



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY N° 20.084 Y PARALELO CON
EL RÉGIMEN PARA ADULTOS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

SARA ABIGAIL CID CAVIERES

MARÍA FERNANDA ANDINO MIRANDA

PROFESOR GUÍA: ERNESTO VÁSQUEZ BARRIGA

Santiago, Chile

2013

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: MARCO GENERAL	10
1.1.-Evolución histórica del derecho de menores	11
1.1.1.-Antigüedad.....	11
1.1.2.-Primera etapa: inexistencia de legislación.....	13
1.1.3.-Segunda etapa: Leyes especiales.....	14
1.1.4.-Tercera etapa: reconocimiento de los derechos de los niños.....	15
1.1.5.-Reconocimiento de los derechos de los niños en instrumentos internacionales .	16
1.2.-Sistemas de responsabilidad penal adolescente en el derecho comparado.....	25
1.2.1.-Modelo comunal o de inimputabilidad.....	25
1.2.2.-Modelo tutelar o de la situación irregular.....	26
1.2.3.-Modelo educativo-responsabilizador.....	28
1.2.4.-Modelo de justicia juvenil.....	29
1.3.-Análisis histórico de la regulación legal de la responsabilidad penal adolescente en Chile.....	31
1.3.1.-Derecho penal de adultos atenuado.....	32
1.3.2.-Derecho penal “doméstico”	32

1.3.3.-Derecho tutelar de menores	33
1.3.4.-Derecho penal juvenil.....	35
1.4.-Principales modificaciones a la Ley N° 20.084.....	39

CAPÍTULO II: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL..... 42

2.1.-Concepto.....	42
2.2.-Objetivo y fundamentos de las medidas cautelares.....	46
2.3.-Requisitos generales de procedencia.....	47
2.4.-Características.....	50
2.5.-Clasificaciones.....	53
2.6.-Principios que las inspiran.....	54

CAPÍTULO III: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

CHILENO..... 57

3.1.-Antiguo proceso penal.....	57
3.2.-Medidas cautelares en el actual proceso penal.....	59
3.2.1.-Medidas cautelares personales en el proceso penal.....	60
3.2.1.1.-Principios	61
3.2.1.2.-Medidas específicas.....	64
3.2.1.2.1.-La citación.....	64
3.2.1.2.2.-La detención.....	67

3.2.1.2.3.-La prisión preventiva.....	70
3.2.1.2.4.-Otras medidas cautelares.....	73
3.2.2.-Medidas cautelares reales en el actual proceso penal.....	74
CAPÍTULO IV: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY N° 20.084.....	76
4.1.-Generalidades.....	76
4.2.-Finalidad y principios.....	77
4.2.1.-Finalidad y principios de las medidas cautelares en general.....	77
4.2.2.-Finalidad y principios de las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.....	79
4.2.2.1.-La responsabilidad.....	82
4.2.2.2.-La reinserción social.....	85
4.2.2.3.-La especialización.....	89
4.2.2.4.-El interés superior del niño.....	96
4.2.2.5.-La separación.....	99
4.2.2.6.-La proporcionalidad de las medidas y las sanciones.....	100
4.3.-Descripción del tratamiento de las medidas cautelares en la Ley N° 20.084.....	102
4.3.1.-La detención en caso de flagrancia.....	103
4.3.2.-La internación provisoria.....	106

CAPÍTULO V: PARALELO CON EL RÉGIMEN PENAL

ESTABLECIDO PARA LOS ADULTOS..... 109

5.1.-En cuanto a los objetivos y fundamentos de las medidas cautelares
en ambos sistemas..... 109

5.2.-Enumeración..... 114

5.2.1.-La citación..... 114

5.2.2.-La detención flagrante..... 115

5.2.3.-La prisión preventiva y la internación provisoria..... 116

CAPÍTULO VI: ANÁLISIS PRÁCTICO..... 120

6.1.-El tratamiento jurisprudencial..... 120

6.1.1.-Generalidades..... 120

6.1.2.-Análisis de casos..... 121

6.2.-El análisis estadístico..... 132

CONCLUSIONES..... 141

BIBLIOGRAFÍA..... 144

INTRODUCCIÓN

La infancia, como primera etapa de la vida, es relevante para el Derecho, en muchos aspectos. En primer lugar, por el especial tipo de sujeto, que por encontrarse en vías de desarrollo físico, mental y emocional, no está en una situación de igualdad respecto de los adultos. Son estos últimos quienes vulneran sus derechos, y también son ellos, los llamados a protegerlos, por medio de la dictación de normas que les aseguren un desarrollo normal hasta la vida adulta.

Por su parte, el Derecho, sin olvidar lo anterior, también ha debido preocuparse del problema que se produce cuando este especial tipo de sujeto, el niño, infringe la ley penal, causando daño a la persona o propiedad de otro, sin olvidar, el máximo principio en materia de infancia: el interés superior del niño, que impera por sobre todos los demás.

Es en este complicado escenario, en el que se enfrentan una serie de intereses y principios formando una ecuación compleja para el legislador, que hemos decidido centrar nuestro trabajo, abordando el tema de las medidas cautelares en la Ley N° 20.084, que es la encargada de dar solución a los problemas ocasionados por la infracción de ley en que puedan incurrir los niños y adolescentes en Chile.

.A lo largo del presente trabajo se realizará un análisis de carácter comparativo entre el sistema de medidas cautelares establecido en la actual Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, y el contemplado para los adultos, esto con la finalidad de establecer las similitudes y diferencias existentes con respecto a esta materia en uno y otro ámbito, y para determinar, en último término, si efectivamente se respetan los fines rehabilitadores plasmados en la Ley N° 20.084, tanto en el aspecto jurídico como en el fáctico.

Creemos que es sumamente necesario realizar esta labor, dado que, al día de hoy, no es posible encontrar en el ámbito doctrinario una adecuada sistematización con respecto a esta materia, sumándose a esto la común ocurrencia de los presupuestos fácticos de las medidas cautelares, así es que el esfuerzo investigativo se dirigirá a intentar esclarecer los criterios dominantes de interpretación del sistema de las cautelares contempladas en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Para lograr nuestro cometido, se recopilará información atinente al tema que nos convoca, de carácter doctrinario, estadístico y jurisprudencial, para así poder tener una visión más amplia sobre la evolución que ha experimentado el cuerpo legal en estudio, en lo relacionado a la aplicación y ejecución de las medidas cautelares consagradas en él, así como también sobre aquellos aspectos que la acercan y/o alejan del sistema cautelar contemplado para los adultos.

En el primer capítulo abordaremos lo que constituye el Marco General en materia de sistemas penales juveniles, realizando un recorrido a través de la historia, que abarcará las distintas etapas que se han dado en el tiempo, incluyendo sus características y fundamentos más esenciales. Asimismo, se expondrán los sistemas de responsabilidad penal adolescente en el derecho comparado, para finalmente, realizar un análisis general en lo referente a la regulación legal de la responsabilidad penal adolescente en Chile, terminando con la enunciación de las principales modificaciones que han sido realizadas a la Ley N° 20.084.

El segundo capítulo, tiene por objetivo, a su vez, instruir al lector, sobre los aspectos generales de las Medidas Cautelares en el Derecho, fijando la ubicación y contenido de los temas que se desarrollarán más adelante. Para ello, se tratarán aspectos tales

como el concepto, objetivo, fundamentos, requisitos generales de procedencia, características, clasificaciones y principios que las inspiran.

Con mayor detenimiento, el tercer capítulo de esta obra, pretende dar a conocer el tratamiento que el Legislador ha dado a las medidas cautelares específicamente en el proceso penal, habida consideración de su importancia, desde que esta regulación, constituye la norma general que se aplicará en los casos en que la Ley N° 20.084 guarde silencio. Para cumplir con esta finalidad, se expone en una primera aproximación, el tratamiento legal en el antiguo proceso penal, para luego analizar las medidas cautelares en el actual proceso penal.

El capítulo cuarto, se aboca al estudio pormenorizado de las medidas cautelares en la Ley N° 20.084. En el entendido de que en esta materia concurren por una parte los aspectos que rigen a las medidas cautelares en general, y por otra parte, aquellos que rigen el sistema penal juvenil, que reviste carácter especial, es que se analizará la finalidad y principios que rigen ambas materias, exponiendo cómo ambos influyen en el resultado actual, compuesto por las normas que les son aplicables a los niños y adolescentes infractores de ley. A continuación, se examina en detalle cada una de las medidas cautelares contempladas en la Ley N° 20.084.

El quinto capítulo, se ha dedicado a realizar un análisis comparativo con el régimen penal establecido para los adultos, estableciendo, primeramente, las diferencias que se presentan en cuanto a los objetivos y fundamentos de las medidas en ambos sistemas, para luego, realizar las distinciones que aparecen como más relevantes, respecto de algunas medidas cautelares en particular.

