



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DOCUMENTO DE TRABAJO N°2/2006

Algunos Elementos de Apoyo para la Defensa en la Declaración de Discernimiento

Junio 2006 (Segunda Edición)

Consulta sobre este documento a:
udpj@defensoriapenal.cl

Unidad de Defensa Penal Juvenil

1. Introducción

El 8 de junio de 2007 entra en vigencia total la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (LRPA)¹, con lo que la declaración de discernimiento pasará a formar parte de la historia de la consideración jurídica de la infancia. No obstante, en el tiempo que falta para tal momento, los defensores deben continuar defendiendo adolescentes instando a que se declare su falta de discernimiento. Este documento tiene por objeto entregar algunos elementos a tener en consideración para facilitar dicha defensa.

En la labor de los juzgados de menores, tanto en la aplicación de medidas de protección como en la declaración de discernimiento, el elemento de convicción fundamental ha sido el informe técnico solicitado por el tribunal en virtud del mandato de oír el Consejo Técnico del Servicio Nacional de Menores (SENAME), sin perjuicio de la facultad de prescindir de dicho informe para resolver el discernimiento transcurrido que sea el plazo de quince días establecido en la ley para su declaración.

Dicho informe se constituía en el grueso del expediente respectivo, lo que se explica porque respecto de los jóvenes mayores de dieciséis años y menores de dieciocho inculcados de un delito, la competencia del juez de menores se reducía a la declaración de discernimiento, pues tanto la investigación como el control de libertad personal estaba radicada en sede criminal. Esta distribución de competencias que se discutió en los inicios de la Reforma Procesal Penal, fue zanjada en el mismo sentido anteriormente descrito, por la Ley N° 19.806, llamada ley adecuatoria de la Reforma Procesal Penal, que, además, traspasó parte de las declaraciones de discernimiento a los juzgados de garantía². En octubre de 2005, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, la declaración de discernimiento se radicó definitivamente en los jueces de garantía.

No obstante que el nuevo artículo 28° de la Ley N° 16.618 (de Menores) modificado por la Ley de Tribunales de Familia, ya no establece la obligación de oír al Consejo Técnico del SENAME, la práctica indica que el medio de prueba por excelencia que aportan los fiscales para que los jueces resuelvan sobre el

¹ El artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.084, que se refiere a su vigencia, señalaba: "La presente ley entrará en vigencia seis meses después de su publicación, con excepción de lo dispuesto en las letras a) y c) del artículo 68". Lo anterior implica que la fecha inicialmente prevista para la vigencia de la LRPA era el 8 de junio de 2006. No obstante, con fecha 26 de mayo de 2006 se promulgó la Ley N° 20.110, publicada el 1 de junio de este año, que modificó dicho artículo 1° transitorio, reemplazando la expresión "seis meses" por "dieciocho meses".

² La de aquellos casos en que el delito imputado al adolescente tuviere asignada en la ley una pena no mayor de presidio menor en su grado mínimo.

discernimiento del menor imputado, sigue siendo el aludido informe técnico, lo que se explica por la necesidad y obligación que tiene el Ministerio Público de probar que el joven ha actuado con discernimiento para desvirtuar la presunción de inimputabilidad del artículo 10° N° 3 del Código Penal.

En virtud de lo anterior, la mayor parte de lo que se aborda en las líneas que siguen, dice relación con la utilización del contenido de los aludidos informes técnicos para los fines de la defensa.

2. Concepto de discernimiento y labor del defensor

El concepto de discernimiento no ha sido pacífico ni en la doctrina ni, lo que más relevancia tiene para nuestros objetivos de defensa, en la jurisprudencia³. Haciendo una gruesa síntesis, podemos agrupar en dos grandes categorías las concepciones sobre lo que es el discernimiento: a) el criterio tradicional de discernimiento como capacidad de culpabilidad o imputabilidad y, b) el discernimiento según el criterio de utilidad social o peligrosista. Según el criterio tradicional, advirtiendo que hay diferencias y matices entre los autores, el discernimiento es la capacidad de conocer lo injusto y de autodeterminarse conforme a ese conocimiento. El llamado criterio de utilidad social, surgido en los orígenes del sistema tutelar de menores, sostiene en cambio que se debe declarar la falta de discernimiento respecto de aquellos jóvenes que tengan posibilidades de readaptación social, por el contrario, la resolución que declara que un adolescente ha obrado con discernimiento, lo que implica su juzgamiento por el sistema penal de adultos, se adoptará cuando el joven carezca de dichas posibilidades o, en otras palabras, sea peligroso. Curiosamente, en esta última concepción, al transformarse el discernimiento en sinónimo de peligrosidad, se puede llegar al absurdo de que debemos declarar con discernimiento a quien efectivamente carezca de él porque presenta mayores dificultades de readaptación social⁴.

