

POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHOS HUMANOS*

SÍNTESIS

Durante los últimos veinte años Chile ha experimentado un enorme aumento de la población penitenciaria, la que no ha estado acompañada de un aumento de plazas equivalente. Ello deja en evidencia dos grandes problemas de las políticas de control social chilenas. Por una parte, la enorme sobrepoblación de las cárceles, lo que, además de afectar la dignidad, todo tipo de derechos y posibilidades de reinserción, pone en constante riesgo la vida, integridad y seguridad de los reclusos. Por otra, la política criminal chilena ha ido en constante expansión, puesto que usa la herramienta penal y la sanción de privación de libertad de manera desmedida y, lo que es peor, de manera selectiva, criminalizando con más rigor a aquellos sectores de la población más desaventajados, a través, por ejemplo, de la desproporcionalidad de las penas contempladas para los delitos contra la propiedad.

En este capítulo se analizan algunos aspectos de la política criminal que han favorecido esta expansión, se exponen sus fundamentos y se abordan sus inconsistencias. Asimismo, se propone que si el Estado quiere abordar de manera seria el problema de la sobrepoblación penal, debe ir más allá de promover reformas al sistema penitenciario: necesita analizar críticamente su política criminal y reformular aquellos aspectos que impiden que la herramienta penal y la cárcel solo se utilicen como último recurso.

PALABRAS CLAVE: Política criminal, proceso penal, legislación penal, justicia juvenil, penas sustitutivas, medidas alternativas, sobrepoblación.

INTRODUCCIÓN

El incendio del 8 de diciembre de 2010 en la Cárcel de San Miguel no solo se llevó la vida de 81 hombres, sino que volvió a poner en evidencia, de la manera más trágica, las deplorables condiciones de hacinamiento.

* Capítulo preparado por Alejandra Mera y Jorge Mera, profesores de la Facultad de Derecho UDP, con la colaboración de María Fernanda Aguilera.

miento e inseguridad que presenta la mayoría de las cárceles chilenas, y la responsabilidad que le cabe al Estado por no haber impulsado medidas eficientes para asegurar, en este caso, ni siquiera el derecho a la vida de las personas privadas de libertad.

Desde su primera edición en 2003, este *Informe* viene denunciando consistentemente las violaciones a los derechos humanos que sufren los privados de libertad. Estas violaciones se refieren tanto a las carencias de infraestructura y recursos, que repercuten en condiciones de hacinamiento elevadísimas, como a los malos tratos, castigos y tortura de que han sido y siguen siendo objeto los reclusos. Pero el hacinamiento y la inseguridad en las cárceles chilenas no son fruto de la casualidad ni representan una fatalidad. Por el contrario, es el producto de opciones político-criminales concretas que ha tomado el Estado chileno en los últimos veinte años.

La política criminal puede ser definida a grandes rasgos como la estrategia del Estado para enfrentar el fenómeno de la criminalidad. Toda política criminal está compuesta por determinados supuestos de carácter ideológico, político y técnico, en los que se funda, por los objetivos que pretende cumplir y por los instrumentos preventivos y represivos que deben diseñarse e implementarse para conseguirlos.

Por supuesto que la política criminal no se agota en el sistema penal. Concebirla solo desde la perspectiva de las instituciones penales conlleva el riesgo de distanciarla de otros aspectos relevantes relacionados con la criminalidad, como por ejemplo la política social.

Tal como se recomienda en documentos de trabajo del 12^o Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Sistema Penal, la delincuencia es “un problema social al que los sistemas de justicia penal solo podrían dar una respuesta parcial. Las medidas contra la pobreza y la marginación social son fundamentales para prevenir la delincuencia y la violencia y, a su vez, reducir el hacinamiento en las cárceles”.¹ La política criminal no debe constituir un apartado aislado dentro de la política general, sino que debe haber la debida coordinación para que los resultados globales “al menos, no agraven el problema de la criminalidad”, frente al cual se reaccione solo con los instrumentos penales, vulnerando el carácter de *ultima ratio* que estos deben poseer.² Ello es particularmente relevante en países con altos grados de desigualdad social como Chile, donde la población penal está conformada de manera casi exclusiva por personas pertenecientes a los sectores más desventajados en términos socioeconómicos.

¹ Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, 12^o Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Justicia Penal, A/CONF.213/16, 2010.

² Ángel De Solá Dueñas, “Política social y política criminal”, en Roberto Bergalli y otros, *El pensamiento criminológico*, vol II, Bogotá, Temis, 1983, p. 248.

Este capítulo, sin embargo, se focaliza en el análisis de ciertos aspectos específicos de la política criminal chilena desde la perspectiva de algunas de sus instituciones penales. Se trata de destacar cómo no ha existido una política eficaz ni coherente en orden a racionalizar el uso de las penas privativas de libertad y, consecuentemente, reducir la sobrepoblación en las cárceles. Por el contrario, la política ha sido la expansión sostenida de la intervención penal.

Sin duda que el sistema penitenciario necesita ser analizado y reformado a la luz de las flagrantes violaciones a los derechos humanos que ocurren de manera grave y reiterada en las cárceles chilenas. Esa reforma, sin embargo, no termina de enfrentar el problema. Es necesario dar un paso atrás y analizar aquellas decisiones político-criminales que han permitido la enorme expansión del sistema penal y la consecuente sobrepoblación carcelaria. Si esa política no es cuestionada, las cárceles se seguirán llenando de presos, ya que ningún plan de aumento de plazas podrá absorber la demanda; los programas de reinserción seguirán siendo insuficientes, se propiciarán nuevas condiciones de inseguridad y abusos y, de repetirse una situación como la de San Miguel, el Estado tendrá que lamentar una vez más la muerte de quienes solo debieran sufrir el peso de la privación de libertad, al interior de la cárcel, por un tiempo determinado.

1. ALGUNA INFORMACIÓN DE CONTEXTO

Chile muestra uno de los niveles de encarcelamiento más altos de América Latina. De acuerdo a cifras de 2010, ocupa el tercer lugar tras Guyana Francesa y Surinam, con una tasa de 303 presos por 100.000 habitantes.³ Asimismo, ocupa el lugar número 35 en el mundo.⁴ La población carcelaria ha presentado un aumento sostenido durante las dos últimas décadas. Así, el año 1990 había 22.593 reclusos; el año 2000, 33.131, y al 30 de junio de 2011, 52.319.⁵

Por su parte, los índices de sobrepoblación alcanzaban al 59% en promedio el año 2000 y un similar 59,4% al mes de marzo de 2011.⁶ Estos promedios, sin embargo, son ampliamente sobrepasados en ciertas cárceles. Por ejemplo, en la Cárcel de San Miguel, en septiembre de 2010, tres meses antes del incendio, ascendía a un 197%.⁷

El uso de las medidas alternativas a la privación de libertad también ha crecido en los últimos años. Así, entre 1990 y 1997 la población sujeta

³ Centre for Prison Studies, www.prisonstudies.org, sección World Prison Brief, Chile.

⁴ Ana María Morales, "La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden", inédito.

⁵ *Ibid.*, p. 47.

⁶ Fundación Paz Ciudadana, "Balance de la delincuencia 2010", Santiago, 2011, p. 34.

⁷ Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2010. Situación de los derechos humanos en Chile 2010*, p. 139.

a medidas alternativas creció a un promedio anual de 9,7%.⁸ Entre 2000 y 2005 experimentó un crecimiento negativo de un 17,32%, pero entre 2005 y 2010 ha mostrado un crecimiento sostenido.⁹ La población sujeta a medidas alternativas el año 2005 era de 28.283 personas, mientras que en 2010 eran 53.345 los afectados a alguna medida.

Los índices de criminalidad violenta en Chile están muy por debajo de los que muestran otros países de América Latina, todos ellos con menores tasas de encarcelamiento.¹⁰

Las tasas de victimización en Chile también han decrecido en los últimos años. Así, por ejemplo, el porcentaje de hogares víctimas de algún delito bajó de 43% el año 2003 a un 28,2% el año 2010, según la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC). Asimismo, si se comparan los índices de victimización de Chile y Latinoamérica, de acuerdo al Latinobarómetro 2010 Chile arroja un 25%, lo que lo inscribe entre los tres países más bajos, tras Uruguay y Panamá.¹¹

En este contexto, es necesario revisar cuáles han sido precisamente los presupuestos, objetivos e instrumentos político-criminales que han permitido que Chile haya terminado con una de las tasas de reclusos más altas de América Latina y del mundo, y con cárceles tremendamente sobrepobladas. Ante el escándalo desatado con ocasión de la tragedia de San Miguel, un análisis que se mostró necesario pero demasiado postergado es precisamente este: dar una mirada, a partir de los estándares de derechos humanos, a la manera como el Estado chileno trata a quienes delinquen y algunas consecuencias sociales que ese tratamiento tiene.

2. LEGISLACIÓN PENAL

Nuestra legislación penal infringe, en distintos aspectos, normas fundamentales sobre derechos humanos, tanto constitucionales como internacionales.¹² El Estado chileno ha cumplido, desde el retorno a la democracia, de modo muy parcial e insuficiente con su deber de adecuar su legislación penal a las exigencias contenidas en dichas normas.

