislación, a los menores de dieciocho años de edad de la aplicación de las medidas ...de seguridad y, en caso que incurran en actos presuntamente ilegales o contrarios al orden público, ponerlos inmediatamente a la disposición del juez de Menores competente y recluirlos en lugares distintos de los destinados a la detención de adultos”<sup>86</sup>.*

Confirmando esta idea, la Convención de Derechos del Niño en su artículo 40.3 establece *“que los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos e instituciones específicos...”*.

La normativa internacional específica para la infancia/adolescencia contiene, además, normas destinadas a sustraer del ámbito penal-judicial, cuando sea posible, las conductas delictivas cometidas por menores de edad. Así la Convención de Derechos del Niño señala en su art. 40.3.b) que las leyes especiales en esta materia deben contener *“siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales”*.

En el mismo sentido, las Reglas de Beijing disponen que se debe examinar, cuando proceda, la posibilidad de ocuparse de los jóvenes infractores sin recurrir a las autoridades competentes para juzgarlos (Regla 11.1).

Estas normas que recomiendan la remisión de casos no se deben entender como una excepción al principio de jurisdiccionalidad. En efecto, ellas tienen un sentido muy diferente, que apunta a evitar la criminalización de los niños y jóvenes a causa de delitos menores o “bagatelarios” y cuando en el caso se han aplicado otras formas de control social que hacen innecesario el control jurisdiccional<sup>87</sup>. Por otra parte, en ambos casos se señala especialmente que esta remisión o diversión del procedimiento debe realizarse con pleno respeto a los derechos y garantías de los jóvenes involucrados y, normalmente, son objeto de revisión judicial o son susceptibles de oposición ante un Tribunal.

Incluso se establecen límites claros a la posibilidad de aplicar medidas luego de haberse sustraído el asunto del control jurisdiccional, excluyendo la aplicación de medidas punitivas. En un análisis de contexto, es posible concluir que ninguna medida privativa de libertad podría ser aplicada fuera del procedimiento judicial. Las Reglas de Beijing, además, exigen que, en

<sup>86</sup> Informe anual, 1978, p. 167. Citado por O'Donnell 1989 *op. cit.* (6) pp. 326-327.

<sup>87</sup> Igual interpretación sigue R. Maxera, *op. cit.*, nota 30, p. 194.

estos casos, la aplicación de cualquier otra medida requiere del consentimiento del niño o de sus padres o responsables (Regla 11.3).

La interpretación conjunta de estas disposiciones permite concluir que la garantía de resolución jurisdiccional está recogida en los textos internacionales, contemplándose la posibilidad de diversión o de remisión de casos a fin de sustraerlos del sistema de control jurisdiccional, caso en el que se excluye la posibilidad de aplicar medidas punitivas (exclusión del procedimiento judicial tratada en extenso en la regla 11 de las Reglas de Beijing). Igualmente se encuentra garantizada la existencia de un tribunal imparcial, independiente y especializado.

### **III.g.2. El sistema chileno**

La Constitución Política consagra el principio en el artículo 19 N° 3 inciso 4: "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta", garantía que goza de especial protección a través del recurso de protección constitucional consagrado por el artículo 20 de la misma carta fundamental.

A mayor abundamiento, el art. 7° de la Constitución consagra, en su inciso 2°, que "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse (...) otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes". El art. 73, por su parte, asigna exclusivamente a los tribunales establecidos por ley las facultades jurisdiccionales.

Tanto el Código Penal como el Orgánico de Tribunales, el de Procedimiento Penal y la Ley de Menores reconocen este principio debidamente.

Conviene detenerse un instante en lo establecido por la Ley de Menores. Esta, en forma similar a todas las leyes de menores tributarias de la doctrina de la situación irregular, contiene, además de normas procesales y sustantivas, normas orgánicas que crean la judicatura especializada de menores, conformada por tribunales que forman parte del Poder Judicial. A estos tribunales se entrega, entre otras, la facultad de aplicar "medidas de protección" a los menores infractores de ley penal.