El capítulo seis, pretende ilustrar con ejemplos y estadísticas el análisis realizado en los capítulos anteriores. Para ello, se ha seleccionado una serie de sentencias y de estadísticas que permiten graficar los temas que se han venido estudiando.

Finalmente, el trabajo incluye las conclusiones alcanzadas por las autoras, quienes, si bien reconocen el avance importantísimo que implicó la puesta en marcha de la Ley N° 20.084 en materia de infancia, en comparación también consideran que hay muchos aspectos por mejorar, especialmente aquellos que permitan ajustar nuestra normativa interna con los principios que inspiran la justicia penal juvenil. Particularmente, llama la atención la falta de concordancia con la serie de tratados internacionales que han sido ratificados por Chile, a los que se hace alusión en el primer capítulo.

Uno de nuestros objetivos, al realizar este trabajo, es fomentar el análisis crítico al respecto, a fin de evidenciar la necesidad de poner en marcha políticas públicas destinadas a continuar mejorando el régimen actual, conjugando de la mejor manera posible los fines de reinserción y retribución, que inspiran la actual Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

CAPITULO I: MARCO GENERAL

El Derecho Penal, para Claus Roxin¹, se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Sin embargo, como advierte el recién citado profesor, no por el ámbito de normas tratadas, sino por la especial clase de autor, el Derecho Penal Juvenil, se convierte en un campo de derecho propio². Esta advertencia, se ha dado reiterativamente a lo largo de la historia. Los niños y adolescentes, han sido desde antaño, autores de ilícitos sancionados por la ley penal, poniendo a la sociedad en la necesidad de dar una respuesta a dichas infracciones, cuando el autor de la contravención en cuestión es un niño o un adolescente.

Los menores de edad ante el derecho penal no han sido tratados de manera uniforme a lo largo de la historia. Se ha registrado una evolución desde el niño objeto de derechos al niño sujeto de derechos, conceptos que se irán desarrollando a lo largo de esta obra. En el mencionado proceso, se distinguen a lo menos, con cierto consenso en la doctrina, cuatro modelos: el del discernimiento o de la inimputabilidad del sistema clásico penal, el tutelar o de la situación irregular, fuertemente influenciado por la escuela positivista naturalista, el educativo del Estado de bienestar y, finalmente, el de responsabilidad o reconocimiento de los derechos del niño³.

¹ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Madrid, Civitas, 1997, Tomo I.

² ROXIN; C. Op. Cit. Pág. 46.

³ BUSTOS Ramírez, J. Derecho Penal del Niño- Adolescente. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. Pág. 7 y siguientes.

La “responsabilidad penal adolescente” es un concepto relativamente nuevo. A lo largo de la historia, los menores infractores de ley han sido tratados y entendidos por el Derecho de maneras muy disímiles, es sólo en la época moderna que las legislaciones han desarrollado cuerpos normativos especializados para los niños y adolescentes en materia de Responsabilidad Penal. Para entender a cabalidad el contenido de la actual legislación, resulta trascendental realizar un análisis general, a través de la historia, que nos permita conocer y comprender el desarrollo de las ideas en esta materia.

Cómo aprecia Manuel Jesús López Lara:

“La relación del menor con el derecho penal no es una problemática actual, a pesar de ser una rama muy joven de esta disciplina jurídica, organizada e independiente, que se origina del mismo derecho penal. Podría entonces a raíz de su juventud pensarse que no tiene historia, que carece de esta. Pero es erróneo establecer aquello, porque la historia del mundo va irremediabilmente ligada a la historia delictiva y junto con la criminalidad se apareja la preocupación del hombre por sus hijos, tratando de evitar este tipo de comportamiento en ellos castigando, reprimiendo, previniendo y legislando para así eliminar las irregularidades que pueda presentar su conducta”.⁴

1.1. Evolución histórica del derecho de menores

1.1.1. Antigüedad.

En los pueblos antiguos no existió uniformidad respecto al tratamiento de los jóvenes, pues en algunas de sus legislaciones no se establecía distinción alguna con los adultos, de manera que a unos y a otros se les aplicaba el mismo estatuto jurídico,

⁴ LÓPEZ. Lara, M. De la historia, evolución y desarrollo del sistema penal adolescente y la dogmática del interés superior del niño. [en línea]

< http://www.lexweb.cl/media/users/10/523213/files/49917/An_lisis_ley_20.084.pdf > [consulta: 30 de abril 2012].

y con ello, iguales penas y sanciones frente a las infracciones. Por el contrario, en otras culturas se establecía un tratamiento diferenciado, beneficiándolos⁵.

Uno de los cuerpos normativos más antiguos de que se tiene registro es el Código de Hamurabi, creado el año 1760 A. de C. en Babilonia. En él, no se contenía un régimen especial respecto de los niños y adolescentes, sólo se señalaba penas especiales en caso de incumplimiento de las obligaciones de los hijos para con sus padres⁶.

En Grecia, si bien el derecho penal incluía a jóvenes y adultos, los primeros eran sujetos de ciertos privilegios con relación a los segundos, con la notable excepción de aquel menor que cometía homicidio, a quien no se le atenuaba la responsabilidad⁷.

En Roma, en materia penal, se distinguía entre los menores de 7 años y el resto de los menores. Respecto de los primeros, los romanos entendían que eran incapaces de tener intención criminal, de manera que carecían de responsabilidad penal. Luego, con respecto a los mayores de 7 años y hasta la edad púber, la que se alcanzaba alrededor de los once años, un tribunal determinaba la responsabilidad del menor, comprobado la cual, el joven era sometido a la misma legislación de los adultos, y en caso contrario, se entendía exento de responsabilidad⁸.

La inimputabilidad de los menores de 7 años se encuentra también presente en el Derecho Canónico. En él, los menores de 14 y mayores de 7 años tenían un grado

⁵ BLANCO Escandón. C. Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/7.pdf>> [consulta: 14 de mayo 2012].

⁶ LÓPEZ. Lara, M. Op. Cit. Pág. 3.

⁷ LÓPEZ. Lara, M. Ibíd.

⁸ LÓPEZ. Lara, M. Ibíd.

indeterminado de responsabilidad, puesto que ella se encontraba pendiente del grado de malicia con que se cometiere el ilícito. Destacan las figuras del Papa Gregorio IX y del Papa Clemente XI, el primero de ellos por haber dictaminado que a los menores les serían aplicables penas atenuadas respecto de los adultos, y el segundo por haber fundado en el año 1704 el Hospicio de San Miguel, lugar novedoso para la época, destinado al tratamiento correccional de los menores infractores de la ley, utilizando criterios educativos y de protección.⁹

Con posterioridad, es posible identificar varias etapas o períodos en el desarrollo de la legislación aplicable a los menores, las que se sucedieron junto con el desarrollo crítico e intelectual de diversas escuelas doctrinarias e incluso en ciertos instrumentos internacionales como iremos viendo a continuación. Así, analizaremos como fue cambiando paulatina, pero radicalmente, la visión de los menores frente a la infracción de la ley penal, su responsabilidad, tratamiento y sanción aplicable.

1.1.2 Primera etapa: inexistencia de legislación

En un primer momento, los menores son considerados incapaces de cometer delitos, lo que conlleva su irresponsabilidad total en materia penal. Esta concepción implica que ellos no son considerados sujetos de derechos sino más bien, sujetos de protección, y que por tanto, debían estar bajo la tutela de otros, lo cual en este primer período correspondió al Estado¹⁰.

⁹ LÓPEZ. Lara, M. *Ibíd.*

¹⁰ LÓPEZ. Lara, M. *Op. Cit.* Pág. 4.

Durante esta etapa, se genera el concepto de “Menores”, noción esta última que implicaba que ellos eran “menos que”, es decir, seres inferiores, con “conductas infrahumanas”. Así, en los Estados Unidos, se desarrolló la idea de beneficencia y otras similares, que daban a entender que era necesario “salvarlos” de esta condición¹¹. Por su parte, la escuela positivista italiana planteó la idea de peligrosidad del menor, esto es, que ellos serían seres predeterminados a delinquir, peligrosos por naturaleza, por lo que era necesario defenderse de ellos.

De esta forma, los conceptos de defensa, de la escuela positivista italiana, y de protección, de Estados Unidos, se ven integrados en un mismo fundamento, el que dice relación con la inferioridad de los “menores”.

En materia de responsabilidad penal, los menores en esta etapa son entendidos como una excepción al sistema penal adulto, lo que redundaba en la inexistencia de legislación especial para ellos.