Por otra parte, la política criminal del Estado chileno de las últimas décadas ha apuntado, en general, al endurecimiento del sistema penal;

8 María Antonia Juste, Catalina Mertz y Rafael Mery, "Medidas alternativas a la reclusión. La experiencia de Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra", Santiago, Fundación Paz Ciudadana, 1998, p. 135.

9 Ana María Morales, "La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden".

10 Lucía Dammert y Mary Malone, "Fear of Crime or Fear of Life? Public Insecurities in Chile", *Bulletin of Latin American Research* 22(1), 2003.

11 Ver Fundación Paz Ciudadana, "Balance de la delincuencia 2010", pp. 5-6.

12 Se infringen las exigencias del derecho penal de acto con la agravante de reincidencia y los requisitos necesarios para obtener una medida alternativa; se mantienen tipos penales tan discutidos como el incesto, los ultrajes públicos a las buenas costumbres o la pornografía y, como se verá, se infringe de manera grave el principio de proporcionalidad de las penas, entre otros.

muestra de ello son el aumento injustificado de las penas para ciertos delitos y la improcedencia de algunas circunstancias atenuantes para otros. Así, se constata que la herramienta del derecho penal, en la práctica, se utiliza como un instrumento de *primera ratio*,¹³ con el fin de responder a las reales o supuestas demandas ciudadanas por mayor represión, creando nuevos delitos y aumentando las penas, generalmente por una sobrevaloración de las demandas de seguridad de la “ciudadanía”.

Uno de los puntos más sensibles en esta materia son las infracciones al principio de proporcionalidad de las penas, de acuerdo al cual la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito. Este principio es consustancial al estado de derecho y se deriva de la propia Constitución: el derecho penal contempla las mayores intromisiones del Estado en los derechos y la libertad de los ciudadanos, por lo que solo puede aplicarse en el caso de que otros medios menos gravosos sean insuficientes para la protección de los bienes jurídicos fundamentales. Las penas desproporcionadas suponen una infracción de la prohibición de exceso, consagrada asimismo en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que establecen que las limitaciones a estos deben ser solo las necesarias en una sociedad democrática.¹⁴

La legislación penal chilena infringe de diversas maneras este principio. La más obvia consiste en el establecimiento de penas excesivas que no guardan relación con la entidad del bien jurídico protegido. Esta situación se produce no solo en los casos más evidentes de la ley de drogas y la ley antiterrorista, sino en el propio Código Penal, con las penas manifiestamente desproporcionadas asignadas a los delitos sexuales y al hurto y robo (tras la reforma de 1954, en el caso de estos últimos): el hurto de un objeto de cierto valor se sanciona con pena aflictiva (presidio de tres años y un día a cinco años), mayor que la correspondiente a la mutilación de un dedo o una oreja; el robo con violencia o intimidación simple (robo utilizando la fuerza física y amenazas de daño, sin llegar a producir lesiones graves) se castiga con una pena mayor que la del homicidio simple (o no calificado); la tentativa de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado (rompimiento de puertas, ventanas, techo, etc.) y la de robo simple con violencia o intimidación se sancionan como delitos consumados, esto es, la tentativa se sanciona igual que si el delito se consuma y se equipara la pena de una conducta que no ha dañado a la víctima como si lo hubiera hecho (penas de cárcel que van de cinco años y un día a veinte años). Tras la modificación introducida por la Ley

¹³ Esto es, preferir la utilización del derecho penal frente a otras formas de control social, en vez de reservarlo -por ser el más violento- a los casos que lo hagan estrictamente necesario.

¹⁴ La jurisprudencia de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto reiteradamente que solo son necesarias en una sociedad democrática las limitaciones conducentes al logro del objetivo perseguido con la limitación, *proporcionales* con este y que respondan a una necesidad social imperiosa (*Caso Silver*, sentencia del 25 de marzo de 1983, C. Europea; Op. consultiva N° 5, Corte IDH caso *Schmidt vs. Costa Rica*, 1984).

14.449 de 1996, el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación (sin violencia) se sanciona con pena única de crimen (cinco años y un día a diez años), cuando antes de la modificación legal se sancionaba con penas que iban desde tres años y un día a cinco años.

Asimismo, existen numerosas agravantes especiales para el hurto y el robo. Estos castigos excesivos persiguen solo intimidar a las personas para que no cometan delitos (fines preventivos generales), desconociendo la dignidad de la persona y dejando en evidencia que en nuestro país la propiedad se antepone, en numerosas ocasiones, a otros bienes fundamentales, incluso la vida. Por otra parte, el exceso de rigor represivo para hurtos y robos no ha disminuido su frecuencia, lo que hace más cuestionable la política.

Por su parte, el art. 450 bis del CP, agregado por la Ley 19.449, de marzo de 1996, dispone que en el robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante de procurar reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, o sea, para estos casos, no se valoran politicocriminalmente las acciones del autor para atenuar los efectos de sus acciones. La disposición se refiere incluso al robo simple, que comprende, como máximo, por efecto de la violencia empleada, las lesiones menos graves (esto es, aquellas que causan una enfermedad o impedimento para el trabajo por menos de treinta días). Es decir, el autor de un hecho que en sí mismo no reviste una gravedad especial no solo es castigado con una pena, como se indicó, mayor que la del homicidio, sino que además no podrá ser beneficiado con la atenuante referida. Esta última es un incentivo para que el imputado repare a la víctima del delito. Su improcedencia, en el caso del robo con violencia o intimidación en las personas, es, pues, un revés para los intereses de aquélla, los cuales deberían estar debidamente considerados en toda política criminal moderna.

Otro ejemplo de desproporcionalidad –que refleja el empecinamiento del legislador por desplegar rigor penal para satisfacer supuestas demandas ciudadanas de endurecimiento penal– es la Ley 19.927, de enero de 2004 (en cuya dictación influyó el clima de repudio público y revuelo mediático generado por el muy publicitado caso Spiniak), que elevó las penas de los delitos sexuales en contra de menores, a veces asignando mayor pena que la del delito de homicidio. Por repudiables que sean estos hechos, jurídico-penalmente son menos graves que el homicidio, puesto que atentan, no contra la vida, sino contra otros bienes jurídicos de menor jerarquía, como son la libertad y la indemnidad sexuales, lo que debiera reflejarse coherente y consistentemente en el monto de las penas.

Un aspecto particularmente cuestionable del sistema penal chileno es sin duda la agravante de la reincidencia, la que plantea graves problemas en relación con el principio del derecho penal de acto.¹⁵ Esta agravante ha

¹⁵ Esto es, que las personas deben ser sancionadas por las acciones que cometen y no por otras circunstancias ajenas a ellas, como características de la personalidad, historia personal, etc.

sido ampliamente criticada y ha tendido a desaparecer de los códigos penales más modernos, por cuanto contraviene el derecho penal de acto, que está consagrado en la Constitución, y el principio del *ne bis in idem*, esto es, no ser juzgado dos veces por la misma circunstancia. Con la agravante de reincidencia se agrava la pena por el delito actual objeto del proceso, no en consideración del hecho cometido, sino en atención al comportamiento delictivo anterior del condenado, lo que lo convertiría en un sujeto peligroso, en un “delincuente” del que la sociedad debe protegerse con mayor rigor. Pero el fundamento de la agravante de la reincidencia es el delito anterior cometido, el que ya fue objeto del correspondiente castigo, por lo que se toma en cuenta dos veces un mismo hecho para agravar la responsabilidad penal, que es precisamente lo que prohíbe el mencionado principio.

La Ley 20.253, de marzo de 2008, lejos de derogar la agravante de la reincidencia, eliminó uno de sus requisitos, como lo era el hecho de que se hubiera cumplido efectivamente la condena, toda vez que la razón de ser de la agravante (para los partidarios de su mantención) radica en la ineficacia de la condena por el delito anterior, lo que determinaría la necesidad de agravar la respuesta penal a los reincidentes, para los cuales dicha condena no fue un disuasivo suficiente. Con esta modificación (según la cual basta con que el imputado haya sido condenado anteriormente, aunque no haya cumplido la condena) *se amplía* el campo de aplicación de una agravante que no debiera existir, pues infringe el derecho penal de culpabilidad. Esta reforma fue parte de la agenda corta antidelinuencia introducida durante el Gobierno de Bachelet.

3. PROCESO PENAL

La reforma procesal penal ha sido calificada frecuentemente como la reforma más influyente del sistema de justicia de las últimas décadas en Chile. El nuevo sistema comenzó a regir el año 2000, se implementó de manera gradual, y opera en todo el país desde 2005. La reforma se fundamentó en dos premisas fundamentales: las carencias del sistema inquisitivo frente a las garantías mínimas del debido proceso y la ineficiencia del sistema en cuanto a la persecución de los delitos, lo que se reflejaba en elevados índices de impunidad.

El nuevo sistema, de carácter acusatorio, sin duda ha generado un incremento estructural en el respeto de las garantías del debido proceso frente al sistema inquisitivo (el que de manera estructural no respetaba ninguno). Así, entre otros aspectos, se ha incorporado el derecho a un juicio oral y contradictorio ante un tribunal imparcial, se ha podido entregar defensa gratuita y de calidad a todos los imputados y existen controles durante la etapa de investigación, entre otros puntos.¹⁶

¹⁶ Informe 2003, pp. 11-32.