Debemos tener presente que la declaración de discernimiento históricamente fue realizada por el juez de menores, es decir, en una sede judicial que se encuentra en las antípodas del sistema garantista que pretende ser el de la Reforma Procesal Penal; en que los criterios paternalistas y peligrosistas, no sólo han sido muy comunes sino que constituyeron un aspecto esencial y definitorial del sistema de menores, por lo que no es extraño que este tipo de criterios se manifiesten cotidianamente a la hora de resolver los

³ Para profundizar sobre este punto recomendamos, Cillero, Miguel (2002) *Artículo 10 N° 2° y 3°*, en Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (Directores) Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero – Parte General, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 109 – 126., pp.430 - 431.

⁴ Cury, Enrique (2005) Derecho Penal. Parte General, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, Séptima Edición, p.431.

discernimientos. Este no es un aspecto baladí de la cuestión que analizamos y debe tenerse muy presente por los defensores: la declaración de discernimiento es una institución que se desarrolló en un sistema muy lejano a un debido proceso y sería ingenuo pensar que dicha historia no se va a hacer presente por el sólo hecho de que en estos meses de transición pasó de los jueces de menores a los jueces de garantía.

Independientemente de lo que la doctrina y la jurisprudencia entienda por discernimiento, debemos tener presente que el objetivo del abogado defensor es obtener que la justicia declare que el adolescente defendido ha obrado sin discernimiento en el ilícito que se le imputa, evitando así su juzgamiento y eventual sanción por el sistema penal de adultos. Desde el punto de vista dogmático o político criminal, se pueden sostener diferentes opiniones respecto de lo que discernimiento significa o lo que debiera significar. No obstante, dichas opiniones debe ceder frente a las necesidades estratégicas de la defensa para obtener la declaración de falta de discernimiento del joven que se defiende.

En ese sentido, nos parece acertado para los objetivos de la defensa asumir un planteamiento estratégico consistente en un estándar de tres niveles que debieran satisfacerse copulativamente para poder, legítimamente, llegar a la convicción de que un joven ha obrado con discernimiento en el hecho ilícito que se le imputa, de tal manera que la insatisfacción de cualquiera de dichos niveles, debiera implicar la declaración de falta de discernimiento del adolescente defendido. Dichos niveles serían los siguientes: a) capacidad de comprender lo injusto, b) capacidad de autodeterminarse conforme a esa comprensión y, c) imposibilidad de reintegración social.

3. Los informes técnicos y su utilización para los fines de la defensa

Como ya se explicó, el informe técnico emanado, habitualmente, de profesionales del SENAME, es el principal elemento de convicción para resolver sobre el discernimiento de un adolescente imputado.

Lo curioso es que dicho informe técnico, la mayoría de las veces, se presenta o se lee en audiencia, sin examen ni contraexamen de los peritos que lo han elaborado, circunstancia que demuestra cómo la carga histórica de la declaración de discernimiento se sigue manifestando, independientemente de la sede jurisdiccional encargada de conocer del asunto. Nada obsta, por cierto, a que se pueda recurrir a otros informes periciales, aportados, por ejemplo, por la defensa.

Resulta importante, entonces, conocer las características más relevantes de estos informes técnicos:

Los informes, que son emitidos por profesionales de centros de administración directa del SENAME, o bien de programas de instituciones colaboradoras de dicho servicio, ciertamente, han ido evolucionando a lo largo del tiempo y, a partir de las Orientaciones Técnicas que al respecto ha desarrollado el SENAME, también es posible afirmar cierta homogeneidad en los mismos, aunque, dependiendo del centro al que se solicita el informe, siempre es posible advertir algunas diferencias.

En términos generales, podemos señalar que estos informes técnicos son informes psicosociales, elaborados por una dupla de profesionales (psicólogo y trabajador social), por lo que en su contenido se abarcan aspectos tanto psicológicos como sociales relativos al adolescente, su familia y su entorno. Debemos recordar que los informes se han efectuado en un contexto legal de la Ley de Menores, lo que trae al menos dos consecuencias que es preciso tener presente. La primera de ellas es que obviamente han respondido a las necesidades y a la filosofía del sistema tutelar de menores, por lo que, a pesar de los esfuerzos administrativos para que la función diagnóstica se enmarque en un paradigma garantista inspirado en la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), no es aventurado afirmar que todavía la labor de diagnóstico está imbuida de esta concepción peligrosista. No es poco frecuente encontrar en los informes técnicos afirmaciones relativas al “compromiso delictual” o a la “experiencia delictual” de un joven, llegando incluso a incluir causas por protección en el “prontuario” del imputado para justificar las apreciaciones técnicas.