1.1.3. Segunda etapa: leyes especiales

Con posterioridad, comenzaron a surgir legislaciones especiales para los menores, en las que pasan a ser “objetos de derecho”. El Estado debía preocuparse de la protección y defensa de los menores procurando su reinserción a toda costa, de modo que el juez, bajo el predicamento de actuar en pos del bien del menor, podía adoptar cualquier tipo de medidas, las que llegaban a ser crueles y abusivas. Durante esta

¹¹ LÓPEZ. Lara, M. *Ibíd.*

etapa existió una violación grave de los derechos fundamentales del menor. El juez podía decretar su internación de manera indefinida, pues no se establecían límites para la “protección” y la “defensa”, conceptos que se ven prácticamente aunados en este período, ya que las medidas adoptadas para uno u otro caso eran iguales. A los niños vulnerados en sus derechos y a los menores infractores de ley se les aplicaban medidas y sanciones que en la práctica resultaban ser las mismas, y se llevaban a cabo en los mismos establecimientos, juntando de esta manera a los menores que el Estado protegía y a aquellos de los cuales se defendía.

Es así como surge la doctrina de la “situación irregular del niño”, cuyo objetivo era que los menores que se encontraran en “estado de peligro” fueran reeducados, reformados, a fin de alejarlos de una posible vida delictual. Esta doctrina en la que los menores no pueden ejercer sus derechos, por el hecho de que carecen de ellos, al no ser considerados personas, continuó con las violaciones constantes a los derechos fundamentales del menor¹².

1.1.4. Tercera etapa: reconocimiento de los derechos de los niños

El pensamiento doctrinario evoluciona. Los postulados de los sistemas garantistas, junto con el reconocimiento de los derechos fundamentales, hacen insostenibles los postulados de la doctrina de la situación irregular y similares.

Se comprende que los menores son también “sujetos de derechos”, a quienes se le debe asegurar un proceso, tal como a los adultos, y que por su calidad de menores, se

¹² LÓPEZ. Lara, M. Op. Cit. Pág. 4.

les debe aplicar una legislación especial, que de todas maneras debía respetar las mismas garantías que para el caso de los adultos. Se reconocen los derechos de los niños y se plasman en distintos instrumentos internacionales ratificados por numerosos países, los que paulatinamente irán adaptando su legislación a ellos¹³.

1.1.5. Reconocimiento de los derechos de los niños en instrumentos internacionales

Hasta este momento, tanto los derechos de los niños como la observancia a los derechos humanos y a las garantías constitucionales respecto de ellos fueron reconocidos en diversos cuerpos normativos de manera dispersa y difusa. En cambio, durante el transcurso del siglo XX, surgieron instrumentos internacionales que recopilaban de forma sistemática y ordenada estos principios, tanto de manera general, respecto de los derechos humanos, como específica, respecto de los niños y adolescentes.

Los cuerpos normativos que recogían de manera general ciertos derechos lo hacían bajo la fórmula “a nadie” o “a ninguna persona”¹⁴, incluyendo en esta a los menores;

¹³ LÓPEZ. Lara, M. Op. Cit. Pág. 5.

¹⁴ Así por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, en su artículo primero señala que “Todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos”, y en su artículo segundo señala que “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna (...)”. En ambos casos, tanto al expresar que “todos los seres humanos”, como que “toda persona”, son objetos de la Declaración, se incluyen en sus postulados a los niños y adolescentes, plasmando de manera general, algunos derechos, que por esta vía, también protegen a los menores.

mientras que los que señalaban derechos específicos se referían de manera concreta a los niños y adolescentes¹⁵.

Entre los instrumentos internacionales más importantes encontramos la Declaración de Ginebra del año 1925, en la que la Sociedad de las Naciones generó el primer texto formal sobre los derechos de los niños bajo el nombre de “Convención de Ginebra”. Esta declaración recoge una serie de principios humanitarios sin especificar derechos especiales para los menores. Es, además, la base de la llamada “Corriente humanitaria” que orientará a varios países latinoamericanos durante la primera mitad del siglo XX en la creación de legislaciones especiales para los menores. Chile no fue la excepción, dictándose el año 1928 la Ley N° 4.477¹⁶ denominada “Ley de protección a menores”. La Declaración de Ginebra no hace mención expresa a los conflictos penales en que se pudiere ver inserto el menor, pero trata este tema de manera general, existiendo la intención de que haya una real corrección y rehabilitación de los menores infractores de ley.

El año 1948 fue aprobada en una asamblea general de las Naciones Unidas la Declaración Universal de Derechos Humanos, texto de carácter general, pero que en virtud de los principios de no-discriminación y de igual protección ante la ley¹⁷, son aplicables a todos los hombres y en especial a los niños. En materia penal se consagra la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁸, la prohibición de

¹⁵ De esta manera, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959, en sus artículos utiliza la expresión “niño” o “todos los niños”. El artículo primero de esta Declaración señala que “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos Derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna (...)”.

¹⁶ Ley N° 4.447. CHILE. Protección de Menores. Historia de la Ley N° 20.084. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile, 07 de diciembre de 2005. 10p.

¹⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, Francia. 1948. Artículos 2 y 7.

¹⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). Op. Cit. Artículo 5.

la detención, prisión o destierro arbitrario¹⁹, el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales²⁰, el derecho a ser oído ante un tribunal imparcial²¹, la presunción de inocencia, la irretroactividad de la ley penal y el derecho a defensa²². El artículo 16.3 de la Declaración se refiere al ámbito específico de la niñez al reconocer a la familia como elemento fundamental de la sociedad²³, la igual protección de los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio²⁴ y se contemplan derechos relacionados con la cultura y educación, indispensables en la etapa de la infancia.

Hasta aquí no existía un texto que unificara los derechos de los niños y asegurara su protección, sino que estos se encontraban dispersos en numerosos instrumentos jurídicos. Por esto el 20 de noviembre del año 1950 surge la Declaración Universal de los Derechos del Niño aprobada de forma unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Basado en 10 principios, debe entenderse por su brevedad, como un texto complementario de la Declaración de Derechos Humanos. Aunque no hay una mención expresa al ámbito penal, se establece el Derecho del niño de gozar de una protección especial y a que se considere su interés superior por las partes encargadas de su educación y orientación²⁵. Esta declaración, aunque no es vinculante para los Estados, tuvo un importante impacto en la creación de conciencia social respecto de las necesidades y derechos de los niños.

¹⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). Op. Cit. Artículo 9.

²⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). *Ibíd.*

²¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). Op. Cit. Artículo 10.

²² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). Op. Cit. Artículo 11.

²³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). Op. Cit. Artículo 16.3.

²⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). Op. Cit. Artículo 25.2.

²⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1386 (XIV). Declaración de los Derechos del Niño. 1959. Principios 2 y 7.

En 1966 surgen los Pactos de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con el fin de dar eficacia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, por medio de la ratificación de los diversos Estados miembros de las Naciones Unidas. Este instrumento reviste suma importancia en la materia que estudiamos, pues, por primera vez, se incluyen normas específicas respecto de la responsabilidad penal de los niños y adolescentes, y de las garantías a los derechos de estos. Entre las disposiciones más importantes encontramos: la prohibición de aplicación de la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de edad²⁶, la instrucción de que los menores procesados debían estar separados de los adultos y ser llevados rápidamente a los tribunales de justicia para su enjuiciamiento, el derecho a ser sometidos a un tratamiento de acuerdo a su edad y condición jurídica²⁷, la excepción a la norma de que las sentencias penales son públicas cuando los intereses de los menores de edad exijan lo contrario²⁸ y que el procedimiento penal aplicable a menores de edad considerará esta circunstancia en la importancia de estimular su reinserción social²⁹.

El Pacto de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales es el primer instrumento que consagra normas específicas en materia penal para los menores y que pone como titulares de derechos a los niños y adolescentes.

Durante el año 1985 se dictó las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, las que son conocidas como “Reglas de

²⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200 (XXI). Pacto internacional de derechos civiles y políticos. 1966. Artículo 6.

²⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200 (XXI). Op. Cit. Artículo 10, Número 2, letra b.

²⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200 (XXI). Op. Cit. Artículo 14, Número 1.

²⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200 (XXI). Op. Cit. Artículo 14, Número 4.

Beijing”. A través de ellas, se intentó dar orientaciones básicas, de carácter general, por medio de la dictación de normas mínimas que los Estados que ratificaran este cuerpo normativo, debían respetar al momento de legislar y crear sistemas especializados de justicia para los menores de edad al interior de sus propias legislaciones. Entre las directrices más importantes encontramos la instrucción de que el personal que maneja casos de menores debe contar con capacitación especializada³⁰, la consideración de liberación de arresto lo más pronto posible³¹ y la organización y promoción de la investigación como base de la planificación y de la formulación y elaboración de las políticas³². Establecen además que el sistema de justicia de menores debe ser justo y humano, enfatizar el bienestar del niño y asegurar que la reacción de las autoridades sea proporcional a las circunstancias del delito y del infractor³³. Enfatizan la importancia de la rehabilitación, que debe ser complementada con la educación, empleo y alojamiento³⁴, haciendo un llamado especial a las instituciones de voluntariado para llevar a cabo esta misión³⁵.