Especialmente relevante es el impacto que ha tenido la reforma en la disminución de los índices de privación de libertad mientras se tramita el proceso (o “prisión preventiva”). Este era un aspecto particularmente sensible del sistema inquisitivo, en el cual la libertad durante el proceso se entendía como una excepción, en flagrante contradicción con el derecho a la presunción de inocencia.¹⁷ Así, el año 1999, uno antes de la puesta en marcha del nuevo sistema, los condenados representaban un 49,9% de la población penal, los procesados un 42,6% y los detenidos un 7,6%.¹⁸ Esto es, la mitad de las personas reclusas en la cárcel no habían sido condenadas. Por su parte, los períodos de duración de la prisión preventiva solían ser excesivamente largos.

El nuevo sistema, por el contrario, concibió la privación de libertad como medida cautelar durante el proceso en términos excepcionales; su necesidad debía ser debidamente justificada, aunque, como señala Duce, no se pudo avanzar en una lógica del todo restrictiva (lo que hubiera demandado un cambio constitucional) y se “mantuvo un sistema de causales relativamente abiertas y con implicancias que van más allá de puramente asegurar la comparecencia del imputado al proceso”.¹⁹ El Código sí innovó en cuanto a introducir una serie de medidas cautelares personales alternativas a la privación de libertad, las que debían preferirse cuando fueran idóneas para asegurar los fines del procedimiento.

Además, se establecieron límites en consonancia con el principio de proporcionalidad, los que tenían por objeto excluir la imposición de medidas cuando se tratara de delitos de poca gravedad; también la duración de las medidas debía limitarse en relación con el monto probable de la pena arriesgada.

El uso de la prisión preventiva como medida cautelar efectivamente bajó tras la implementación de la reforma. El año 2004 los imputados sometidos a prisión preventiva ascendían al 19,1% y en 2008 al 10,2%.²⁰ Por otra parte, de acuerdo a cifras del sitio web de Gendarmería, la proporción de personas presas sin condena ha descendido constantemente. Así, si en 2000 representaba el 48,5% de la población penal, en 2005 constituía el 35% y en 2011 el 20,1%.

Este descenso, sin embargo, no ha repercutido en la disminución de las cifras totales de personas reclusas en los recintos penitenciarios, por tres razones fundamentales.

17 Hasta 1979, en Chile existía un catálogo de delitos inexcusablemente. Posteriormente se dio al juez la posibilidad de decidir sobre la procedencia de la prisión preventiva en todos los delitos, sobre la base de ciertas causales, con el objetivo de que la privación de libertad no fuera la respuesta “automática” del sistema. Ver Mauricio Duce y Cristián Riego, *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011.

18 *Id.*, p.102.

19 *Id.*, p.110.

20 *Id.*, p.124.

En primer lugar, porque el total de personas que ingresan y son formalizadas y luego quedan en prisión preventiva ha aumentado en términos absolutos desde el comienzo de la reforma.

En segundo lugar, porque ha aumentado el número de condenados a penas privativas de libertad. La reforma ha intensificado la persecución penal y además ha influido en que los procesos se resuelvan más rápido, lo que repercute en un mayor número de condenas. Así, mientras entre 2000 y 2005 la cantidad de personas privadas de libertad atendidas por Gendarmería aumentó en un 10,76%, entre 2005 (año en que la reforma estuvo operativa en todo el país) y 2010 la población creció en un 44,9%.²¹ En Chile, por lo demás, la pena privativa de libertad sigue teniendo un espacio central, por lo que la intensificación de la persecución y la rapidez de los procesos inevitablemente inciden en mayores niveles de privados de libertad.

Finalmente, la regulación de la prisión preventiva ha sufrido ajustes durante los primeros años de implementación de la reforma, los que han repercutido en el endurecimiento del sistema. Las reformas son fundamentalmente dos: Ley 20.074 de 2005 y Ley 20.253 de 2008 o “agenda corta”. De acuerdo a Duce, ambas reformas habrían incidido en reforzar el automatismo de la prisión preventiva en delitos graves (lo que explicaría un aumento de la prisión preventiva respecto de ellos), aunque no en los demás delitos, pese a las promesas y expectativas del legislador.²²

Estas reformas se han fundamentado fuertemente en demandas de seguridad ciudadana. El Mensaje de la Ley 20.074 señala que uno de los objetivos primordiales del Gobierno es evitar zonas de impunidad en la persecución penal, por lo que se hace necesario “efectuar ajustes normativos en materias sensibles a la percepción de impunidad de la ciudadanía”; entre otros, “[s]e necesita una mejor distinción entre las causales que hacen improcedente la prisión preventiva”.²³ Por su parte, el Mensaje de la Ley 20.253 señala que “A pesar de todos los avances en modernización del sistema de enjuiciamiento criminal, eficiente gestión del MP y el reforzamiento humano y material de las policías, la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hacen necesario reprimir con mayor energía el delito y disminuir esa sensación de temor. Se detectaron las situaciones que permiten que delincuentes habituales o peligrosos se encuentren en libertad o la recuperen fácilmente”. Señala

21 Ana María Morales, “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”.

22 Mauricio Duce y Cristián Riego, *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*, pp. 49-58. Por otra parte, se suprimió la improcedencia de la prisión preventiva en los casos en que fuera aplicable una medida alternativa, con lo que se desnaturaliza su finalidad de evitar que una persona que no cumplirá una pena privativa de libertad, se recluda durante el proceso.

23 Mensaje 40-350.

asimismo que, pese a que la regla general debe ser la libertad durante el proceso, las modificaciones que se proponen “introducen precisiones necesarias para una mejor defensa del interés social”.²⁴

Es positivo que estas reformas no hayan influido en un aumento explosivo de la prisión preventiva, pero resulta preocupante que el Ejecutivo y el Parlamento legislen sobre la base del “temor” de la ciudadanía, especialmente teniendo en cuenta que los índices de victimización en Chile son decrecientes y se mantienen bajos, y además, tal como lo demuestran las cifras, estas regulaciones tampoco tienen mayor impacto para enfrentar el fenómeno que se quiere revertir.

De otra parte, es inaceptable, en términos de la coherencia que debiera guardar la política criminal, que se instale un proceso penal respetuoso de las garantías fundamentales, para luego sentenciar a los culpables a una pena de cárcel que debe ser cumplida en condiciones inhumanas. También lo es que se permita privar de libertad durante el proceso a quienes se presumen inocentes, y en esas mismas condiciones carcelarias, que son más inhumanas cuanto más eficiente es el sistema, pues en términos prácticos la eficiencia del sistema redundaría en un aumento sostenido de la población carcelaria.

4. MEDIDAS (O PENAS) ALTERNATIVAS (O SUSTITUTIVAS) DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Chile no ha hecho un esfuerzo serio por implementar un sistema de sanciones alternativas a la cárcel que posibilite que esta se use de manera racional y selectiva. Si bien la Ley 18.216 de 1983 –sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad– tenía como objetivo reducir la aplicación de penas de cárcel, permitir un tratamiento no institucionalizado de los condenados y alcanzar su rehabilitación y reinserción, ello no se ha materializado.

La Comisión Legislativa del año 1982 señalaba:

Existe amplio consenso en torno a la necesidad de sustituir las penas privativas de libertad cortas por alternativas más modernas y eficaces que la encarcelación. La prisión debe tener una función residual, para los casos que sea estrictamente necesaria. El propósito es desinstitucionalizar progresivamente los métodos correccionales y promover los métodos no institucionales o semi institucionales, que incluyen componentes de tratamiento en un establecimiento y en el medio libre.²⁵

²⁴ Mensaje 188-354.

²⁵ María Eugenia Hofer, “Medidas alternativas a la reclusión en Chile”, Santiago, Fundación Paz Ciudadana, 2008, pp. 3-4, www.pazciudadana.cl.

Pero las medidas alternativas no han sido capaces de sustituir realmente la pena de cárcel. Las estadísticas de los últimos años muestran que tanto esta como las medidas alternativas van en aumento sostenido (salvo episodios). Ello se debe, por una parte, a que la Ley 18.216 no estuvo acompañada de un plan de financiamiento que hiciera posible alcanzar sus objetivos.

Esta situación se ha agudizado con los años. Como señala María Eugenia Hofer, “[l]a instalación definitiva de la Reforma Procesal Penal (RPP) ha agravado la situación, porque ha acelerado el procesamiento de los casos e incrementado la proporción de respuestas de calidad del sistema. El número de condenados se ha elevado significativamente, afectando tanto al sistema carcelario como al sistema abierto de cumplimiento de condenas”.²⁶ También hay personas que han sido condenadas a medidas alternativas y que durante el proceso han estado reclusas, en prisión preventiva.

Ahora bien, uno de los principales obstáculos de las medidas alternativas para alcanzar el fin de reemplazar las penas privativas de libertad (de acuerdo al diseño de la Ley 18.216) es que fueron introducidas como medidas “sustitutivas” de la cárcel. Es decir, la persona es condenada a una pena de cárcel, pero el juez puede suspender esa ejecución y reemplazarla por alguna de las medidas de remisión condicional de la pena, reclusión nocturna o libertad vigilada. De incumplir la medida, el condenado debe cumplir la pena “suspendida”. De esta forma, el juez no cuenta con un catálogo amplio de sanciones no privativas de libertad que le permita valorar las circunstancias particulares del caso y decidir, entre todas ellas, cuál es la más idónea; sus opciones son limitadas y están sujetas al sistema de determinación de penas de la pena privativa de libertad, lo que impide contar con una mayor flexibilidad para tender a las circunstancias del caso concreto. Ello se dificulta aun más con las reglas rígidas para la determinación de la pena de nuestro sistema.