La segunda consecuencia es que nos encontraremos con información que, en principio⁵, parece irrelevante para la declaración de discernimiento, pero que no lo será a la hora de que el mismo informe sirva para justificar la aplicación de una medida de protección al adolescente declarado sin discernimiento. Paralelamente, es justo decirlo, los esfuerzos del SENAME por ir adecuando sus prácticas a la CDN, se traducen en el hecho de que, generalmente, las conclusiones y sugerencias de dichos informes son favorables a los jóvenes, en el sentido de concluir que el adolescente ha obrado sin discernimiento o bien, que presenta escasa capacidad de discernimiento y en el campo de las medidas sugeridas, se favorecen, mayoritariamente aquellas en el medio libre.

⁵ Las Orientaciones Técnicas del SENAME plantean la necesidad de la información tanto social como psicológica por lo que evidentemente para dicho servicio toda la información que se entrega es relevante para la declaración de discernimiento.

La estructura de los informes puede resumirse de la siguiente manera: Después de los datos propios para la identificación del adolescente y de la causa en la que pretende influir el informe, éste tiene un breve apartado metodológico en que se enuncian las actividades realizadas para obtener la información consignada, entre las que están, por ejemplo, las pruebas o test psicológicos que se aplicaron. Inmediatamente se desarrolla el área o componente psicológico y, posteriormente el área o componente social. El informe continúa con una síntesis diagnóstica, seguida de la conclusión específica respecto del discernimiento o de la capacidad de discernimiento del adolescente diagnosticado. Por último, muchos informes se permiten hacer una sugerencia respecto de la medida de protección⁶ a aplicar para el evento de que se declare la falta de discernimiento del joven imputado.

Como ya lo anunciamos, independientemente de la opinión que se tenga sobre qué significa discernimiento e, incluso, de la opinión que se tenga sobre el contenido de los informes técnicos a que hemos hecho referencia, la labor del defensor es lograr que se declare que el joven imputado ha obrado sin discernimiento en el hecho antijurídico que se le imputa. Con tal objetivo, asumiendo la posición estratégica ya referida en relación a lo que debe entenderse por discernimiento, el defensor debiera, entonces, encontrar en los informes técnicos aquellos elementos de apoyo que le sirvan para convencer al tribunal de que no se satisface uno o más de los tres niveles indicados⁷, lo que obviamente variará caso a caso.

No parece necesario – a veces puede ser hasta inconveniente – manifestar en cada declaración de discernimiento este planteamiento. El defensor expresará sus argumentos de la manera que sea más adecuada a las circunstancias del caso y del adolescente, tomando en consideración muchos aspectos que van desde la gravedad del delito imputado hasta la consideración de la manera de fallar que históricamente ha tenido el juez o jueces que resolverán el asunto.

En los apartados siguientes se hacen algunas sugerencias para utilizar el contenido de los informes técnicos en la fundamentación de la posición de la defensa en cada uno de los niveles propuestos.

⁶ Esta práctica (la de hacer una sugerencia de medida de protección para el evento de que se declare la falta de discernimiento del adolescente imputado) probablemente va a ir desapareciendo, toda vez que se fundaba en el hecho de ser el mismo juez de menores el que se pronunciaba sobre el discernimiento del joven y el que, si declaraba su falta de discernimiento, aplicaba la correspondiente medida de protección.

⁷ Como ya se expresó, dichos niveles serían los siguientes: a) capacidad de comprender lo injusto, b) capacidad de autodeterminarse conforme a esa comprensión y, c) imposibilidad de reintegración social.

4. Elementos de los informes técnicos útiles para fundar la falta de capacidad de comprensión de lo injusto

En primer lugar será necesario buscar en los informes técnicos antecedentes que permitan sostener que el joven no tiene la capacidad de comprender lo injusto, de acuerdo a la exigencia establecida en el artículo 10° N° 3 del Código Penal, que precisa que debe "constar" que el menor ha obrado con discernimiento. En principio, dichos antecedentes los buscaremos en las consideraciones de carácter psicológico contenidas en el informe pero, como veremos, hay aspectos sociales que también pueden ser relevantes en este momento del análisis.

a) Obviamente, la conclusión que respecto del discernimiento o capacidad de discernimiento contenga el informe es un elemento fundamental, pero no necesariamente decisivo en cualquier sentido que se pronuncie. Si el informe se pronuncia en el sentido de que el joven actuó con discernimiento o que posee alta o adecuada capacidad de discernimiento, la defensa tendrá que hacer los esfuerzos por demostrar la inconsistencia del informe o encontrar otros antecedentes que permitan llegar al objetivo. Por el contrario una conclusión del informe que sea favorable a las pretensiones de la defensa se intentará desacreditar por la Fiscalía, por lo que será necesario reforzar dicha conclusión explicando al tribunal los contenidos del informe que la hacen coherente.