El año 1989 se firma la Convención de Derechos de los Niños, que viene a constituir el documento internacional más importante sobre justicia juvenil, dada su fuerza obligatoria para casi la totalidad de los países³⁶. En ella, se señala claramente que son niños todas las personas menores de 18 años de edad³⁷, delimitando así de manera clara e ineludible el grupo de personas a quienes se pretende proteger por medio de este documento. En materia penal, se establece de manera específica la

³⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 40/33. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. 1985. Regla 6.3.

³¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 40/33. Op. Cit. Regla 13.1, Regla 17.1 letra a, y Regla 19.

³² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 40/33. Op. Cit. Regla 30.

³³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 40/33. Op. Cit. Regla 5.

³⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 40/33. Op. Cit. Regla 24.

³⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 40/33. Op. Cit. Regla 25.

³⁶ Sólo se exceptúan Estados Unidos y Somalia.

³⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Artículo Primero.

prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; así como la prohibición de imponer la pena capital o la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, por delitos cometidos por menores de 18 años de edad³⁸. Se prohibió, además, que el niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente, estableciendo el encarcelamiento como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda³⁹.

Se estableció, asimismo por medio de dicha Convención, una serie de garantías a favor del niño privado de libertad, asegurando por esta vía, que fuere tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana y teniendo en consideración las necesidades de las personas de su edad⁴⁰. De manera particular, respecto de estos menores, se estableció que debían estar separados de los adultos, a menos que ello se considerare contrario a su interés superior, y se consagró el derecho a mantener contacto con su familia⁴¹. Del mismo modo, se reconoció el derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y cualquier otra asistencia adecuada, así como el derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción⁴².

El Artículo N° 40 de la Convención de Derechos del Niño destaca en cuanto a su contenido en la materia que nos atañe, puesto que en él se ven plasmados de manera clara y específica los principios que orientan el documento, y en él se garantiza una serie de derechos que hasta el momento sólo habían sido expresados de manera general respecto de todos los seres humanos. De esta manera, los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes

³⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Artículo 37 letra a.

³⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Letra b.

⁴⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Letra c.

⁴¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. *Ibíd.*

⁴² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Letra d.

penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, promoviendo el fortalecimiento del respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración, de manera que éste asuma una función constructiva en la sociedad⁴³. A fin de resguardar el cumplimiento de lo anterior, es que los Estados Partes están obligados a garantizar que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se le acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron⁴⁴. Lo mismo ocurre con la consagración de la presunción de inocencia, del derecho a la información de los cargos que pesan en su contra, del derecho a una adecuada asistencia, jurídica y de cualquier otro tipo, en la preparación y presentación de su defensa, del derecho a ser juzgado por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, del derecho a no ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, del derecho a interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad y del derecho a que se respete su vida privada en todas las fases del procedimiento, entre otros⁴⁵.

La Convención de Derechos del Niño también consagró la orientación relativa a que los Estados partes dispusieren medidas alternativas a la internación en instituciones, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda y los programas de enseñanza y formación profesional, a fin de asegurar que los niños sean tratados de manera

⁴³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Artículo 40 N° 1.

⁴⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Artículo 40 N° 2, letra a.

⁴⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Letra b.

apropiada para su bienestar guardando proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción⁴⁶.

Con posterioridad, el año 1990, son proclamadas las denominadas “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil”, las que contienen indicaciones generales respecto de la prevención de la delincuencia juvenil. Estas directrices se refieren a la fase pre-conflicto, esto es, el momento anterior a la infracción de la ley por parte de los niños y adolescentes. Se basan en la premisa de que es necesario contrarrestar las condiciones que afectan e influyen desfavorablemente su desarrollo. Para ello, se propusieron medidas exhaustivas y multidisciplinarias a fin de asegurar a los jóvenes una vida libre de crímenes, victimización y conflictos con la ley⁴⁷.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil se enfocan en modalidades de intervención preventiva y protectora, teniendo como objetivo la promoción de un esfuerzo conjunto de un papel positivo por parte de varios organismos sociales, incluyendo la familia, el sistema educativo, los medios de comunicación y la comunidad en general. La sociedad, juega un rol determinante en todo el proceso preventivo de la delincuencia juvenil y viceversa, puesto que se considera que la prevención de esta es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. A su vez, entendiendo el rol determinante de todo el aparato social en cuanto a la influencia que ejerce en el desarrollo de los adolescentes, es que se debe procurar que el mismo sea armonioso, y que se sienten las bases para que se respete y cultive su personalidad desde la infancia. De esta manera, los programas preventivos deben centrarse en el bienestar del joven, teniendo en cuenta su desarrollo personal y encargándose de proteger sus derechos e intereses. En el mismo sentido, se insta a la

⁴⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. *Ibíd.*

⁴⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 42/112. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. 1990.

creación de oportunidades educativas, así como servicios y programas con base en la comunidad⁴⁸.

Finalmente, el año 1990 son proclamadas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección del Menor Privado de Libertad. Al respecto, se establece la privación de libertad como último recurso, por el período más breve posible, limitándose a casos excepcionales y, en caso de que ella fuere inevitable, se señala las condiciones mínimas en que debe cumplirse⁴⁹.

El conjunto de cuerpos normativos e instrumentos internacionales mencionados anteriormente configuran el marco general de la Justicia Juvenil en el ámbito internacional, pues contiene los principios y normas básicas que deben ser respetados y aplicados por los Estados al momento de legislar respecto de los niños y adolescentes en general, y de su responsabilidad penal en particular.

⁴⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 45/113. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad. 1990.

1.2. Sistemas de responsabilidad penal adolescente en el derecho comparado

El problema de la infracción a la ley penal por parte de los niños y adolescentes, ha dado lugar a una pluralidad de legislaciones y sistemas jurídicos al interior de los diversos Estados, los que, con el afán de solucionar esta problemática, le han hecho frente por medio de la ley. Estos tipos de solución pueden ser agrupados, de acuerdo a sus características, en una serie de modelos de justicia juvenil, o también denominados sistemas de responsabilidad adolescente⁵⁰.

Así, los sistemas de justicia juvenil pueden agruparse en cuatro grupos: modelos comunales o de inimputabilidad, modelos tutelares, modelos educativos y el modelo de responsabilidad.

1.2.1. Modelo comunal o de inimputabilidad

Este modelo fue utilizado en muchos países y mantiene su vigencia en África y Asia. Si bien no se aplicó de forma pura en países latinoamericanos, sí lo hizo con algunas atenuantes y variantes⁵¹.

⁵⁰ TIFFER Sotomayor, C. Justicia Penal Juvenil. Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Experiencia de Costa Rica. [en línea] < <http://www.unicef.org.co/Ley/AI/10.pdf> > [consulta: 30 de abril 2012].

⁵¹ TIFFER Sotomayor, C. *Ibíd.*

Este modelo se caracteriza por la consideración de que los menores son dependientes de los adultos, siendo estos últimos quienes están encargados de tomar las últimas decisiones. Para ello, se forman “Consejos o Comités de la infancia”, grupos de personas orientados a buscar soluciones para el problema de la delincuencia juvenil, los que están compuestos por miembros de la comunidad, no necesariamente por juristas. La infracción a la ley penal por parte de los menores es entendida como producto de su estado evolutivo. Se considera al menor inimputable penalmente, de modo que el Estado está imposibilitado de someterlo a procedimientos punitivos. Las infracciones a la ley penal, por tanto, no se solucionan en el ámbito jurisdiccional, sino con un tratamiento de las situaciones y condiciones en que se desarrollan los menores infractores de ley, de manera que, en rigor, no existe un proceso, sino que hay una serie de políticas públicas destinadas a solucionar este conflicto social. Se admite la privación de libertad de los menores para ser sometidos a un tratamiento reeducativo. Impera el interés superior del menor y todas las medidas que se adopten deben estar sujetas a él. Las decisiones de los comités no tienen la connotación de una sanción negativa, sino que son vistas como medidas en búsqueda de la rehabilitación, reeducación y reinserción del menor. Estos jurados o comités reúnen las funciones preventivas, de juzgamiento y de ejecución de las medidas impuestas.

1.2.2. Modelo tutelar o de la situación irregular

Modelo fuertemente influenciado por la doctrina de la escuela positivista italiana y de las disposiciones para jóvenes delincuentes en los Estados Unidos, se constituyó en la base de muchas de las legislaciones de la primera mitad del siglo XX en Latinoamérica⁵².