La existencia de una judicatura de menores satisface la garantía de contar con tribunales especializados. Sin embargo, los procedimientos que se establecen y la reunión en el Juez de todas las atribuciones propias de un proceso absolutamente inquisitivo (investigar, acusar y resolver), a las cuales se suman las atribuciones tutelares (por las cuales el Juez actúa en

representación del interés del niño), constituyen una abierta contradicción con el principio de imparcialidad del juzgador.

### **III. h. Protección del derecho a la libertad personal**

Tanto la Convención de Derechos del Niño como los demás textos específicos para la infancia consagran este principio, que se encuentra en todos los documentos internacionales relativos a derechos humanos.

El reconocimiento del derecho a la libertad personal implica el establecimiento de dos tipos de normas destinadas a garantizar su efectividad: aquellas que restringen las facultades del Estado para limitar la libertad de las personas, y aquellas que establecen garantías en relación a la privación de libertad.

#### **III.h.1. Reglas internacionales**

##### *i. Establecimiento de límites a la facultad del Estado de privar de libertad a los menores de edad*

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

“Ningún niño será privado de libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño sólo se utilizará como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” (37.b).

Las Reglas de Beijing, por su parte, señalan que:

“Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible” (Regla 13.1).

“Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible” (Regla 17.1.b).

“Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada” (Regla 17.1.c).

Asimismo, las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad afirman que:

“La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales” (Regla 2).

De la revisión de estas normas se desprende que los límites a la privación de libertad de los niños y adolescentes no se refieren solamente a que ella deba estar autorizada por la ley y decretarse por orden legalmente intimada de la autoridad competente, sino que señalan límites al marco legal de hipótesis que autorizan la privación de libertad. Estas limitaciones se fundamentan en la especial calidad de los niños como personas vulnerables y en etapa de desarrollo. Son coherentes, además, con las finalidades de la intervención estatal frente a los infractores de ley penal a que se hiciera alusión en el apartado anterior.

Haciendo mayor hincapié en la necesidad de evitar la privación de libertad, tanto la Convención de Derechos del Niño como las Reglas de Beijing señalan que el sistema de reacción frente a las infracciones juveniles a la ley penal debe contemplar diversas alternativas de medidas no privativas de libertad, evitando así que la única respuesta social disponible sea la reclusión.

ii. *Garantías y derechos en relación a la ejecución de medidas privativas de libertad*

La Convención de Derechos del Niño consagra en su artículo 37 letra c):

“Todo niño privado de su libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad”.

En particular la Convención de Derechos del Niño reconoce a todo niño privado de libertad el derecho a:

- Estar separado de los adultos (37.c).
- Mantener contacto con su familia (37.c).
- Una pronta asistencia jurídica (37.d).
- Impugnar la legalidad de su privación de libertad ante un Tribunal u otra autoridad imparcial e independiente y a una pronta decisión sobre dicha acción (37.d).

Estos mismos derechos son consagrados por las Reglas de Beijing, las que además señalan en su regla 13.3: “los menores que se encuentren en prisión gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas

Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por las Naciones Unidas”.

Las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad constituyen un catálogo completo de definiciones, principios y derechos de los privados de libertad, que debiera servir de orientación para las leyes y reglamentos que rigen la materia.

En el plano de las definiciones, estas normas establecen que se entiende por “menor a toda persona de menos de dieciocho años”, sin hacer diferencias entre “imputables e inimputables” (Regla 11.a).

Para efectos de la aplicación de las Reglas se entiende por privación de libertad “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” (Regla 11.b).

Esta definición tiene gran importancia en materia de menores, para determinar la naturaleza jurídica de la internación, puesto que la mayor parte de las legislaciones nacionales contemplan medidas, como el internamiento o la colocación en instituciones, que son, en la práctica, verdaderas privaciones de libertad.

Respecto a los requisitos para privar de libertad, señalan que ella deberá “decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo” (Regla 2).