Asimismo, los requisitos para obtener una medida alternativa son restrictivos. Todas, salvo la reclusión nocturna, exigen que el condenado no tenga antecedentes penales y en general se dirigen a delincuencia de menor gravedad. Asimismo, para otorgarlas debe existir el pronóstico de que, en caso de aplicarse, el condenado no volverá a delinquir. Entre los antecedentes que el juez debe considerar figuran los antecedentes personales del condenado y su conducta anterior al hecho punible. En el caso de la libertad vigilada, deben considerarse, además, “los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado”. Por otra parte, el rango de penalidad para la cual proceden las medidas alternativas (tres o cinco años de privación de libertad) representa casos de criminalidad menos grave,

²⁶ *Id.*, p. 11.

en los que político-criminalmente no resulta apropiada la cárcel. Ello se ve agravado porque, de otra parte y como se mencionó, se establecen penas excesivas para este tipo de criminalidad, especialmente para el robo, la que queda excluida de estas medidas.

Estos requisitos, además de contravenir las exigencias que impone un derecho penal de acto, esto es, basarse en las acciones y no en la “peligrosidad” de los individuos, limitan nuevamente de manera excesiva la posibilidad de obtener una sanción que no sea privativa de libertad. Peor, según los criterios señalados, en la práctica se perjudica nuevamente a quienes tienen menores grados de integración social, lo que no solo reproduce la injusticia social sino que niega el derecho a la resocialización, expresamente reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos, a las personas que sufren de déficits económicos, sociales y culturales.²⁷

Implementar un sistema de alternativas que efectivamente reemplaza la pena de cárcel supone que el Estado asume un riesgo. Este riesgo se funda en su compromiso de utilizar la cárcel, en palabras de la Comisión Legislativa de 1982, de manera “residual” y cuando sea “estrictamente necesaria”. Ese riesgo no se tomó con la Ley 18.216.

El 31 de marzo de 2008, la Presidenta Bachelet envió al Congreso un proyecto de ley que introducía modificaciones a la Ley 18.216 (Mensaje 66-356). Los objetivos de la reforma quedan claros en el Mensaje:

Existe claridad en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción, y ser un arma efectiva en el control del delito.

Se destaca además que con mayores y mejores formas de ejecución se asegurará el cumplimiento efectivo de las medidas, “haciendo de este sistema un modelo de control asimilable a la prisión, en cuanto a su real control sobre la población sujeta al mismo”.

El proyecto ampliaba el catálogo de medidas, añadiendo la reparación del daño y los servicios en beneficio de la comunidad, proponía la improcedencia de medidas alternativas para ciertos delitos graves y de alta connotación social, la implementación de un sistema de monitoreo electrónico y el perfeccionamiento de normas de incumplimiento y quebrantamiento. Posteriormente, el año 2009, el Gobierno envió una indicación sustitutiva total del proyecto y luego el actual Gobierno envió una indicación sustitutiva parcial, con fecha 23 de agosto de 2010.

27 Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 5, número 6, que “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Tras el incendio de la Cárcel de San Miguel, el Ejecutivo decidió darle suma urgencia al proyecto, como una manera de enfrentar los problemas de hacinamiento; también se anunció la construcción de más cárceles. Al cierre del *Informe*, en agosto de 2011, el proyecto se encontraba en segundo trámite constitucional (Senado).

La legislación actualmente en discusión, sin embargo, suscita varios cuestionamientos sobre sus posibilidades para disminuir la pena de cárcel y con ello el hacinamiento.

En primer término, las medidas, ahora denominadas “penas”²⁸ siguen siendo “sustitutivas”, es decir, se conceden en reemplazo de la pena privativa de libertad, mientras dura su cumplimiento.

Con respecto a la actual regulación de la Ley 18.216, el proyecto, lamentablemente, no avanza en términos significativos en orden a ampliar el espectro en el que pueden utilizarse las penas o medidas. Son muy pocas las innovaciones en cuanto a los requisitos para poder ser candidato a ellas. La remisión condicional del procedimiento y la libertad vigilada siguen siendo exclusivas para personas que no tienen antecedentes penales previos. Así también, se siguen exigiendo pronósticos que descarten la posibilidad de reincidir. Además, a una serie de delitos se la excluye de antemano de la posibilidad de obtener una pena no privativa de libertad,²⁹ y se limita esta posibilidad en otros.

Especialmente preocupante es la propuesta en cuanto a la regla especial de improcedencia de una pena sustitutiva en el caso del robo por sorpresa (comúnmente denominado “lanzazo”), cuando el sentenciado ha sido condenado anteriormente por robo por sorpresa, robo con violencia o intimidación, o robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación. Por la frecuencia de este delito, pero además porque de acuerdo al Código Penal aquel se considera consumado desde que se encuentra en grado de tentativa. Por lo tanto, una persona, por el hecho de tener una condena anterior por alguno de estos delitos, puede ser excluida de la posibilidad de optar a una pena no privativa de libertad, incluso cuando no logre consumar el delito de robo por sorpresa, lo que representa serios problemas de proporcionalidad y una vez más demuestra la pensión del Estado a recurrir a la prisión como primer recurso.

Ahora bien, durante la tramitación parlamentaria, el proyecto se ha ido acercando cada vez más a sus objetivos de control. Así, el énfasis en la actualidad estaría destinado a financiar el sistema de monitoreo

28 La indicación sustitutiva parcial del actual Gobierno propuso el cambio de denominación a “penas sustitutivas” en vez de “medidas alternativas” para que estas penas sean comprendidas como sanciones por el condenado y por la sociedad, y no como un “beneficio”.

29 En la indicación parcial del Ejecutivo de 2010 se propone que, para los delitos consumados de secuestro calificado, sustracción de menores, violación propia e impropia, violación con homicidio, homicidio simple y calificado, delitos terroristas y parricidio, en el caso de existir condenas anteriores en el contexto de violencia intrafamiliar no existirá la opción de una pena sustitutiva. Posteriormente durante el debate se eliminó la prohibición respecto de los delitos terroristas.

“telemático”, más conocido como “electrónico”. En palabras del exministro de Justicia, Felipe Bulnes, una parte mayoritaria de los recursos se destinarían a “configurar una suerte de cárcel virtual” a través de la tecnología electrónica.³⁰ La prensa ha recogido este énfasis refiriéndose a la “ley de monitoreo electrónico”.

Si bien el uso de sistemas de control electrónico pueden ser útiles para implementar un sistema de penas alternativas, la regulación actual plantea reparos, porque el monitoreo electrónico no está pensado como un elemento dentro de un programa de reinserción más general, sino que apunta fundamentalmente al control en las dos hipótesis que contempla el proyecto de ley: en el caso de acompañar la reclusión parcial, para asegurar que el condenado permanezca en un determinado lugar (preferentemente su domicilio, en vez de en un recinto penitenciario) por un tiempo determinado; y en el caso de la libertad vigilada intensiva, caso en el cual está fundamentalmente enfocado a la protección de la víctima en el contexto de delitos de violencia intrafamiliar y delitos sexuales.³¹ Por el contrario, cuando el monitoreo electrónico es concebido como una herramienta dentro de un plan integrado por otras medidas (y no solo como mecanismo de control), ha demostrado su capacidad para disminuir la reincidencia en términos significativos.³²

Por otra parte, la discusión parlamentaria da cuenta de las dificultades que supone instalar un sistema de monitoreo telemático y de antemano se asume que este será gradual, que en ciertas localidades será imposible de implementar y que en muchos casos deberá reemplazarse por rondas periódicas de carabineros o llamadas telefónicas. Y, tomando en consideración lo complejo que es instalar un sistema de monitoreo que funcione (no hay más que hacer memoria sobre el uso del GPS para el funcionamiento del Transantiago), en el mejor de los casos se tratará de un brazalete que permita constatar la infracción de la medida y no, como ha señalado el Gobierno, un “brazalete electróni-

30 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto que modifica la Ley 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Boletín N° 5838-07, p. 20.

31 En la discusión parlamentaria se hizo evidente el énfasis en el objetivo de control del sistema de monitoreo electrónico. Así, “ante una objeción planteada por el Diputado señor Burgos, quien consideró un contrasentido que el sistema del monitoreo se aplicara solamente a la pena sustitutiva de la reclusión parcial, siendo que ésta sancionaba delitos de menor gravedad que los que son susceptibles de la pena de la libertad vigilada simple, [representantes del Ejecutivo] señalaron que el sistema del monitoreo no obedecía a criterios de gravedad del delito sino al tipo de control que se deseaba ejercer. Precisarón que en el caso de la pena sustitutiva de la libertad vigilada simple no se contemplaba la aplicación de este sistema, por cuanto no interesaba mantener al condenado en un lugar determinado, sino más bien someterlo a una terapia de rehabilitación y a programas determinados. En cambio, en el caso de la libertad vigilada intensiva, sí existía especial preocupación por el control del penado y, por ello, se permitía la aplicación del sistema telemático”. Boletín 5838-07, p. 58.