⁵² Como advierte Carlos Tiffer: “Los hechos más importantes que dieron nacimiento a este modelo son la internalización del tema de la niñez: (París 1905, Bruselas 1907, Washington 1909, Buenos Aires 1916), la Creación del primer Tribunal Juvenil en Chicago al año 1889. Se da la necesidad de una jurisdicción

Surge como resultado de la internalización del tema de la niñez y se caracteriza por considerar a los menores como objeto y no como sujetos de derechos. Se acuña el concepto de “menores”, “menos que”, lo que implica que los menores son vistos como seres incompletos, en desarrollo, inadaptados, que requieren ayuda para su incorporación a la sociedad. Los menores son considerados incapaces de cometer delitos, no se les puede atribuir responsabilidad penal, son inimputables, ello en atención a que se les concibe sin discernimiento a causa de sus carencias bio-psicológicas⁵³. Por ello, no se aplican penas a los menores infractores de la ley, no siendo necesarias las garantías procesales, en cambio son sometidos a tratamiento, reeducación y reforma⁵⁴.

Surge la doctrina de la “situación irregular”, conforme a la cual se debe buscar soluciones que liberen al menor de ella. Es el juez el encargado de determinar cuando estamos ante una situación irregular, concepto sumamente amplio que cubrirá un gran espectro de situaciones, las que irán desde el estado de abandono, falta de atención a las necesidades del menor y dependencia o incapacidad, hasta los casos de menores autores o partícipes de delitos y menores adictos a las drogas. A unos y a otros tipos de menores se les aplican las mismas medidas correctivas o de protección, las que se hacen efectivas en los mismos lugares.

Se mantiene un sistema inquisitivo, el juez, figura central del proceso, con carácter paternalista, tiene la triple función de investigar, acusar y fallar, se confunden en él la

especializada. Se crea la primera ley especializada Ley conocida como Ley Agote, dictada en Argentina en 1919. El resto de países latinoamericanos se adaptan a la corriente tutelar. Toda esta legislación que va naciendo es producto del modelo tutelar. Centrados en la “Doctrina de la situación irregular”.

⁵³ ORTEGA Esteban, J. Educación social especializada. Primera Edición. Barcelona, Editorial Ariel, 1999, Pág. 61.

⁵⁴ ORTEGA Esteban, J. *Ibíd.*

función jurisdiccional y la administrativa-asistencialista⁵⁵. Las medidas de privación de libertad de los menores o de internamiento son indeterminadas pues no hay límites para la protección, su aplicación en la práctica es indiscriminada y se lleva a cabo en centros no aptos para los fines de reinserción y rehabilitación, sin embargo, dichas medidas son consideradas beneficiosas, jamás se consideran como restricción de los derechos del menor por tratarse de medidas de tutela, apoyo y asistencia.

1.2.3. Modelo educativo- responsabilizador⁵⁶

Para muchos, este modelo educativo-responsabilizador, resulta ser una especie de híbrido entre el modelo tutelar y el modelo de justicia. Como su nombre lo indica, éste modelo tiene dos pilares fundamentales: por una parte la educación, y, por otra, la asunción de responsabilidad del menor, aspectos que procuran contribuir a un desarrollo maduro y equilibrado del niño.

El menor, aún siendo infractor, debe ser protegido a fin de conseguir una adaptación crítica de la realidad, junto con lograr ir normalizando su conducta a través del paso por las etapas de su maduración⁵⁷. Su conducta infractora se considera producto de su desarrollo, habida consideración, además, de la influencia ejercida por las instancias socializadoras que lo rodean.

⁵⁵ CALDERÓN, J. De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral: la hegemonía del interés superior del niño. [en línea] < <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html> > [consulta: 07 de marzo de 2013].

⁵⁶ MALDONADO Fuentes, F. La especialidad del sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes. [en línea] < <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/francisco-maldonado-fuentes.pdf> > [consulta: 07 de marzo de 2013].

⁵⁷ MALDONADO Fuentes, F. *Ibíd.*

Se estima que la infracción a la ley penal por parte de los menores se resuelve por medio de soluciones extrajudiciales que impliquen un tratamiento de las situaciones y condiciones que lo rodean, y no por medio de la imposición de penas o por la acción de la policía o el Tribunal. Los menores son inimputables, de modo que el Estado está impedido de someterle a procedimientos punitivos, la respuesta que da frente a la infracción de la ley penal tiene más bien un carácter educativo, al punto de que el menor puede ser privado de su libertad para ser sometido a un programa educativo. Con la aplicación de este modelo se procuró reducir al máximo la estigmatización social.

1.2.4. Modelo de justicia juvenil⁵⁸

Este modelo aparta los conflictos sociales y familiares de los jóvenes, de las conductas delictivas, separando las funciones asistenciales del Estado, de las

⁵⁸ Como advierte Carlos Tiffer: “Este modelo surge con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989). Debido a que es la CDN, la que reconoce el carácter de sujeto a la persona menor de edad, obligando a los Estados Partes que la ratificaron, a reconocer todos los derechos y garantías procesales, que tienen los sujetos de derecho. La doctrina de la protección integral estableció que las personas menores de edad son sujetos de derechos y de deberes, por lo tanto, son responsables de los actos que realizan y como tales, serán juzgados en una sede jurisdiccional. Este juzgamiento debe estar sometido al principio de legalidad, donde se le respete el debido proceso legal. Estableciéndose así, una total separación entre el poder jurisdiccional y el carácter asistencial del Estado. Los hechos más importantes que dieron nacimiento a este modelo son la Aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. (Antecedentes de la Convención, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores.). En ella se establece un nuevo modelo de derecho de la niñez. Nace la concepción punitivo garantista del derecho penal juvenil. La doctrina de la protección integral, tiene como ideas principales el reconocimiento del status de sujeto de derecho a la persona menor de edad, otorgándole así los derechos que tiene por su condición, pero también estableciendo la responsabilidad por los actos ilícitos que llegará a realizar. Se da un reconocimiento de los derechos del niño como una categoría de los Derechos Humanos. Antes de la CDN se han aprobado una serie de instrumentos internacionales referentes a la justicia juvenil, sin embargo es la CDN el instrumento más importante, debido a la fuerza vinculante que este tiene para los Estados.”

jurisdiccionales. Se orienta a una verdadera protección legal de las personas menores de edad. Se inspira en los postulados de la Convención de Derechos del Niño de 1989 y en los otros instrumentos internacionales de las Naciones Unidas referentes a la Justicia Juvenil.

El modelo en estudio se caracteriza por disminuir las diferencias con el régimen penal adulto respecto del respeto a derechos y garantías. Se refuerza la posición legal de los jóvenes en comparación a los adultos. Los menores son imputables, se les considera responsables penalmente, pero se establece autonomía del derecho penal juvenil respecto del régimen adulto, aunque respeta sus principios fundamentales. Se establece una jurisdicción especializada para el juzgamiento de delitos cometidos por menores de edad. Se limita al mínimo la posible intervención de la justicia penal por medio del establecimiento de los principios de intervención mínima y de subsidiariedad. Se amplía la gama de sanciones, las que se basan en principios educativos y se limita al mínimo indispensable la sanción privativa de libertad. Se introduce la institución de la reparación del daño, con lo que se da mayor participación a la víctima. La sanción tiene una connotación negativa, el menor tiene que cargar con las consecuencias de su comportamiento. Se establecen límites de edad en los cuales no existe capacidad de culpabilidad o de infracción a las leyes penales.

Visto de manera general el desarrollo del Derecho de Menores, estamos en condiciones de abordar el caso de Chile. Para ello realizaremos en primer término un análisis general del tratamiento legislativo a través de la historia, para comprender a cabalidad nuestro régimen jurídico actual en la materia.

1.3. Análisis histórico de la regulación legal de la responsabilidad penal adolescente en Chile⁵⁹

A través de nuestra vida republicana, se han aplicado las siguientes formas de control punitivo a los menores de edad:

⁵⁹ CORTÉS, J. La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes dentro de las transformaciones de largo plazo en el ámbito del control social punitivo. [en línea]
<http://www.sename.cl/wsename/otros/observador5/el_observador_5__%2057-82.pdf> [consulta: 1 de mayo de 2012].

1.3.1. Derecho penal de adultos atenuado

En un primer momento, la legislación chilena distinguía entre los menores de 10 años, los mayores de 10 años y menores de 16 y los mayores de 16 y menores de 18 años. Los menores de 10 años eran definidos por el Artículo 10 del Código Penal como “inimputables”. Los mayores de 10 años y menores de 16 podían ser declarados imputables de acuerdo al sistema penal adulto tras un análisis de su discernimiento, sin embargo, la sanción aplicable en caso de ser condenados era sustantivamente inferior a la de los adultos, por lo que se constituía como un sistema de derecho penal adulto atenuado, que también se extendía con sus beneficios a los menores de 18 años. En concreto, en el Código Penal de 1874 se consideraba una rebaja de uno, dos y hasta tres grados a partir del mínimo asignado por la ley para el delito en caso de que lo cometiera un adulto.