En general, los profesionales encargados del diagnóstico concluyen que el joven ha obrado con o sin discernimiento. No obstante, es frecuente encontrar otro tipo de conclusiones, que no llegan a una opinión tan definitiva, pronunciándose sobre el nivel de capacidad de discernimiento que posee o con que habría actuado el adolescente. En esta última modalidad, la conclusión más conveniente para los objetivos de la defensa es aquella que sostiene que el joven posee o actuó con escasa o baja capacidad de discernimiento. La conclusión más desfavorable para el defensor sería aquella que señala que el joven posee o actuó con alta o adecuada capacidad de discernimiento. Existe también una conclusión que podríamos llamar intermedia, que se produce cuando los informantes expresan que el adolescente posee o actuó con mediana capacidad de discernimiento; en este caso el defensor puede argumentar que la conclusión no llega a satisfacer la certeza exigida por el artículo 10° N° 3 del Código Penal, la que sólo se alcanzaría con una adecuada o alta capacidad de discernimiento.

b) Un segundo aspecto del informe técnico que el defensor debe buscar en relación con la capacidad o incapacidad de conocer lo injusto, es el nivel o rendimiento intelectual del adolescente diagnosticado. A este respecto cualquier nivel o rendimiento intelectual inferior a la normalidad se constituye

en un argumento sumamente poderoso para fundamentar la falta de discernimiento del adolescente. Ahora bien, el hecho de que el informe consigne la normalidad intelectual del joven defendido no significa necesariamente que se encuentre satisfecho el primer nivel de análisis, pues todavía es posible llegar a la conclusión contraria en virtud de otros antecedentes como los que se explican a continuación.

c) Otras consideraciones muy relevantes a este respecto son las referidas al desarrollo moral del adolescente, a su capacidad de juicio ético-moral o de enjuiciamiento crítico social o, en fin, a su proceso de internalización de las normas. Este punto, en la medida que sea conveniente a la declaración de falta de discernimiento, es muy importante recalcarlo pues, es lo más cercano al sentido natural y obvio de la palabra "discernimiento". Obviamente un joven que presenta un desarrollo moral menor al esperado para su edad o bien, un proceso deficitario de internalización de las normas, es una persona que no cuenta con todas las herramientas para actuar como corresponde, que no tiene el "discernimiento" necesario para responder penalmente. Algunas afirmaciones que podemos encontrar en los informes técnicos y que, ciertamente, son útiles para los fines de la defensa son las siguientes:

"En relación al desarrollo moral, presenta inmadurez que lo ubican en la etapa pre-convencional, siendo su conducta regulada principalmente por temor al castigo y la búsqueda de recompensas más que por una internalización de pautas de comportamiento en base a normas y valores".

"La etapa de desarrollo moral por la que atraviesa, se asocia con el estadio II etapa pre - convencional (de acuerdo a categoría de L. Kohlberg) donde evidencia dificultad para reflexionar respecto a lo que de él socialmente se espera".

"Exhibe déficit en la capacidad de enjuiciamiento crítico social asociado al grado de internalización y aplicación de las normas sociales..."

En cambio, una afirmación claramente contraria a los intereses de la defensa sería la siguiente:

"El desarrollo de su moralidad le permite alcanzar un nivel de reconocimiento de valores y normas sociales, es capaz de reconocer entre lo lícito y lo ilícito..."

d) Precisamente en relación con en el punto anterior, los informes consignan ciertos antecedentes de carácter social y familiar del joven que nos permiten explicar y por lo tanto fortalecer el argumento basado en los déficit existentes

en materia de desarrollo moral. Los procesos deficitarios de internalización de las normas socialmente aceptadas, generalmente se explican por un abandono escolar temprano, por falta de estimulación por parte de los padres o responsables, porque el joven creció en un ambiente en que no se respetan dichas normas, etc. Es decir, el contenido social del informe técnico, muchas veces teñido de un peligrosismo estigmatizante y perjudicial para nuestro defendido, puede ser utilizado en su beneficio.

Piénsese, por ejemplo, en un joven de 17 años que sólo ha cursado hasta cuarto año de enseñanza básica, si bien no se trata de algo totalmente definitivo, es ciertamente legítimo sostener que se trata de un joven al que se le ha vulnerado seriamente su derecho a la educación lo que, en la actualidad, se traduce en una situación de exclusión social evidente, que afecta ciertamente su proceso de internalización de las normas socialmente aceptadas, como lo ilustra el siguiente pasaje de un informe:

"...a través de los mencionados hogares de protección ejerce su derecho de educación, inserto en el sistema educativo, concluyendo 4º año básico, luego de lo cual, deserta y comienza a desenvolverse en un entorno callejero, en un estado de vulnerabilidad de derechos básicos y de desarrollo e indefensión, exponiéndose a dinámicas de alto riesgo social, iniciando conductas desadaptativas y vinculándose con grupos insertos en actividades contraculturales, en perjuicio de un desarrollo individual integral".