32 Como es el caso de Suecia, por ejemplo. Ver Mike Nellis, “Electronic Monitoring: Towards Integration into Offender Management?” en Fergus McNeill, Peter Raynor y Chris Trotter, eds., *Offender Supervision. New directions in theory, research and practice*, Oxon, Willan Publishing, 2010, p. 528.

co, que permite seguir los movimientos de los delincuentes”³³ En este contexto, lo más probable es que el brazalete sirva más que nada para constatar el quebrantamiento de la pena, la que podrá ser revocada por una pena más gravosa, incluso la de privación de libertad, con lo que se atenúa el impacto que esta sanción pueda tener en cuanto a disminuir la pena de cárcel. Finalmente, la propia implementación del sistema de monitoreo incluye la posibilidad de que el condenado cometa otro delito a propósito del uso del sistema.³⁴ Además, se estipula que si el dispositivo de monitoreo queda inutilizado o sufre un desperfecto, el condenado lo debe informar a la brevedad a Gendarmería, en caso contrario el tribunal puede dejar sin efecto la sustitución de la pena.

Durante la tramitación del proyecto, además, se eliminó la medida alternativa de reparación a la víctima y se limitó la de trabajos en beneficio de la comunidad. Ahora solo proceden de manera subsidiaria (es decir, cuando por cualquier circunstancia no se puede imponer alguna de las otras penas) y por una sola vez. Además la pena de privación de libertad originalmente impuesta no debe ser superior a un año y debe existir un pronóstico que permita presumir que la medida evitará que el condenado reincida.

Una de las medidas de política criminal que ha sido más eficiente en otros países para disminuir la sobrepoblación carcelaria es la de terminar con las penas de privación de libertad de corto tiempo. En Alemania, por ejemplo, en los años sesenta se decidió hacer un esfuerzo por restringir las penas privativas de libertad inferiores a seis meses, y en un año los condenados a estas penas disminuyeron de 130.000 a 25.000.³⁵

Lamentablemente, la legislación que hoy se discute en el Parlamento no contiene normas que permitan conseguir efectos similares. Con el tipo de restricciones que se imponen para utilizar la pena de servicios en beneficio de la comunidad, esta medida no podrá incidir de manera relevante en la disminución de las penas privativas de libertad de corta duración. Además de poder decretarse “solo por una vez”, muchos de los casos caerán fuera de estos requisitos y las cárceles seguirán hacinadas con personas que cumplen condenas cortas, en parte por la transversal falta de voluntad política para crear un sistema que disminuya la población penal y no solo se limite a expandir el control.

La trayectoria del proyecto, desde 2008, está marcada por una lógica que ha ido privilegiando, en el discurso y en la práctica, los objetivos

33 Emol.cl: “Hinzpeter: Marchas estudiantiles y noticieros aumentan percepción de la delincuencia”, 4 de agosto de 2011.

34 Así, el proyecto plantea que el sujeto “afecto al sistema de control de monitoreo que maliciosamente arrancare, destruyere, hiciere desaparecer o, en general, inutilizare de cualquier forma el dispositivo, responderá penalmente por el delito de daños”. Boletín 5838-07, p. 88.

35 Michael Tonry, “Prospects for Institutionalization of Restorative Justice Initiatives in Western Countries”, en Ivo Aertsen, Tom Daems y Luc Robert, eds., *Institutionalizing Restorative Justice*, Devon, Willan Publishing, 2006.

de control por sobre los de reinserción, y ello nuevamente justificado, en general, en las demandas de la ciudadanía por mayor rigor penal. Así, las medidas se transformaron en “penas” porque el Ejecutivo (de 2010) consideró que era necesario “revertir la percepción de la ciudadanía, la que entiende que, si una persona es condenada por un delito importante y no cumple su pena en un recinto penitenciario, es porque ha accedido a un beneficio”.³⁶ Se justificó la exclusión de un catálogo de delitos de la posibilidad de acceder a las penas alternativas porque se quería “prevenir posibles críticas que a futuro se hicieran a una legislación como consecuencias de reacciones emocionales frente a una pena sustitutiva aplicada a un delito especialmente grave, en otras palabras, se trata de evitar la imposición de penas sustitutivas respecto de casos que resultaran especialmente indignantes para la opinión pública”;³⁷ y se limitó la posibilidad de imponer una pena sustitutiva para el autor de robo por sorpresa, cuando hubiera sido condenado por otro delito de robo, porque, según el exministro de Justicia Bulnes, se pretendía “dar una señal en el sentido de que si bien puede parecer adecuado brindar una oportunidad a quien delinque (...) resulta conveniente exigir el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, dado el impacto que produce el robo por sorpresa en la sensación de temor de la ciudadanía”.³⁸

5. CONSTRUCCIÓN DE MÁS CÁRCELES COMO PARTE DE LA SOLUCIÓN

El año 2000 comenzó el diseño del sistema de concesión de cárceles en Chile y el año 2005 su construcción. Más allá de las dificultades que ha enfrentado el proceso,³⁹ el empeño por resolver los problemas de hacinamiento mediante la construcción de cárceles concesionadas nunca será efectivo si se inserta dentro de un programa político-criminal de expansión penal.

En primer lugar, los niveles de sobrepoblación y hacinamiento acumulados son tan altos que solo para paliar ese déficit se necesitarían muchos años destinados a la construcción de recintos penitenciarios. Pero si la población penal sigue aumentando de manera sostenida (como también la que cumple su pena en libertad), es imposible llegar a cubrir esa necesidad. Los números son claros. Cuando comenzó el sistema de concesiones el déficit de plazas bordeaba las 16.000. En 2010, el déficit es superior a 20.000.⁴⁰

³⁶ Boletín 5838-07, p. 45.

³⁷ Oficio N°151-358, Formula indicaciones al proyecto de ley N° 18.216, 2010.

³⁸ Boletín 5838-07, p. 21.

³⁹ Ver *Informe 2007* pp. 32-44.

⁴⁰ Carolina Villagra, "Lecciones de la tragedia de la cárcel de San Miguel", www.inap.uchile.cl.

En orden a enfrentar la “crisis penitenciaria”, especialmente tras la tragedia de San Miguel, el Ministerio de Justicia anunció en abril de 2011 la construcción de más “y mejores” cárceles, lo que denominó una “nueva matriz penitenciaria”.⁴¹ En la oportunidad se hizo hincapié en la necesidad de contar con infraestructura que permitiera segregar a los reclusos de acuerdo con su peligrosidad,⁴² y se anunció la construcción de cuatro nuevas cárceles en la zona central del país.

Una de estas cárceles, con capacidad para 2.000 reclusos, serviría de centro de clasificación y derivación. Ahí los condenados permanecerían durante treinta días para ser evaluados y estudiar su comportamiento y su disposición a la rehabilitación.⁴³ Dos cárceles estarían destinadas para reclusos de baja peligrosidad, con énfasis en la rehabilitación, y contarían con instalaciones para que el 100% de los reclusos trabajen. Finalmente se contempla la construcción de una cárcel de alta seguridad, de acuerdo al exministro Bulnes, “destinada a presos que no tienen ningún interés en rehabilitarse, que están pensando en cómo agredir a los gendarmes, cómo agredir a los demás internos y fundamentalmente en cómo seguir delinquiendo dentro de la propia cárcel”. Además se anunció la remodelación de otros recintos penitenciarios.

El anuncio deja abiertas interrogantes en cuanto a la orientación político-criminal de la medida, especialmente desde el punto de vista de las posibilidades de absorber de manera eficiente los déficits de plazas que el sistema chileno presenta. Si bien el objetivo sería aumentar en 11.000 nuevas plazas los recintos penitenciarios durante este gobierno, y así reducir las tasas de hacinamiento de un 60% a un 15% para el 2014, estas cifras no asumen el crecimiento sostenido de la población penitenciaria.

Por otra parte, si bien es recomendable contar con establecimientos penitenciarios que diferencien entre grupos de población penal, el planteamiento del Ejecutivo tiene problemas de enfoque. Se afirma que se destinarán centros especiales para reclusos de peligrosidad menor, a los que se les ofrecerán todas las condiciones para facilitar su rehabilitación, como también su desempeño laboral, y se construirá otro para albergar a aquellos que no tienen ningún interés en rehabilitarse y que solo pensarían en seguir delinquiendo, tanto afuera como dentro de la cárcel, a los que al parecer no se les entregarían herramientas de rehabilitación. Este enfoque es errado en términos de influir en las probabilidades de reincidencia y con ello también disminuir los índices de sobrepoblación,

41 Para diseñar el Plan, el Gobierno fue asesorado por la consultora norteamericana Altegrity Risk International.

42 El ministro de Justicia señaló que el 40% de los reclusos presentan una peligrosidad leve, el 50% mediana y solo un 10% se consideran altamente peligrosos. ADN Radio.cl, “Ministro Felipe Bulnes: vamos a construir 4 cárceles, 2 de ellas, para reclusos de baja peligrosidad”, 4 de agosto de 2011.