1.3.2. Derecho penal “doméstico”⁶⁰

“El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos y cuando esto no alcanzare podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. Bastará al efecto la demanda del padre y el juez, en virtud de ella expedirá la orden de arresto. Pero si el hijo hubiere cumplido dieciséis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos y podrá

⁶⁰ COUSO Salas, J. La otra violencia: Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno. [en línea] <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=yls_sela> [consulta: 1 de mayo de 2012].

extenderlos hasta por seis meses a lo más. El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto.”⁶¹De esta forma el Estado faculta al padre para corregir y castigar a los hijos. También lo autoriza a acudir ante un juez para que se disponga el arresto de su hijo cuando las medidas de corrección y castigo por él aplicadas no fueren suficientes.

1.3.3. Derecho tutelar de menores

Los postulados del Modelo de Justicia Tutelar se ven plasmados en la “*Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Protección de Menores*” presentado por el Ejecutivo el 4 de agosto de 1927, el que disponía:

“El delito en el niño, mirándose como un sistema o consecuencia de su estado moral, no es castigado. Debe aplicársele un tratamiento médico y pedagógico, tratando de transformarlo en un elemento útil, y a la vez defender a la sociedad de él, conforme a su grado de temibilidad”⁶².

⁶¹ COUSO Salas, J. Op. Cit. Pág. 4

⁶² CORTÉS, J. La ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones de largo plazo en el ámbito del control social punitivo. [en línea] Citado por Fuchslocher, 1983, p.154 <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=yfs_sela> [consulta: 1 de mayo de 2012].

En 1928 se dicta en Chile la primera Ley de Menores⁶³, la que mantuvo tanto el derecho penal adulto atenuado, como el derecho penal doméstico, agregando una tercera forma de control punitivo, el derecho tutelar de menores.

Con esta ley se modificó el límite de aplicación de la institución del discernimiento, el que quedó fijado para los mayores de 16 años y menores de 20 años, respecto de los cuales, si se determinaba que habían actuado con discernimiento, eran enviados al sistema penal adulto.

Por su parte, los menores de 16 años y aquellos mayores de 16 y menores de 20 años declarados sin discernimiento, eran enviados a esta nueva justicia constituida por el Derecho Tutelar de Menores.

El año 1953, por medio de la ley N° 11.183, se modificó nuevamente el límite del discernimiento pasando a aplicarse a los mayores de 16 y menores de 18 años. Con ello se rebajó el límite de la imputabilidad penal, desde entonces los mayores de 18 años son plenamente capaces de cometer ilícitos, totalmente imputables.

El año 1967 se dicta la Ley N° 16.618 que mantiene el sistema tutelar. Por medio de esta ley se intentó abarcar una amplia gama de situaciones que afectaban a los menores: menores en situación de abandono, menores en peligro material o moral, menores delincuentes, etc. De esta manera se plasma la idea de que el desarrollo de los menores es un tema de orden público y no de competencia privativa y exclusiva de las familias.

⁶³ Ley N° 4.447. CHILE. Protección de Menores. Historia de la Ley N° 20.084. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile, 07 de diciembre de 2005.

La Ley de Menores establecía que los menores entre 14 y 16 años eran inimputables penalmente, de modo que no se les podía establecer pena alguna en caso de que infringieran la ley penal. Se les aplicaban “medidas de protección”, las que eran determinadas por el Juez de menores, y las que al no tener carácter punitivo, no aseguraban el derecho a defensa a los menores, y no tenían límites legalmente establecidos en cuanto a su duración⁶⁴ y que eran llevadas a cabo por el Servicio Nacional de Menores.

En el caso de los adolescentes entre los 16 y los 18 años, se debía aplicar un examen de discernimiento, el que tenía por objeto determinar si estaban conscientes del delito cometido. En caso de que el juez determinara que el menor había actuado con discernimiento, éste era sometido al régimen penal adulto, y en caso de penas privativas de libertad, éstas se hacían efectivas en recintos de Gendarmería. Por el contrario, si se estimaba que el menor había actuado sin discernimiento, sin conciencia de que estaba cometiendo un ilícito, el juez de menores determinaba las medidas de protección que le serían aplicables, sin derecho a defensa gratuita, sin un límite de tiempo y en general sin respeto a las garantías del debido proceso.

1.3.4. Derecho penal juvenil

Tras la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1989, ratificada por Chile en 1990, los Estados latinoamericanos comenzaron a gestar sistemas apegados al modelo de Justicia Juvenil. En Chile, es la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente la que

⁶⁴ Todas estas características propias del sistema tutelar como vimos anteriormente.

intenta plasmar los postulados de este modelo de justicia y la que busca adaptar nuestra legislación a los tratados internacionales vigentes. Dicha ley, constituye entonces un cambio trascendental pues implica dejar atrás el modelo de justicia tutelar, absolutamente abandonado por la doctrina moderna, adaptando nuestro régimen interno a un modelo de Justicia juvenil que respete las garantías fundamentales de los niños y adolescentes y que asegure el respeto a sus derechos.

El 28 de noviembre del año 2005 fue promulgada la Ley de reforma al régimen de responsabilidad penal adolescente, tras cinco años de discusión parlamentaria. Con ella, se establece un proceso que se diferencia del sistema adulto, porque las personas a quienes se les aplica son adolescentes, con diferencias y características especiales que deben, por tanto, ser abordadas de forma también especial. La Convención de Derechos del Niño, como hemos visto, establece que es un deber de los Estados implementar estos procesos especiales, a fin de brindar un debido proceso, y reinserir socialmente a los adolescentes infractores de ley

El objetivo de esta Ley es hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, pero de tal manera que la sanción que se les imponga forme parte de una intervención socio-educativa amplia, orientada a la plena integración social y a la reinserción de los adolescentes.

Del mismo modo, esta ley pretende adaptar la legislación interna a los tratados internacionales ratificados por Chile, consagrando el respeto a diversas garantías procesales como el derecho a defensa, debido proceso, derecho a ser oído y a la separación de los adultos, entre otros⁶⁵.

⁶⁵ FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. Expertos analizan las Ley de responsabilidad penal adolescente a seis meses de su entrada en vigencia. [en línea]

Caracterizan a esta ley el establecimiento de procedimientos, fiscales y defensores especializados, la creación de programas de reinserción, poner fin al trámite del discernimiento, el establecimiento de la responsabilidad penal desde los 14 años, distinguiendo dos segmentos: de 14 a 16 y de 16 a 18 años; el establecimiento de una amplia variedad de sanciones y la imposición de que las penas privativas de libertad sólo se establecen para los delitos de mayor gravedad⁶⁶.

Todos los adolescentes entre 14 y 18 años son responsables penalmente, tienen derecho a defensa gratuita y en el caso a ser condenados a penas privativas de libertad, tienen derecho a no ser derivados a recintos carcelarios para adultos, sino a centros especiales para menores de edad.

Se consagra de manera específica una serie de derechos a los menores infractores de ley, entre los que destacan el derecho a conocer el motivo de su detención y ver la orden de la misma, salvo el caso de flagrancia; el derecho a ser adecuadamente informado de los hechos que se le imputan, así como de los derechos que le otorga la ley, los cuales consisten en derecho a guardar silencio, a no ser obligado a declarar y a ser trasladado ante un juez dentro del plazo de 24 horas; el derecho a contar con un abogado de su confianza, y en caso de no tenerlo, el derecho a que el Estado le proporcione uno; el derecho a ser tratado como inocente mientras no se determine su culpabilidad; el derecho a permanecer separado de los adultos en el caso de ser privado de libertad; el derecho de ser tratado con dignidad, prohibiéndose la aplicación de castigos corporales, encierro en celda oscura o cualquier sanción que ponga en

<<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Ultimas/Expertos-analizan-Ley-de-Responsabilidad-Penal-Adolescente-a-seis-meses-de-su-entrada-en-vigencia>> [consulta: 21 de junio de 2012].

⁶⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Ley Penal Juvenil. [en línea] < <http://www.bcn.cl/guias/ley-penal-juvenil> > [consulta: 21 de junio de 2012].

riesgo su salud física y mental. Una vez establecida una sanción respecto del adolescente infractor de ley, tiene derecho a pedir el término o cambio de una pena privativa de libertad por una que pueda cumplir en libertad para favorecer su reinserción social.

La Ley N° 20.084 contempla tres tipos de sanciones: las privativas de libertad, las no privativas de libertad y las denominadas sanciones accesorias.

Son sanciones privativas de libertad la internación en régimen cerrado y semi-cerrado, las que incluyen la continuación de estudios, el aprendizaje de oficios, el manejo de tecnologías digitales, el tratamiento de adicciones y el fortalecimiento del vínculo con la familia.

Las sanciones no privativas de libertad contempladas por la Ley son las de libertad asistida y libertad asistida especial, la reparación del daño causado a la víctima, servicios en beneficio de la comunidad, multas y amonestaciones.

Las sanciones accesorias contemplan la rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol, y otras, como la prohibición de conducción de vehículos motorizados hasta cumplir los 20 años.