Estas Reglas disponen sobre las siguientes materias:

- Normas especiales aplicables a los menores en prisión preventiva (Reglas 17-18).
- Normas sobre administración, ingreso, registro, desplazamiento, traslado y clasificación (Reglas 19-30).
- Normas sobre las instalaciones físicas en que se cumple la privación de libertad (Reglas 31-37).
- Normas sobre educación, formación profesional, trabajo, actividades recreativas y religión (Reglas 3-48).
- Normas sobre atención sanitaria (Reglas 49-58).
- Normas que garantizan el contacto con la familia, el abogado y la comunidad (Reglas 59-62).
- Normas sobre limitación de la coerción física, el uso de la fuerza; sobre procedimientos disciplinarios y reclamaciones (Reglas 63-78).

### III.h.2. *El sistema chileno*

La Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal. Específicamente en el art. 19 Nº 7 letra b) señala que "Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes". A continuación, la letra c) establece las garantías relativas a la detención.

Las normas constitucionales son desarrolladas por el Código Penal y el de Procedimiento Penal, aplicables solamente a los menores imputables. La Ley de Menores desconoce estas reglas, sin establecer ningún límite a las causales que autorizan la privación de libertad y regular estrictamente las condiciones y plazos en que ella deba cumplirse. Por el contrario, la Ley de Menores concede amplias facultades a la policía para "recoger" a los menores que se encuentren necesitados de asistencia y protección; y para "detener" a los infractores de ley, con el objeto de conducirles ante el juez competente. Mientras el juez se pronuncia acerca de su situación o de su discernimiento, el niño normalmente permanecerá "interno" en una Casa de Menores<sup>88</sup>.

Una de las "medidas de protección" que se puede aplicar al niño es la "internación" (privación de libertad, según la definición de las Reglas de Riad), sin determinación de su duración y sin que se le haya seguido un debido proceso.

Tampoco las garantías y derechos de los menores privados de libertad son recogidas adecuadamente por las leyes y reglamentos, si bien al menos en relación a la separación de adultos y menores se ha avanzado con la promulgación de la Ley de erradicación de personas menores de dieciocho años de los recintos penales.

El actual Reglamento Carcelario, como las normas que rigen la vida al interior de centros de internación especial para menores, son insuficientes y carecen de un marco concreto de garantías que aseguren la vigencia de los derechos de los niños.

Por su parte, el control sobre los derechos de los privados de libertad es muy débil o inexistente. El control judicial es bastante reducido, ya que no existe un Juez encargado del control de la ejecución, aunque el Juez de

<sup>88</sup> De acuerdo a la modificación introducida al artículo 51 de la Ley de Menores por la Ley 19.343 sobre erradicación de niños de las cárceles, las Casas de Menores funcionan a través de dos establecimientos independientes entre sí: los Centros de Tránsito y Distribución (CTD), a los que ingresan los no infractores; y los Centros de Observación y Diagnóstico (COD), a los que ingresan los infractores de ley penal.

Menores tiene algunas facultades en esa línea. El control recae, en teoría, en la administración, correspondiéndole al Servicio Nacional de Menores supervisar las condiciones en que se ejecutan los programas, ya sea por instituciones privadas, Gendarmería de Chile o el propio Servicio. La inexistencia de normas claras de carácter reglamentario, y de un sistema establecido de procedimientos y sanciones, revelan el escaso desarrollo de los mecanismos de control y protección de los derechos de los niños y adolescentes privados de libertad.

### III.i. Garantías procesales

Los textos internacionales consagran un conjunto de garantías procesales que constituyen el llamado debido proceso, institución que deriva del derecho angloamericano (*due process of law*) y constituye un requisito importante para el logro de la seguridad jurídica.

En el derecho chileno "se entiende por debido proceso de ley aquel que permite el igual acceso de las partes a él"<sup>89</sup>. Para lograrlo existe un requisito esencial: la bilateralidad de la audiencia, cuya falta implica la pérdida de la seguridad jurídica.