43 LaNación.cl, “Reforma carcelaria: Reos serán separados por nivel de peligrosidad”, 14 de abril de 2011.

pues las personas condenadas con niveles de peligrosidad leve no deberían estar en la cárcel, o bien, en términos generales, no necesitan de programas de rehabilitación intensos. Por el contrario, son justamente aquellos que se encuentran en una situación delictual más comprometida quienes deberían ser objeto de programas de rehabilitación que les ofrezcan una posibilidad real de salir de la carrera delictual.

Desde otra perspectiva, en la experiencia internacional existen resultados variados en cuanto al desempeño de las cárceles privadas, o aquellas en que intervienen los privados en la administración. Hay algunas que funcionan bien y ofrecen mejores estándares que las cárceles públicas, y otras que funcionan peor. En lo que atañe al interés de este capítulo, el mayor problema que presentan los países que incorporan a privados en el sistema penitenciario es el lucro involucrado en el negocio, específicamente respecto de los desincentivos que pueden operar si se opta por construir una política criminal orientada a restringir la privación de libertad.

6. JUSTICIA JUVENIL

Chile abandonó formalmente el sistema tutelar de menores el año 2007, cuando comenzó a implementar la Ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente. El proceso que precedió a la implementación de la ley fue largo y complejo, y da cuenta de una serie de cambios en la sensibilidad de los legisladores sobre los fines que persiguen los sistemas de justicia penal adolescente, y los medios para alcanzarlos. A cuatro años de implementación del sistema, es posible observar tendencias reñidas con exigencias establecidas en el sistema internacional de derechos humanos.

La ratificación por parte de Chile de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1990 hizo urgente la revisión de la legislación que se hacía cargo de los menores de edad que delinquían. Pero solo en 2007 se comenzó a aplicar el sistema de responsabilidad penal adolescente.

Hasta ese momento, Chile mantenía dos subsistemas y ambos contravenían las reglas internacionales. Por una parte, los niños de entre 16 y 18 años declarados “con discernimiento” por un juez de familia (antes por un juez de menores) eran juzgados como adultos. La única diferencia consistía en que si eran condenados se les aplicaba una rebaja especial de pena. Este tratamiento contravenía la exigencia de un sistema especializado de justicia penal para los menores de edad, exigido por diversas regulaciones y organismos internacionales.⁴⁴

⁴⁴ Entre otros: Artículo 40 número 3 de la CDN “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales

En cuanto a los niños menores de 16 años y aquellos entre 16 y 18 años declarados “sin discernimiento”, eran juzgados en los tribunales de familia (previamente en los juzgados de menores) en un procedimiento apartado de los estándares del debido proceso exigidos para imponer sanciones penales. Este sistema “tutelar” de menores en la práctica constituía un sistema penal reforzado, “pues los recursos que el sistema utilizaba, pese a las etiquetas, tenían carácter penal y en tanto la posición jurídica de los niños es especialmente débil para oponerse a ellos se sobrepasaban frecuentemente los límites que favorecían a los adultos...”.⁴⁵

Los atentados en contra de los derechos humanos de los niños no se limitaban, sin embargo, al diseño del proceso o la legislación sustantiva. Quizá la forma más fuerte de vulneración a sus derechos ocurría en las instancias de detención y encierro. Numerosos estudios han documentado las precarias condiciones en que vivían los niños privados de libertad, el incumplimiento de las normas que exigen mantenerlos separados de los adultos, la escasez de intervenciones orientadas a su reinserción y los castigos, abusos y tortura a los que eran sometidos tanto en los centros de privación de libertad como en instancias policiales.⁴⁶

La promulgación de la Ley 20.084 en 2005 y su entrada en vigencia en junio de 2007 constituye, por lo tanto, un avance para la situación de los niños y las niñas en conflicto con la ley penal. El modelo que introduce la nueva legislación es un modelo de responsabilidad, que reconoce al niño como un sujeto de derechos. Además, esta responsabilidad debe ser determinada en un proceso penal propiamente tal, respetuoso de las garantías del debido proceso. Asimismo se establecen fines específicos, tanto para el proceso como para las sanciones, cuando se trata de imputados o condenados menores de edad, y se consideran sanciones especiales.

Sin embargo, si se examina el sistema de justicia penal adolescente “en clave de derechos humanos”,⁴⁷ persisten graves vulneraciones de

o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes...”; Artículo 5.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Regla 22 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores; Observación General número 10 del Comité de Derechos del Niño del año 2007; Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC 17/2002).

⁴⁵ De esta forma, el sistema no cumplía con la exigencia de establecer una edad mínima de responsabilidad, vulneraba prácticamente todas las normas de derechos humanos relativas al debido proceso, y también garantías sustantivas como los principios de legalidad, de humanidad y de culpabilidad. Ver Miguel Cillero, “Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos”, en Cecilia Medina y Jorge Mera, eds., *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico 6, Serie Publicaciones Especiales, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 509.

⁴⁶ Ver, entre otros, Universidad Diego Portales y Cejil, “Adolescentes y niños: Policía y centros de privación de libertad” en *Tortura, derechos humanos y justicia criminal en Chile (Resultado de una investigación exploratoria)*, 2003; Unicef, “La voz de los adolescentes: Percepciones sobre seguridad y violencia en Buenos Aires, Montevideo y Santiago de Chile”, 2001; *Informes 2003-2010*.

⁴⁷ Expresión utilizada por Eugenio Zaffaroni en *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer informe)*, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1984.

parte del Estado chileno. En lo que sigue se revisarán aquellas que los autores consideran más relevantes desde el punto de vista de una política criminal adecuada para la infancia.

6.1 Sistema insuficientemente especializado

Una de las críticas más fuertes que se hacía al sistema previo a la Ley 20.084, como se señaló, es que no era un sistema especializado para menores de edad. Así, desde que comenzaron a discutirse los primeros borradores de anteproyectos de ley, la especialización del nuevo sistema fue un aspecto fundamental. En el Mensaje de la Ley (2002) se señaló:

El presente Proyecto de Ley tiene el propósito de reformar radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revisten carácter de crimen o simple delito cuando ellos son cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años (...) Al no existir un sistema especializado destinado al juzgamiento y atribución de consecuencias de las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, se genera una confusión entre la protección de los niños y las medidas sancionatorias.⁴⁸

Es cuestionable, sin embargo, que el diseño definitivo del sistema de justicia penal adolescente de la Ley 20.084 responda a las exigencias de un sistema especializado, significativamente diferente del de los adultos.⁴⁹

En primer lugar, el sistema no está construido sobre la base de una especialización orgánica, esto es, no establece tribunales especializados (o cortes juveniles) ni tampoco la intervención exclusiva de funcionarios especializados en el sistema adolescente. Si bien es cierto que la normativa internacional no exige un tipo específico de arreglo institucional para la organización de la justicia juvenil, sí demanda la existencia de “autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales” (art. 40.3 CDN) Asimismo, se sugiere la separación de la justicia de menores de la de adultos (OG 10 del Comité de Derechos del Niño) y un personal debidamente capacitado (Regla 22 de las Reglas de Beijing).

⁴⁸ Mensaje 68-347.

⁴⁹ Especialmente en el anteproyecto del año 1998, e incluso en el proyecto de 2002, se contenían rasgos de especialización importantes. Por ejemplo, desde el punto de vista orgánico, el anteproyecto del 98 contenía la creación de un tribunal especial (el juez de infracciones juveniles). El proyecto de 2002 estableció que los asuntos relativos a la responsabilidad de los adolescentes eran de competencia del “juez de garantía del territorio jurisdiccional respectivo, especializado en el conocimiento de las infracciones de adolescentes a la ley penal” (art. 39 PLRPA).

El diseño chileno no cumple con ninguno de estos requisitos. En primer término, el artículo 29 de la Ley 20.084, que regula la especialización funcional, no asegura la intervención de funcionarios especializados en los juicios donde un adolescente es imputado; solo establece un deber de capacitación para los jueces, fiscales o defensores que intervengan en causas de adolescentes (inciso primero) y deja en manos de cada institución adoptar las medidas pertinentes para garantizar dicha especialización (inciso final). Sin embargo, el inciso segundo permite la intervención en causas de adolescentes de todo juez, fiscal y defensor competente en materias criminales, aunque no haya sido capacitado, cuando “excepcionalmente, y por circunstancias derivadas del sistema de distribución de trabajo, ello fuere necesario”.

Las carencias de especialización orgánica y funcional además repercuten en el desempeño del principio de especialidad en otros aspectos del sistema. Como afirma Duce, “dicha dimensión es esencial para el cumplimiento adecuado tanto de los aspectos procesales como los substantivos del principio de especialidad”.⁵⁰ Es aun más relevante si se considera que tanto el diseño del proceso penal del sistema de adolescentes como el catálogo de infracciones por las cuales pueden ser imputados presentan muy pocas diferencias con el sistema de adultos.

En cuanto al procedimiento, la Ley 20.084 no establece uno especial para adolescentes. La opción fue introducir algunas (pocas) normas específicas y hacer aplicable supletoriamente el Código Procesal Penal (CPP). Si bien es cierto que en términos generales el diseño del CPP cumple con las exigencias del debido proceso, también lo es que los adolescentes presentan características especiales que exigen un tratamiento diferenciado, que el diseño del proceso penal de adultos no permite siempre satisfacer adecuadamente. Entre otros aspectos problemáticos están la posibilidad de juzgar al adolescente en un procedimiento abreviado, sin resguardos especiales para asegurar que su renuncia al juicio oral sea voluntaria y debidamente informada, o la falta de una regulación más amplia para las salidas alternativas y los mecanismos de diversión.