El Servicio Nacional de Menores es el responsable de materializar las penas que contempla la Ley N° 20.084 a través de sus centros, en el caso de las penas privativas de libertad, y a través de su red privada, en el caso de las medidas no privativas de libertad.

La Ley de responsabilidad penal adolescente consagra los principios de legalidad, reinserción social, interés superior del niño, proporcionalidad y diversidad de las sanciones, concentración del procedimiento⁶⁷, legalidad de las medidas cautelares personales, especialización, privación de libertad como medida de último recurso y control jurisdiccional de la ejecución.⁶⁸

1.4. Principales modificaciones a la Ley N° 20.084

A tan solo dos meses de su entrada en vigencia, la comisión de expertos evacuó un informe en que se diagnosticaban problemas de diseño en la nueva normativa impuesta por la Ley N° 20.084. La Presidenta Michelle Bachellet envió al Congreso un proyecto que introducía cambios a la ley respecto de la determinación de penas⁶⁹, en lo que respecta a la procedencia de la internación provisoria⁷⁰ (esta institución, será tratada en detalle más adelante, sin embargo, nos parece adecuado, señalar desde ya, que se trata de “aquella medida cautelar personal, excepcional y temporal que un Tribunal de la República con competencia en lo penal aplica a un adolescente infractor de ley, a quien se imputa una conducta que, de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años, constituiría un crimen. Esta medida consiste en la restricción de la libertad de un recinto cerrado y se aplica cuando otras medidas no son suficientes para

⁶⁷ El que pretende acortar la duración del proceso porque se afectan los derechos de sujetos que se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo.

⁶⁸ Control jurisdiccional de la ejecución: los jueces de garantía serán quienes velarán por su efectivo cumplimiento y por el respeto de los derechos del condenado durante la ejecución de la sanción.

⁶⁹ A objeto de distinguir entre la pena a imponer y la pena considerada en abstracto.

⁷⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de Ley N° 20.191, Pág. 5 [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20191/HL20191.pdf>> [consulta: 21 de junio de 2012].

asegurar el éxito de las diligencias de investigación, la seguridad de la sociedad, la protección del ofendido, la comparecencia a las actuaciones del procedimiento o la ejecución de la sentencia.”⁷¹), en cuanto al establecimiento de nuevos elementos en el caso de detención por flagrancia, que deben presentarse en el tiempo anterior al que el adolescente es puesto a disposición del tribunal y en cuarto y último lugar, en lo que se refiere a algunos aspectos de los centros semi-cerrados.⁷²

Sin perjuicio de la serie de rumores y peticiones de aplazamiento de la entrada en vigencia de la ley, el Parlamento realizó varios ajustes, incluyéndolos en la Ley 20.191, por medio de la cual se introdujo una serie de modificaciones:

Se modificó el orden de los artículos referidos a las penas⁷³, permitiendo de esta forma una clara distinción entre la pena a imponer y la pena considerada en abstracto.⁷⁴

Por otra parte, se modificó la procedencia de la internación provisoria, clarificando la pena que el juez debía considerar al momento de determinar su aplicación. Se estipuló que la medida de internación provisoria en un centro cerrado podría aplicarse cuando la pena en abstracto lo permitiese, y ello ocurriría cuando correspondiere al presidio mayor en su grado mínimo en adelante, correspondiendo a delitos como el de homicidio, robo con violencia, robo con intimidación y robo en lugar habitado.⁷⁵

⁷¹ GONZÁLEZ Reyes, J. Las medidas cautelares en el proceso penal chileno. [en línea] <<http://www.asuntoslegales.cl/publicaciones/op2687.pdf>> [consulta: 08 de marzo de 2013].

⁷² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de Ley N° 20.191. *Ibíd.*

⁷³ Artículos 6, 21, 22 y 23 del texto original.

⁷⁴ Esto es, la pena considerada en el Código Penal.

⁷⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de Ley N° 20.191. *Ibíd.*

Otra de las modificaciones que se introdujo tiene relación con la detención por flagrancia, extendiéndose el plazo original de detención de 12 ampliándolo a 24 horas, período dentro del cual el adolescente debe ser puesto a disposición del Tribunal por la policía. De la misma forma, se estipuló de manera obligatoria la presencia del abogado defensor del adolescente al momento de prestar declaración ante el Fiscal.

Otro de los aspectos modificados dice relación con el cumplimiento de las sanciones en centros semi-cerrados. Se facultó al Servicio Nacional de Menores para celebrar convenios con organismos colaboradores acreditados que podrían ofrecer tal servicio, ampliando de esta manera su cobertura.

Finalmente, se modificó el artículo 23 original, en el sentido de que si la sanción equivale a pena de crimen, se deberá aplicar a los jóvenes la pena de internación en régimen cerrado por los dos primeros años. Al tercer año, el juez podrá revisar la situación del adolescente y determinar el cambio a un régimen semi-cerrado u otro sistema de libertad vigilada especial.

CAPÍTULO II: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

Las medidas cautelares están presentes en todo el ámbito jurídico, lo cual se condice con su amplio tratamiento doctrinario. En el ámbito del derecho privado, las medidas cautelares reales tienen gran aplicación y amplio desarrollo en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, lo propio ocurre en el ámbito penal, en que las medidas cautelares de carácter personal son aplicadas a diario por los tribunales de la República. Por lo anterior es que hemos decidido mencionar los aspectos más importantes y generales, con especial énfasis en la finalidad de las medidas cautelares y en los aspectos comunes a todas ellas.

2.1. Concepto

La palabra “medida”, en la acepción aplicable a este caso, de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa disposición, prevención.⁷⁶ Prevención, a su vez, corresponde a la preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo.⁷⁷ Según el citado diccionario “medidas cautelares” son aquellas medidas que se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir en favor del actor la eficacia final de la sentencia.

⁷⁶ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. [en línea] <www.rae.es> [consulta: 12 de julio de 2012].

⁷⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Ibíd.

Las medidas cautelares, en el campo jurídico, son aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada de su derecho.⁷⁸

Para Couture son aquellas medidas dispuestas por el juez como la de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a declararse en el mismo.⁷⁹

Calamandrei, por su parte, las ha definido como la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva encaminada a prevenir el daño que se podría derivar del resultado de la misma.⁸⁰

Para el magistrado español José Manuel Maza Martín, son aquellas actuaciones jurisdiccionales llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de investigación o

⁷⁸CORTÉS, M. Medidas Cautelares. [en línea]

<<http://procesalcivilgeneral.blogspot.com/2010/05/medidas-cautelares.html>> [consulta: 12 de julio de 2012].

⁷⁹ GITTERMAN Montenegro, L. Medidas cautelares en el nuevo proceso penal. Tesis (Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Temuco, Chile. Universidad Católica de Temuco. Escuela de Derecho, 2003. Pág. 5.

⁸⁰ GITTERMAN Montenegro, Leila. Op. Cit. Pág. 6.

enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la resolución en que definitivamente recaiga.⁸¹

Aura Guerra de Villaláz, autora panameña, señala que son aquellos mecanismos o instrumentos de los que se vale el Estado para lograr el descubrimiento de la verdad material y la aplicación de la ley sustantiva en la dilucidación de los distintos conflictos sociales que se presentan ante los Tribunales de Justicia.⁸²

José Cafferata Nores, profesor argentino, estima que las reales y personales son medidas de coerción procesal correspondientes a toda restricción de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal, y tendientes a garantizar el logro de sus fines, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.⁸³

La ley chilena no contiene una definición de las medidas cautelares, se limita a tratar a las reales en el Código de Procedimiento Civil, en el libro II, Título V, artículos 290 a 302; y a las personales en el libro I, título V, artículos 122 al 156 del Código Procesal Penal.

La doctrina nacional también se ha encargado de definir las. Para Casarino son los resguardos legales destinados a evitar que el demandante vea burlados los derechos que puedan ser reconocidos por la sentencia⁸⁴. Para René Jorquera son aquellos actos

⁸¹ HERNÁNDEZ, C. Las medidas cautelares y las sanciones: ejecución en la justicia penal juvenil. [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/15196957/Las-Medidas-Cautelares-y-Las-Sanciones>> [consulta: 12 de julio de 2012]. Pág. 17.

⁸² HERNÁNDEZ, C. *Ibíd.*

⁸³ HERNÁNDEZ, C. *Ibíd.*

⁸⁴ CASARINO, M. *Manual de Derecho Procesal*. 4º ed., Editorial Jurídica de Chile, 1983.

procesales que tienen por objeto asegurar los resultados de la acción deducida, o que se van a deducir si la medida precautoria se solicita como prejudicial.⁸⁵

En general, podemos señalar que son medidas cautelares el conjunto de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte.⁸⁶

Del análisis del conjunto de definiciones señaladas podemos advertir, en una primera aproximación, que en el ámbito jurídico existe dos clases de medidas cautelares: por una parte las medidas cautelares reales, y por otra las personales. Las medidas cautelares reales afectan la libertad de disposición sobre el patrimonio, mientras que las medidas cautelares personales afectan la libertad del procesado.⁸⁷

Como hemos venido señalando, las medidas cautelares personales en el ámbito penal, han sido concebidas por lo general, como herramientas que coadyuvan a impedir, en parte, la posibilidad de que el sujeto pasivo, durante la prosecución del proceso, pueda actuar en pos de dificultar o, peor aun, de impedir, la debida ejecución de la sentencia. En este contexto, es que las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que

⁸⁵ JORQUERA, R. Síntesis de Derecho Procesal Civil. 1º ed., Ediciones Jurídicas La Ley, 1997.