En el mismo sentido debe explicarse al tribunal la situación de un joven cuyos padres han ejercido en forma inadecuada sus roles parentales, como se expresa a continuación:

"El adolescente inicia su proceso de socialización primaria al interior de un sistema familiar con características de disfuncionalidad e inestabilidad, debido al escaso ejercicio de roles parentales responsables, advirtiéndose negligencias en cuanto a funciones afectivas, satisfacción de necesidades básicas y protectivas".

Son comunes a este respecto las afirmaciones respecto de la privación sociocultural en que se ha desarrollado la vida del adolescente y su familia, aseveraciones que servirán al defensor para explicar y fundar la falta o insuficiencia en el desarrollo moral del joven. Ejemplos de lo anterior son los siguientes:

"La dinámica familiar se habría visto alterada durante su historia por indicadores de privación sociocultural y pobreza, situación que ha

obstaculizado la satisfacción de las necesidades materiales de sus miembros, limitando además el pleno desarrollo del potencial individual de Osvaldo"

"En relación al proceso de socialización del adolescente, puede señalarse que este se desarrolló al interior de familia nuclear biparental, en el cual los padres se constituyeron en principales referentes afectivos para el informado, advirtiéndose no obstante el establecimiento de un sistema disciplinario de baja consistencia, caracterizando la presencia de límites laxos, en ausencia de adecuadas estrategias de sanción ante las conductas desadaptativas emitidas por el informado, detectándose tendencia a la sobreprotección y minimización de las conductas desadaptativas desarrolladas por Daniel".

e) Obviamente cualquiera otra información contenida en el diagnóstico que diga relación con problemas mentales, patologías psiquiátricas, daño orgánico cerebral del adolescente, etc., debe ser una información a tener en cuenta a la hora de efectuar la defensa.

5. Elementos de los informes técnicos útiles para fundar la falta de capacidad de autodeterminarse conforme a la comprensión de lo injusto

Los informes técnicos contienen, también, aspectos que se refieren a la capacidad del adolescente de autodeterminar su comportamiento conforme a su capacidad de comprender lo injusto y, es tarea del defensor descubrir aquellos que sirvan para afirmar la ausencia de esta capacidad o, al menos, su insuficiencia.

Algunas de estas características del joven que afectan esta capacidad de autodeterminación se explican como consecuencia de los déficit o, derechamente, de la falta de capacidad de comprender lo injusto. La presencia de ellas servirá al defensor para reforzar la falta de discernimiento del adolescente defendido, idea ya afirmada por la conclusión de que el joven no es capaz de comprender adecuadamente lo injusto.

Otras características que afectan la capacidad de autodeterminación del joven, en cambio, se presentan aunque se pueda sostener que el joven tiene las herramientas para conocer o comprender lo injusto de su actuar, limitando seriamente su libertad al momento de tomar decisiones. En este caso, sirven al defensor para señalar que a pesar de que el adolescente es capaz de comprender lo injusto, no cuenta con aquella capacidad que le permitiría comportarse conforme a esa comprensión.

Veamos algunos ejemplos de contenidos de los informes técnicos que se refieren a esta capacidad de autodeterminación conforme a la comprensión de lo injusto:

a) Algunos de estos aspectos dicen relación, habitualmente, con jóvenes inmaduros, impulsivos, susceptibles a la influencia negativa de sus pares, etc. Así, será común encontrarnos con aseveraciones como las que siguen:

“...suele ser inmediatista e impulsivo en sus decisiones lo que lo llevan a no mediar reflexivamente en sus acciones, estas carecen de planificación y estructuración en base a metas establecidas previamente no logrando anticipar las consecuencias de sus actos”.

“...en riesgo por la influencia de personas de ambiente contracultural pertenecientes a su entorno comunitario, siendo sugestionable a su influencia”.

“El adolescente presenta inmadurez emocional lo que lo llevan a tener dificultades para poder reconocer por iniciativa propia las causas de su comportamiento e impulsos y por lo tanto, para autocontrolarse”.

b) Pero también, este momento del análisis es donde el consumo abusivo de drogas o alcohol puede tener relevancia, ya que se puede argumentar que dicho consumo afecta las capacidades decisionales del adolescente, independiente del desarrollo o madurez que hubiese alcanzado; lo anterior es sin perjuicio de aquellas situaciones aún más graves en que el consumo de drogas prolongado durante mucho tiempo llega a causar daño orgánico cerebral al adolescente, circunstancia, por cierto, que nos serviría para sustentar la no satisfacción del primer nivel de análisis propuesto.