Uno de los rasgos más característicos de los sistemas de justicia juvenil de acuerdo a estándares internacionales es justamente el énfasis por evitar el contacto de los jóvenes con el sistema. Se considera, en general, que siempre es mejor que el adolescente no “entre” al sistema de justicia penal. En este sentido, el artículo 40.3 b) de la CDN insta a evitar los procedimientos judiciales contra jóvenes toda vez que sea apropiado y deseable, respetando siempre sus derechos humanos y

⁵⁰ Mauricio Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”, *Ius et Praxis* 15(1), 2009, p. 77.

garantías.⁵¹ La Ley 20.084, sin embargo, no avanza satisfactoriamente en este sentido. La única regulación específica tratándose de adolescentes es la contenida a propósito del principio de oportunidad, esto es, la facultad que tiene el Ministerio Público de no iniciar una investigación, o concluir una investigación ya iniciada, cuando se trate de delitos de poca gravedad y no comprometan gravemente el interés público.⁵² En cuanto a las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios, no hay ninguna regulación que diferencie el tratamiento entre adolescentes y adultos imputados. Por último, la ley, a diferencia del anteproyecto de 1998 y del proyecto de 2002, tampoco contempla mecanismos de justicia restaurativa que se orienten a resolver el conflicto por una vía diversa a la judicial, y que han demostrado en otras jurisdicciones enormes ventajas en términos de disminución de tasas de encarcelamiento, como también en cuanto a cifras de reincidencia.⁵³

En términos prácticos, y si se comparan las cifras de adolescentes y adultos en los primeros años de vigencia del sistema, tanto la oportunidad como las salidas alternativas representan una mayor proporción en el sistema de adolescentes.⁵⁴ No obstante, como señala Berríos, es necesario leer estas cifras con cautela, pues los resultados usan como base de cálculo el total de términos del sistema, sin distinguir entre casos con imputado adulto conocido de los casos con imputado desconocido.⁵⁵ Cuando se compara el sistema de adultos con el de adolescentes solo tomando en consideración el universo de imputados conocidos, “las cifras permiten concluir que existe un funcionamiento del sistema bastante homogéneo de la justicia penal de adultos con la justicia juvenil”, especialmente en cuanto a las salidas alternativas.⁵⁶

Pero además las salidas alternativas en el sistema de adolescentes han tendido a disminuir en términos porcentuales durante los tres primeros años de implementación, mientras que las sentencias condenatorias han

51 En el mismo sentido las Reglas 6 y 11 de las Reglas de Beijing, la OG/10 del Comité de los Derechos del Niño, párr. 24, y la OC/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 135.

52 En el artículo 35 se añade a la regla establecida para los adultos la necesidad de que los fiscales, al evaluar la procedencia de la oportunidad, tengan “en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado”. Asimismo, amplía el ámbito de aplicación de la oportunidad por la vía de aplicar la rebaja de pena del artículo 21.

53 The Smith Institute y Esmee Fairbairn Foundation, “Restorative Justice: The Evidence”, 2007, www.esmeefairbairn.org.uk. La justicia restaurativa promueve que las partes directamente involucradas en el conflicto –víctima y victimario– puedan involucrarse directamente en su resolución a través del encuentro y el diálogo, generalmente guiados por un facilitador. Ha tenido especial desarrollo en el ámbito de la justicia juvenil, toda vez que la CDN promueve la desjudicialización.

54 Mauricio Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno”, *Política Criminal* 5(10), 2010, pp. 330 y 332.

55 Esta diferenciación es relevante porque en los casos en que no hay imputado conocido el Ministerio Público privilegia los mecanismos de desestimación temprana, principalmente el archivo provisional.

56 Gonzalo Berríos, “La ley de responsabilidad penal adolescente como sistema de justicia: Análisis y propuestas”, *Política Criminal* 6(11), 2011, pp. 178-179.

ido en aumento y constituyen la forma de término más frecuente del sistema.⁵⁷ El sistema chileno, al no contar con la debida especialización, no está tratando a los adolescentes de una manera sustantivamente diferente de a los adultos, lo que vulnera sus derechos humanos.

6.2 ¿Privación de libertad como último recurso?

Otro aspecto en el que los estándares internacionales son enfáticos cuando se trata de sistemas penales de adolescentes es el uso de la privación de libertad como último recurso, tanto durante el procedimiento como cuando se trata de imponer una sanción (principio de *ultima ratio*).⁵⁸

Respecto de la privación de libertad como medida cautelar (internación provisoria cuando se trata de adolescentes), la Ley 20.084 nuevamente se remite en términos generales a la regulación de la prisión preventiva del sistema de adultos, aunque establece ciertas regulaciones específicas. Entre ellas, destaca positivamente la incorporación explícita del principio de proporcionalidad en el artículo 33, el que establece que “[e]n ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena”. Además, en el artículo 32 se restringe la posibilidad de imponer la internación provisoria solo a aquellos casos en que la conducta que se le imputa al adolescente sea constitutiva de crimen si fuese un adulto. Sin embargo, cuando se analizan las estadísticas de internación provisoria de adolescentes, pareciera ser que estas limitaciones no estarían operando adecuadamente.

El aspecto más problemático se presenta en el criterio de proporcionalidad. Así, de acuerdo a estadísticas del tercer año de funcionamiento del sistema, en un 65% de las causas en que se decretó internación provisoria el adolescente no fue condenado a cumplir una pena privativa de libertad, lo que conlleva una vulneración persistente del principio de proporcionalidad.⁵⁹

Asimismo, si bien las cifras muestran un sostenido (aunque leve) descenso en el porcentaje de adolescentes en internación provisoria durante los tres primeros años de vigencia del sistema, los tiempos promedio de duración de la medida han aumentado y en una tasa superior que la de los adultos.⁶⁰

⁵⁷ Id.

⁵⁸ El Artículo 37 b) de la CDN establece que los Estados Partes velarán por que “Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

⁵⁹ Gonzalo Berríos y Luis Vial, “3 años de vigencia. Ley de responsabilidad penal del adolescente: 8 de junio de 2007 a 7 de junio de 2010”, Unicef y Defensoría Penal Pública, 2011, pp. 17.

⁶⁰ Id., p. 16.

Varios son los factores que conspiran para asegurar que la privación de libertad de los adolescentes durante el proceso en Chile sea efectivamente el último recurso.

Por una parte, la supletoriedad del CPP y la falta de especialización introducen variables que desmejoran la posición del adolescente para obtener una medida cautelar no privativa de libertad. Un ejemplo de ello lo constituye la posibilidad de imponer la internación provisoria a un adolescente en atención al peligro para la seguridad de la sociedad, especialmente cuando esta causal se funda en el peligro de reiteración y alarma pública. Si esta causal es problemática incluso respecto de los adultos, cuando se trata de adolescentes el asunto se agrava, porque el rango de edad en el cual se comete la mayor cantidad de conductas delictuales es justamente la adolescencia y juventud, por lo tanto el peligro de reiteración siempre es mayor. En relación con la alarma pública, si bien los antecedentes muestran que los adolescentes son responsables de una parte muy menor de los delitos que se cometen, y además en su mayor parte no son delitos particularmente violentos,⁶¹ existe una sensación pública más o menos generalizada que percibe la delincuencia juvenil como en aumento y particularmente agresiva. En ese contexto, una causal tan genérica como la de “alarma pública” para decretar la internación provisoria puede perjudicar a los adolescentes.

Causales como estas, que se apartan del fin de asegurar el proceso, pueden ser particularmente peligrosas en el contexto chileno. No se debe perder de vista que el proceso de transición de un sistema de tipo tutelar a uno de responsabilidad supone un cambio de perspectiva mayor de parte de los operadores del sistema, y no es improbable que muchos criterios tutelares aún se encuentren presentes a la hora de informar sus decisiones, justificadas en causales de este tipo.

Por otra parte, resulta preocupante la interpretación que ha hecho el Ministerio Público del límite establecido en el artículo 32 de la Ley 20.084, el que excluye la hipótesis de internación provisoria para los simples delitos y la hace procedente solo cuando se trata de crímenes (esto es, para conductas de mayor gravedad). Así, la unidad especializada de derecho penal juvenil⁶² avala la procedencia de internación provisoria para casos constitutivos de simple delito (pese a la restricción contenida en la Ley 20.084) bajo una argumentación que da énfasis a la aplicación supletoria de las normas del CPP.

61 Por ejemplo, entre los años 2008, 2009 y 2010 los ingresos de jóvenes en la Defensoría respecto de los adultos representan el 10,5%, 10,3% y 9,6%, respectivamente. Asimismo, la mayoría de los delitos por los cuales los jóvenes son ingresados al Ministerio Público corresponden a faltas, lesiones y hurtos. Berrios, *op.cit.*, pp. 173-174.

62 María Angélica San Martín, “Procedencia de la medida cautelar de internación provisoria tratándose de la imputación de simple delito”, *Revista Jurídica del MP* 42, marzo de 2010, p. 278.