La Convención de Derechos del Niño consagra expresa y taxativamente un conjunto de garantías que aseguran la vigencia del debido proceso:

- a) Presunción de inocencia. (40.2.b.i).
- b) Prueba legal, derecho a presentar pruebas para su defensa y a debatir las pruebas de cargos (40.2.b.i y iv).
- c) Atribución y notificación de cargos (40.2.b.ii).
- d) Derecho a la defensa jurídica u otra asistencia adecuada (40.2.b.ii y 37 d).
- e) Organismo jurisdiccional competente, independiente e imparcial (40.2.b.iii).
- f) Resolución sin demora de la causa (40.2.b.iii).
- g) Audiencia equitativa en conformidad a la ley (40.2.b.iii).
- h) Derecho a ofrecer testigos, solicitar que se interroguen y participar en su interrogatorio (40.2.b.iv).
- i) Derecho a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable (40.2.b.iv).

<sup>89</sup> M. Mosquera R. "Seguridad Jurídica y Derecho Procesal", en *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 1983, p. 126.

- j) Derecho a la revisión e impugnación de lo obrado (40.2.b.v).
- k) Derecho a que se respete su integridad e intimidad personal durante el procedimiento (40.2.b.vii).
- l) Principio de la proporcionalidad de la reacción tanto respecto del delito como de las circunstancias del niño (principios reguladores de la sentencia).
- m) Derecho a ser juzgados de acuerdo a leyes, procedimientos y autoridades aplicables específicamente a los niños que sean considerados, acusados o declarados culpables de infringir las leyes penales.

### III.i.1. *El sistema chileno*

El debido proceso tiene, en Chile, una raíz constitucional. El artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución señala que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado", agregando, que "Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento".

El mismo artículo 19 de la Constitución, en sus números 3º y 7º, consagra una serie de garantías específicas, como requisitos mínimos de ese "racional y justo procedimiento":

- Legalidad del procedimiento (19 N° 3 inciso 5º).
- Derecho a la defensa jurídica (19 N° 3 incisos 2º y 3º).
- Jurisdiccionalidad (19 N° 3 inciso 4º).
- Prohibición de la presunción de derecho de la responsabilidad penal (19 N° 3 inciso 6º).
- Legalidad de la pena (19 N° 3 inciso 7º y 8º).
- Derecho a la libertad provisional (19 N° 7, letra e).
- Derecho a no ser obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio (19 N° 7 letra f).

Estos principios son desarrollados por el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Orgánico de Tribunales y Ley Orgánica del Ministerio de Justicia que encarga a esta cartera de Estado la tarea de proporcionar los medios para asegurar la defensa jurídica gratuita. Sin embargo, ellos no son recogidos por la Ley de Menores.

La Ley de Menores establece en su artículo 34 dos tipos de procedimiento. Uno aplicable a los asuntos contenciosos "en que hay contienda entre partes", que es el Procedimiento Sumario señalado en el Título XI del Libro

otro, para los casos "en que no hay contienda entre partes (caso en el cual) el procedimiento será verbal y sin forma de juicio, pero el Juez dictará sus resoluciones con conocimiento de causa".

Este último procedimiento es el que se aplica tanto para pronunciarse acerca del discernimiento como respecto de las infracciones cometidas por menores de 16 años, y la aplicación de medidas de protección para unos y otros, cuando corresponda.

El principio de legalidad del procedimiento es aquí dejado de lado, permitiéndose al Juez organizar el proceso del modo que le parezca más conveniente a la "protección del menor". La Ley se limita a señalar algunos requisitos, también generales, para que el Juez pueda aplicar la medida de protección.

No existen normas sobre comparecencia en juicio ni sobre asesoría letrada, puesto que el niño no es considerado parte en este procedimiento; incluso se ha reducido absolutamente la participación del Defensor Público de Menores en representación del Estado, disponiéndose que "en los asuntos de competencia de los Jueces de Letras de Menores, sólo procederá oír dictamen del Ministerio de Defensores Públicos, en casos calificados mediante resolución fundada".

El procedimiento establecido en la Ley de Menores tampoco reconoce adecuadamente el derecho del niño a ser oído. No se contempla una atribución formal de cargos, ni la oportunidad procesal para impugnarlos; no existen oportunidades para ofrecer y rendir prueba, ni para impugnar la existente; no se dispone la defensa jurídica obligatoria, siguiendo una antigua tendencia dentro del Derecho de Menores de desconocer la necesidad de asistencia jurídica, dado que el proceso tiene por finalidad la protección del niño y quien asume la representación de sus intereses es el propio Juez que conoce y resuelve el asunto.