Hay veces – afortunadamente menos de lo que indica el discurso de “ley y orden” dominante - en que el informe es contundente al respecto, señalando claramente que la motivación fundamental que el joven tiene para delinquir es la obtención de dinero para comprar drogas. En otras ocasiones si bien la relación no es directa, es evidente que el consumo abusivo de drogas y/o alcohol, especialmente si se ha extendido en el tiempo, es un factor más que en conjunto con otros, permite afirmar la falta de libertad del adolescente a la hora de tomar una decisión o de anticiparse a las consecuencias de los actos. Otra circunstancia en la que el defensor debe fijarse, es aquella en el consumo problemático de drogas se de en un ambiente de riesgo muy alto, asociado a grupos de pares insertos en una dinámica delictual y que influyen decisivamente en el comportamiento del adolescente.

6. Elementos de los informes técnicos útiles para fundar las posibilidades de reintegración social del adolescente

Ya sea para reforzar una declaración de falta de discernimiento que se ha afirmado en las consideraciones anteriores o bien como último recurso para solicitar una resolución en tal sentido, los informes técnicos nos pueden dar luces acerca de las posibilidades de reintegración social que el adolescente presenta. Algunas de ellas serán manifiestamente expresadas por los profesionales informantes, otras, en cambio, será necesario deducirlas de otras afirmaciones.

a) Los contenidos más obvios a este respecto son, sin duda, las sugerencias técnicas efectuadas por los informantes indicando una medida de protección para el joven en el evento de que el joven sea declarado sin discernimiento en el ilícito imputado, que se consignan, en un acápite especial del informe⁸. La sola existencia de una sugerencia en este sentido permite argumentar que el joven tiene posibilidades de reintegración social. Las sugerencias técnicas se expresan de la siguiente manera:

“Según los antecedentes expuestos, se sugiere a respetuosamente a Usía, mantener al adolescente suscrito en PIA Sidtel Lo Espejo y egresarlo de Comunidad Tiempo joven bajo la responsabilidad de su madre”

“Considerando los antecedentes expuestos, se sugiere a Usía si es que el adolescentes suscrito es declarado sin discernimiento por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, sea derivado a CERECO Tiempo Joven del SENAME”.

Ahora bien, la sugerencia técnica presenta el problema del desconocimiento por parte de los jueces de los programas o centros a que hacen alusión las mencionadas sugerencias o de cuál es el tipo de trabajo que desarrollan, en fin, muchos jueces no saben en qué consisten las medidas que se proponen. Los jueces ven con buenos ojos que la defensa los ilustre al respecto⁹, lo que obliga a los defensores a conocer la oferta programática del SENAME y a tener la capacidad de explicar a los jueces en qué consiste cada una de las medidas que

⁸ Es necesario tener presente lo ya expresado en la nota 6, en el sentido de que es probable que esta práctica de hacer una sugerencia técnica, vaya desapareciendo en las declaraciones de discernimiento resueltas por los jueces de garantía.

⁹ Así se desprende de las conclusiones del Informe Preliminar N° 1 del Estudio sobre Experiencias de Defensa Penal Adolescente que se está llevando a cabo en conjunto por la Defensoría Penal Pública, el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales y el Centro de Investigaciones Jurídica, estos últimos de la Universidad Diego Portales. Este informe fue entregado el 31 de enero de 2006.

se sugieren¹⁰, pues, si bien es cierto dicha medida de protección va a ser aplicada por otro tribunal (tribunal de familia), no es menos cierto que convencer a un juez de que el adolescente tiene posibilidades de reintegración social ayudará a que resuelva que ha obrado sin discernimiento en el delito que se le imputa.

b) Los informes técnicos también contienen otro tipo de afirmaciones que pueden ayudarnos a sostener que el joven tiene posibilidades de reintegración social; dichas afirmaciones se relacionan, por lo general, con la sugerencia técnica con que finalizará el informe, constituyendo, por así decirlo, los fundamentos de la medida que se propone. Habitualmente, los informantes, describen un problema del joven y/o su familia y enfatizan la necesidad de trabajar ese problema. Para la defensa, el hecho de que el informe señale que es necesario o se requiere cierto tipo de intervención en alguna área problemática del adolescente, es la oportunidad para señalar que de mediar dicha intervención se puede apostar por un futuro mejor para el joven. Más aún, legítimamente se puede argumentar que en caso de que no se intente solucionar el problema, las posibilidades de que el joven reincida son mayores y ciertamente eso puede suceder si se somete al adolescente al sistema penal de adultos, que no tiene ninguna posibilidad – ni interés – de realizar alguna intervención como la que sugiere el informe. A continuación se presentan algunos pasajes de informes técnicos que ilustran lo planteado:

*“Adolescente de diecisiete años y siete meses cuyo proceso de desarrollo lo ha enfrentado al interior de un sistema familiar nuclear en el cual el padre aparece escasamente comprometido ante las necesidades de desarrollo de su hijo y –la madre- asume una actitud inconsistente y escasamente normativa no logrando reconocer factores de riesgo en los cuáles se involucra el referido **requiriendo ser orientada y reforzada en ejercicio de su rol y sus funciones socializadoras**”.*

*“Se encuentra desvinculado de actividades formativo-recreativas concordantes a fase vital, **debiendo fortalecerse la motivación en dicho ámbito puesto que cuenta con los recursos intelectuales que le permitirían beneficiarse del mismo**”.*

“Requiere entrenamiento que favorezca el autocontrol conductual, el desarrollo de las habilidades sociales y en lo emocional la resolución de conflictos, así como en desarrollar capacidad para establecer proyecciones futuras”.

¹⁰ Para acceder a información al respecto, aunque probablemente no sea suficiente, la página Web del SENAME, www.sename.cl, tiene un catastro de la oferta programática prevista para los adolescentes que han infringido la ley penal y una breve descripción del trabajo que se desarrolla.

Incluso en situaciones realmente dramáticas, encontramos opiniones de los peritos que pueden servir al defensor, como se desprende de lo que a continuación se reproduce:

*"...es posible señalar, que el joven se encuentra en un medio de alto riesgo social, sin redes de apoyo y de protección, **siendo una problemática necesaria de abordar**".*

c) Aunque se relaciona con lo referido en el punto anterior, resulta conveniente aludir en forma especial al consumo de drogas y/o alcohol que los informes técnicos detectan en muchos adolescentes. Dicha situación puede ser una oportunidad para evitar que el joven sea sometido al sistema penal de adultos, ya que permite argumentar que intervenir en dicho consumo implica importantes posibilidades de incidir en un cambio en la conducta del joven. Incluso se puede hacer alusión a los programas existentes tanto en la Red SENAME como en la comunidad en general. Obviamente, lo planteado tiene la debilidad de que depende de la oferta de programas o centros de rehabilitación, no obstante es posible afirmar que, al menos en la Región Metropolitana, existe una oferta programática relevante, que es conveniente para los defensores conocer.

d) Finalmente, los informes muchas veces se refieren a aquellos factores protectores que el joven y/o su familia presentan y que de ser potenciados facilitarían su proceso de integración social, estos aspectos constituyen un buen argumento en este nivel del análisis. Algunos ejemplos son:

"Como importante recurso personal se reconoce la disposición del adolescente de mantenerse junto a grupo familiar y el reconocimiento de la necesidad de adecuarse a normativas familiares".

"Como recursos familiares se destaca la presencia de la madre y hermanas como referentes afectivos significativos, los cuales están dispuestos a continuar desarrollando roles socializadores, reconociendo la necesidad de reinstaurar un sistema normativo y de control más coherente y activo".

"...destacando potencial intelectual para finalizar con éxito su proceso educacional y continuar con capacitación laboral, acorde con sus capacidades, intereses y conducente a la reinserción social. Con potencialidades para rendir eficientemente con estimulación y supervisión directa".

e) Es menester tener presente que siempre existe la posibilidad de encontrarse con adolescentes imputados que no presentan antecedentes relevantes de contactos con los sistemas de control social más duros¹¹, o que evidencian una

¹¹ Nos referimos a las instituciones policiales, las del sistema de menores o el sistema penal.

situación psicosocial no problemática, o que cuentan con una red de apoyo importante, en fin respecto de los cuales es posible concluir que su ingreso al sistema de persecución penal es ocasional. Si lo pensamos bien, no se trata en este caso de jóvenes que requieran procesos de reintegración social o que necesiten ser "resocializados", sino que simplemente de jóvenes accidentalmente seleccionados por el sistema de control sociopenal, en contraposición de aquellos que lo son de manera más habitual. En estos casos, probablemente, la estrategia por excelencia para lograr que se declare la falta de discernimiento del joven, será argumentar en contra de la desocialización que el sistema penal de adultos puede causar en ellos, lo que se traducirá en efectos nocivos no sólo para el propio adolescente y su familia, sino que también para la comunidad en su conjunto.