En cuanto a la privación de libertad como sanción, tres aspectos son especialmente problemáticos. El primero tiene que ver con la modificación que se introdujo semanas antes de la entrada en vigencia de la ley, por iniciativa del senador Hernán Larraín (UDI), mediante la cual se repuso la norma que establece la obligatoriedad para el juez de garantía de dictar sentencia de internación en régimen cerrado cuando se trate de un delito grave. Esta modificación atenta contra el ideario de un derecho penal mínimo para el adolescente, y contra sus objetivos de reinserción, ambos parámetros que se contienen explícitamente en la CDN y otros instrumentos internacionales en la materia.

Así, la internación en régimen cerrado ha ido en aumento desde que se puso en marcha la ley. Según cifras del Sename, en 2008 fueron ingresados bajo esta modalidad 958 jóvenes, en 2009 1.351 y en 2010 1.723.⁶³

El último aspecto se refiere a las condiciones en que se cumple la privación de libertad. Las precarias condiciones de los centros de reclusión para adolescentes han sido una constante en el sistema chileno, antes y después de la Ley 20.084. Esta situación constituyó una fuente de preocupación especial de los dos informes de la comisión de expertos que tuvo por finalidad verificar las condiciones necesarias para la puesta en marcha de la ley. Así, en octubre de 2006 se afirmaba que “el sistema no está listo para operar y sus carencias son de tal trascendencia que se pone en serio riesgo la consecución de los fines perseguidos por el legislador”.⁶⁴ Esta opinión se mantuvo en el segundo informe del año 2007 y se sugirió una implementación gradual.⁶⁵ El Gobierno, sin embargo, decidió seguir adelante con la implementación del sistema en junio de 2007.⁶⁶

A solo dos meses, la noche del 20 de octubre de 2007, el motín e incendio del Centro de Rehabilitación Conductual “Tiempo de Crecer” de Puerto Montt probó de la manera más brutal que, efectivamente, el sistema no estaba listo para operar y que con su puesta en marcha se estaba poniendo en riesgo mucho más que la consecución de sus fines. La muerte de diez adolescentes al interior del recinto puede ser leída como una manifestación clara de una política criminal irresponsable (implementar el sistema desoyendo toda la evidencia técnica que lo desaconsejaba) y punitiva (avalando el encierro de adolescentes en condiciones físicas miserables y sin un espacio real para la rehabilitación).

En la visita a Chile de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de agosto de 2008 se observó:

⁶³ Gonzalo Berríos, *op.cit.*, p. 183.

⁶⁴ “Primer Informe de la Comisión de Expertos sobre Responsabilidad Penal Adolescente”, octubre de 2006, p. 8.

⁶⁵ *Informe 2008*, pp. 110-111.

⁶⁶ *Informe 2009*, pp. 99-100.

- a. Un alto nivel de hacinamiento en el Centro para Menores de San Bernardo, el cual tiene una infraestructura precaria y condiciones de insalubridad.
- b. Deficiente prestación de servicios básicos, especialmente en educación y atención de salud, así como en programas de esparcimiento, deportes y readaptación social.
- c. No se cuenta con separación adecuada de categorías de internos.
- d. Persisten los malos tratos, el uso excesivo de la fuerza y el del aislamiento como castigo.

Dos años más tarde, estas condiciones seguían siendo deficientes. El informe de la Comisión Interinstitucional de Supervisión de los Centros Privativos de Libertad de Adolescentes de la Región Metropolitana de diciembre de 2010 destaca una sobrepoblación de un 70% en el CIP-CRC San Bernardo, problemas graves de infraestructura y equipamiento (por ejemplo, poseen solo duchas de agua fría, mohosas y oxidadas; los jóvenes permanecen trece horas encerrados en promedio), escasa oferta programática (por ejemplo, pocos cupos de talleres, que además son de corta duración y escaso impacto) y falta de cupos para tratamiento de adicciones.

La Ley 20.084 sin duda marca un hito en la política criminal chilena de los últimos años respecto de los adolescentes. Es oportuno preguntarse, sin embargo, cuál es la lógica que subyace al modelo adoptado y cuáles son sus consecuencias desde la perspectiva de los derechos humanos de la infancia.

El punto de partida de ese análisis pasa necesariamente por subrayar las enormes diferencias del sistema de justicia juvenil contenido en el anteproyecto de 1998, el proyecto enviado al Congreso el año 2002 y la Ley 20.084.

Si hay un rasgo distintivo de la legislación de derechos humanos en esta materia, es precisamente la exigencia de un derecho penal mínimo y un sistema de mínima intervención. Si bien las primeras versiones del proyecto respetaban en términos generales estas demandas, lo cierto es que la Ley 20.084 falla en ofrecer un sistema inspirado en estos principios, así como falla en ofrecer un sistema debidamente especializado. Este es un aspecto crítico, toda vez que, pese a que la Convención sobre los Derechos del Niño demanda un sistema cualitativamente diferente para los adolescentes (artículo 40), el Estado chileno optó por renunciar a la instalación de un sistema de justicia penal juvenil independiente, haciéndoles aplicable la institucionalidad y la normativa del sistema de justicia penal de adultos, con pocas modificaciones relevantes.

Donde sin lugar a dudas la ley innova es en su catálogo de sanciones. Sin embargo, ahí también se presentan problemas. En relación con la sanción de privación de libertad en régimen cerrado con progra-

ma de reinserción social, existen serias deficiencias en los centros de cumplimiento, lo que pone en riesgo tanto la seguridad de los adolescentes como las posibilidades de que los objetivos de resocialización se logren. Además se registran graves deficiencias en la implementación de la sanción de régimen semicerrado. Por otra parte, sanciones no privativas de libertad como la reparación del daño a la víctima se encuentran inutilizadas, posiblemente por deficiencias del diseño legal, como también por una escasa voluntad política para generar programas que hagan posible que se lleven a cabo.

Las reformas sufridas por el proyecto durante su tramitación parlamentaria se llevaron adelante en un contexto de crecientes demandas de seguridad ciudadana. Este fue un factor determinante que permite explicar la naturaleza de las transformaciones.

En el mismo Mensaje de la Ley 20.084 se señala que

... desde un punto de vista social, es evidente que la preocupación pública por la seguridad ciudadana y el perfeccionamiento de la Justicia penal en todos los ámbitos ha crecido. La actual justicia de menores es objeto de críticas no solo porque no se somete a los límites y controles que la Constitución establece para la jurisdicción criminal general, sino también, porque no satisface las exigencias de protección de los derechos de las víctimas de la delincuencia. El Estado debe asumir una activa acción contra el delito y conducirla de modo que la política criminal se convierta en garantía de los derechos de todos los ciudadanos. Hay que desarrollar un completo sistema judicial y administrativo que asuma, en el ámbito de la delincuencia de los adolescentes, las tareas de la prevención del delito, la preservación de la paz social y la seguridad de los ciudadanos.

En este escenario, una política criminal que antepone demandas punitivas frente a derechos de los niños ampliamente reconocidos por el sistema internacional de derechos humanos compromete de manera grave la responsabilidad del Estado.

La política criminal de un país no debiera estar limitada a sus institutos penales, sino que debe abarcar todas las medidas de política social orientadas a detectar y combatir las causas de la delincuencia. Si se entiende el derecho penal como *ultima ratio*, la intervención penal debe llegar efectivamente al final. Ello es particularmente relevante cuando se trata de niños y adolescentes.

RECOMENDACIONES

1. Analizar críticamente las diversas instituciones del sistema penal, así como sus objetivos y fines, con el fin de diseñar una política criminal coherente, respetuosa de los derechos humanos. Particularmente, al menos, limitar el ingreso de personas a las cárceles cuando estas no pueden ofrecer garantías mínimas de seguridad.
2. Revisar la legislación penal sustantiva (Código Penal y leyes especiales) para adecuar las sanciones a los requerimientos del principio de proporcionalidad. En especial, limitar la punición desproporcionada de los delitos en contra de la propiedad.
3. Aprobar un sistema de medidas alternativas a la privación de libertad que pueda ser una alternativa real a la cárcel, y que de este modo tenga la potencialidad de “reemplazar” las penas privativas de libertad y no constituirse en un elemento que se suma a ellas, lo que solo aumenta el control. Se recomienda sobre todo no excluir en abstracto ciertos delitos de la posibilidad de acceder a estas penas alternativas, y no restringirlas a las personas que no tienen antecedentes penales.
4. Implementar un sistema de justicia juvenil debidamente especializado y asegurar la efectiva capacitación de los intervinientes en casos en que un niño o adolescente sea imputado de cometer un delito. Asegurar que la privación de libertad sea utilizada como último recurso. Especialmente se recomienda la eliminación de la restricción del artículo 23.1 de la Ley 20.084, que obliga al juez a dictar una sanción privativa de libertad si la extensión de la pena aplicable supera los cinco años.
5. Mejorar las condiciones en que los menores de edad cumplen las penas privativas de libertad y la internación provisoria. Asimismo, ofrecer herramientas adecuadas para su reinserción social.
6. Legislar en materias de política criminal de acuerdo a elementos técnicos e información empírica confiable, y no en atención a supuestas demandas ciudadanas de rigor penal.