El problema de fondo es que el proceso de menores, tal como se encuentra estructurado en el derecho chileno, no considera al menor inculgado de haber cometido un acto que reviste carácter de delito, como una parte en el proceso y no sólo se le niega la posibilidad de actuar, no concediéndole recursos eficaces para hacerlo, sino que el proceso se organiza sin considerar la posibilidad de que existan intereses contrapuestos entre el Juez y el menor. La mejor garantía de defensa del menor sería —según la lógica de la ley— el Juez tutelar, cuya función única es proteger sus derechos. Como se ha afirmado anteriormente, esta creencia deja a los niños y adolescentes desprovistos de recursos ante el Juez y les niega el carácter de partes en el proceso.

La oposición entre el procedimiento contemplado en la Ley de Menores y la doctrina internacional de los derechos humanos es absoluta, ya que responden a presupuestos diferentes. Es en el ámbito de la relación del joven ante el Tribunal donde quedan más claramente de manifiesto todas las incongruencias del actual sistema de justicia de menores y su incompatibilidad con los instrumentos que reconocen los derechos de los niños.

#### IV. CONCLUSIONES

Como conclusión del análisis realizado puede plantearse que en Chile se aprecia una notable dispersión legislativa, que se expresa en la existencia de un conjunto de normas de diferente rango, origen –nacional o internacional– e inspiración doctrinaria, para regular los derechos procedimientos y consecuencias jurídicas aplicables a los niños y jóvenes infractores de las leyes penales.

La existencia de estas diferentes normativas –que como se ha demostrado son incongruentes o contradictorias entre sí– lleva a que las personas menores de dieciocho años se encuentren en una situación de incertidumbre jurídica, que se refleja en una manifiesta desprotección de sus derechos como personas humanas y niños.

En este sentido, la pretensión de conformar para los niños una especie de “universo jurídico” propio, ha resultado ser el camino seguro hacia la confusión, la arbitrariedad y la desprotección jurídica de las personas reconocidas como más vulnerables por las leyes que pretendían protegerlo. Al parecer el resultado de esas leyes, en su afán de dar una protección especial, ha sido hacer olvidar que los niños son, antes que nada, personas humanas.

En el ámbito penal las leyes de menores no logran ninguno de los objetivos de humanización del sistema penal emprendidos a través del reconocimiento de derechos fundamentales: limitar su uso a conductas punibles previamente definidas en la Ley y garantizar a los que han incurrido en estos hechos, un debido proceso y un trato humano.

A través del llamado sistema tutelar se han relajado las garantías permitiendo, quizás impensadamente, que se introduzcan prácticas atentatorias a los derechos de los niños, cuyos resultados han sido sistemas normativos confusos e incapaces de frenar la ampliación del control punitivo informal.

La Convención sobre los Derechos del Niño inaugura una nueva etapa que se caracteriza por el reconocimiento expreso de los derechos del niño en cuanto persona humana y la creación de protecciones complementarias derivadas de su condición de personas en desarrollo.

La necesidad de una adecuación de la legislación de menores a la Convención sobre los Derechos del Niño, planteada por diversas autoridades públicas, debe partir con el reconocimiento de la inconstitucionalidad de las leyes actualmente en vigencia.

Si el país, con la reforma Constitucional del art. 5º inciso segundo, se plantea como límite de la soberanía del Estado los derechos humanos reconocidos en el propio texto o en los tratados internacionales, creemos que la situación de la protección de los derechos del niño, que se ha descrito, debe llevar a una pronta reforma legislativa y a la derogación de las disposiciones que no reconocen al niño sus derechos inherentes como persona humana.

Finalmente, debe destacarse que la protección de los derechos del niño debe ser integral, debiendo, conjuntamente y en todas las normas jurídicas destinadas a ello, buscar la realización efectiva de su derecho al desarrollo integral a través del respeto y la promoción de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.