7. Algunas otras herramientas defensivas

Nos hemos extendido sobre la utilización del contenido de los informes técnicos en la defensa que debe prestarse al joven que es sometido a la declaración de discernimiento ya que, como se señaló, sigue constituyendo, por lo general, el elemento más importante a considerar para tomar una decisión en esta materia. No obstante, no quiere decir ello que no se pueda recurrir a otros argumentos que pueden contribuir a que los jóvenes se les declare su falta de discernimiento. Sólo a título ejemplar mencionamos algunos:

a) La Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 40, establece cuáles son los requerimientos que debe satisfacer la reacción del Estado frente a toda persona menor de dieciocho años de edad de quien se alegue que ha infringido las normas penales. La defensa debe hacer presente que aquella resolución que declare que un joven ha obrado con discernimiento está, en definitiva, sometiendo al adolescente a un sistema que no está ni siquiera cerca de alcanzar dichas condiciones. Siguiendo a Hassemer¹², la defensa debe favorecer que las resoluciones judiciales se orienten a sus consecuencias, ello es coherente con el artículo 40 de la CDN aludido. Hacer el ejercicio de hipotetizar acerca de las eventuales futuras consecuencias de la resolución que se dicte en uno y en otro sentido (sin discernimiento versus con discernimiento), puede ser una atractiva manera de presentar este argumento.

b) Otro argumento interesante para la defensa que puede reforzar la argumentación en cuanto a las posibilidades de reintegración social del joven defendido, es señalar que los programas que hoy día se sugieren como posibles medidas de protección en los informes técnicos, ya han iniciado y avanzado bastante su proceso de reconversión para adecuarse a las sanciones que la Ley

¹² Hassemer, Winfried (1984) Fundamentos del derecho penal, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, BOSCH, especialmente pp. 34-36.

20.084 establece, por lo que favorecer la aplicación de dicha medida, para lo cual se debe declarar la falta de discernimiento del adolescente imputado, es simplemente cumplir con la voluntad ya expresada por el legislador en cuanto a la reacción que debe existir respecto de las infracciones juveniles a la ley penal, cuya vigencia se ha retrasado por razones meramente administrativas. Este argumento es válido sólo para aquellos programas que dependen del Departamento de Derechos y Responsabilidad Juvenil del SENAME. Así, los programas de intervención ambulatoria (PIA) serán las sanciones de libertad asistida en el nuevo estatuto a que hacemos referencia; los programas de reparación a la víctima y servicios en beneficio a la comunidad, en el nuevo contexto legal, corresponderán a las sanciones de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad; los centros de rehabilitación conductual (CERECO) equivaldrán a las sanciones privativas de libertad. Existen también los programas de intervención en drogas, que pueden asimilarse a la sanción accesoria prevista en el artículo 7° de la Ley 20.084.

c) No es poco frecuente encontrarse con jóvenes cuyas historias de vida están marcadas por un conjunto de medidas de protección del sistema tutelar de menores que más que ayudarlos o protegerlos han construido verdaderos procesos de exclusión social. En estos casos, se debe cuestionar fervientemente la legitimidad de la pretensión del Estado, que en vez de protegerlo lo excluyó y ahora pretende castigarlo penalmente.

d) Frente a faltas o delitos de menor gravedad en que las necesidades de prevención general no parecen tan importantes, se impone también la necesidad de evitar la estigmatización y desocialización que seguramente podemos esperar del sistema penal de adultos; esta necesidad debe también enarbolarse como argumento para que en estos casos se declare la falta de discernimiento. Incluso se puede sostener que en estos casos de criminalidad leve o mediana, las medidas de protección que en el sistema de familia debieran aplicarse si el joven es declarado sin discernimiento, pueden cumplir de mejor manera los fines preventivos declarados por el sistema penal, especialmente si consideramos las eventuales consecuencias jurídicamente posibles en el evento de declararse que han obrado con discernimiento¹³.

e) Nos encontraremos con casos de jóvenes que en reiteradas oportunidades han sido aprehendidos por la policía o han sido imputados de la comisión de un delito; precisamente respecto de ellos se puede argumentar la necesidad de procesos de intervención que tiendan a la reintegración social. Es la criminalidad reiterada y no la ocasional el "reino" de la prevención especial,

¹³ Se trataría de sanciones menores, como multas o sanciones privativas de libertad respecto de muchas de las cuales procedería algún beneficio de la Ley N° 18.216, si es que el proceso no termina antes a través de alguna salida temprana.

pues en ella se evidencia la necesidad de hacer un trabajo especial con ese joven, dicha posibilidad de reintegración social disminuye mucho sometiendo al joven al sistema penal de adultos.

8. A modo de conclusión

Se constata diariamente la selectividad de los agentes de control social y parece reforzarse respecto de las personas menores de edad. Los "clientes" adolescentes del sistema penal pertenecen generalmente a estratos pobres de la sociedad, muchas veces inmersos en procesos de exclusión social que tenderán a consolidarse con la intervención punitiva del Estado. En este contexto, la labor del defensor tiene una trascendencia enorme de la que debemos hacernos cargo: es posible que dicha experiencia sea una de las pocas, sino la única, en que la sociedad en que vive lo considera un sujeto de derechos.