⁸⁶ GÓMEZ Orbaneja, en Peláez Sanz, F y Otro. Las medidas cautelares en el proceso penal. [en línea] <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/199904-eaj36_07.html> [consulta: 21 de septiembre de 2012].

⁸⁷ HERNÁNDEZ, C. *Ibíd.*

acoja la pretensión. En términos análogos, las medidas cautelares personales están llamadas a asegurar la persona del imputado en el curso del procedimiento.⁸⁸

Por su parte, las medidas cautelares de carácter real, están contempladas en el Código de Procedimiento Civil, y es en esta área del Derecho en que se ha realizado un estudio pormenorizado de las mismas. Sin embargo, habida cuenta, de que el artículo 157 del Código Procesal Penal dispone que durante la etapa de investigación, el Ministerio Público o la víctima, podrán solicitar por escrito al Juez de Garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el título V del libro II del Código de Procedimiento Civil, es que nos referiremos a ellas, cuando sea pertinente, acotando el análisis a su aplicación en el proceso penal, haciendo referencia, cuando sea pertinente, a otros textos, en que se ha tratado el tema con mayor exhaustividad.

2.2 Objetivo y fundamentos de las medidas cautelares

El proceso penal, no se desarrolla de manera inmediata, sino que supone una serie consecutiva de actos y diligencias desarrollados a través del tiempo, lo que se traduce en que la sentencia sea dictada en un periodo que puede distar mucho del instante en que se inicia el procedimiento. Esta realidad, puede llegar a configurar un perjuicio importante para las partes, y constituir un impedimento para cumplir con los fines

⁸⁸ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Orientaciones técnicas. Medida cautelar personal de sujeción a vigilancia. [en línea] <<http://www.liberar.cl/web/images/stories/pdf/Sistema-Socioeducativo/8-ot-cautelares-amb-resex-0142b.pdf>> [consulta: 21 de septiembre 2012]. Pág. 4.

propios del sistema, por ejemplo en el caso, de que el imputado se de a la fuga, impidiendo hacer efectiva la condena, a la que eventualmente, podría ser condenado.⁸⁹

En este marco, la necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.). Por ello, la ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz.⁹⁰

2.3 Requisitos generales de procedencia

Son requisitos generales de procedencia de las medidas cautelares el *Fumus boni iuris* y el *Periculum in mora*. Ambos elementos se encuentran recogidos en la legislación procesal civil, para las medidas cautelares reales, sin embargo, estos principios aparecen contenidos y reiterados en todas las medidas cautelares, incluidas las de carácter personal, por lo que son mencionados en este momento.

⁸⁹ CAROCCA Pérez, A. El Nuevo Sistema Procesal Penal. 1º editorial Santiago, Editorial La Ley, 2003. Pág. 151.

⁹⁰ PELAEZ Sanz, F. y Bernal Neto, J. Las medidas cautelares en el proceso penal. [en línea] <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/199904-eaj36_07.html> [consulta: 17 de agosto 2011].

El artículo 298 del Código de Procedimiento Civil contiene el primero de estos elementos que se traduce como “humo de buen Derecho” al disponer que para decretar estas medidas, el demandante debe acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Para solicitar una medida cautelar (real) se debe invocar la existencia de un derecho material y que se justifique prima facie su existencia, se exige tener la apariencia o verosimilitud de un derecho, no se exige certeza, basta con que la pretensión sea verosímil.

En cuanto al *Periculum in mora* o peligro en la demora, este ha sido definido como el posible daño jurídico y económico que puede derivarse del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva.⁹¹ No basta el simple temor, sino que debe ser consecuencia de ciertos hechos fácticos que constituyan un interés jurídico que permitan su viabilidad.

La procedencia de las medidas cautelares en el régimen penal establecido para los adultos, tiene el carácter de excepcional, esto es, que el fiscal deberá demostrar, cuando sea pertinente, que es estrictamente necesario hacer efectiva una medida cautelar en particular, dependiendo del caso. En este sentido, el artículo 122 del Código Procesal Penal, en su inciso primero, señala que las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación. A mayor abundamiento, en el inciso segundo de la antedicha disposición, se señala expresamente que estas sólo pueden decretarse, mediando resolución judicial fundada.

⁹¹ HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Op. Cit., Pág. 355

Esta excepcionalidad significa que su adopción no es una necesidad ineludible del proceso, sino que, por el contrario, ellas sólo proceden cuando resulta estrictamente necesario para asegurar la ejecución de la sentencia.⁹²

De conformidad con lo anterior, para que sea procedente la aplicación de cualquier medida cautelar, se requiere la existencia de la apariencia de buen derecho y peligro en el retardo, teniendo en cuenta que en el proceso penal estos elementos encuentran su equivalente en la adopción de las penas, es decir de medidas que afecten o restringen algunos de los derechos personales más importantes del imputado, tales como su libertad individual o la libre disposición de sus bienes.⁹³ Así las cosas, el *fumus boni iuris* aparecerá asociado al juicio de probabilidad en torno a la existencia del delito y al grado de participación que en él corresponda al imputado; el *periculum in mora* tendrá que ver con el peligro de que el cumplimiento de los fines del procedimiento pudiera hacerse ilusorio de no adoptarse una medida de aseguramiento⁹⁴. Aquí encontramos una clara diferencia con respecto al proceso civil, ya que en el ámbito penal no puede imponerse pena alguna sin una sentencia definitiva previa. De allí que este presupuesto se conforma por la amenaza de que durante el transcurso del proceso el imputado intente su fuga o intente destruir algún material que pueda usarse como prueba de cargo en el juicio oral. Son situaciones que de una u otra forma pueden impedir o dificultar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte. En el primer caso, porque si el imputado no es habido será declarado rebelde con el consiguiente sobreseimiento de la causa; y en el segundo, porque se puede dificultar de manera importante la prueba del hecho delictivo y la participación del imputado y de sus eventuales cómplices.⁹⁵

⁹² HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Derecho Procesal Penal Chileno. 1° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Pág. 344.

⁹³ CAROCCA Pérez, A. Op. Cit., Pág. 156.

⁹⁴ HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Op. Cit., Pág. 355.

⁹⁵ MARIN González, J. Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia, Pág. 15.

Es en este contexto que el establecimiento por ley de los supuestos de hecho que se considerarán suficientes para satisfacer ambos requisitos de los que hemos venido hablando, humo de buen derecho y peligro en la demora, y la constatación en el caso concreto del efectivo cumplimiento de esos supuestos constituyen una garantía de la máxima importancia para el imputado.⁹⁶

Al respecto, cabe señalar que en el antiguo procedimiento penal, la regla general consistía en decretar la prisión preventiva, haciendo esta medida las veces de condena anticipada; tal estado de cosas cambió con la entrada en vigencia del nuevo proceso, donde se amplió el espectro de las medidas cautelares aplicables, dejando esta medida en último lugar, confiriéndole el carácter de residual.

2.4. Características

El tratamiento de las medidas cautelares por parte de la doctrina ha sido diverso y muy amplio, razón por la cual, mencionaremos las características más importantes y que alcanzan mayor consenso entre los autores.

a. De aplicación general⁹⁷. Si bien las medidas cautelares en nuestra legislación se encuentran reglamentadas principalmente en el libro II del Código de Procedimiento

⁹⁶ HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Op. Cit., Pág. 344.

⁹⁷ GITTERMAN Montenegro, L. Op. Cit. Pág. 6.

Civil, referente al juicio ordinario, conforme a lo señalado en el artículo tercero del citado cuerpo legal⁹⁸, son aplicables a todo procedimiento.

b. Instrumentalidad. En sí mismas carecen de fin pues tienden a asegurar la finalidad de la sentencia definitiva⁹⁹. Las medidas cautelares son instrumentos para obtener un fin, no pueden ser consideradas como un fin en sí mismas, siempre han de concebirse y entenderse dirigidas en relación con el proceso cuya efectividad se pretende asegurar.¹⁰⁰

c. Judicialidad. Esta característica se deriva de la anterior, puesto que estando al servicio de una providencia principal, necesariamente están referidas a un juicio, se conectan con el proceso y al momento de terminar éste, también terminan ellas.¹⁰¹

d. Variabilidad. Las medidas cautelares aun estando ejecutoriadas pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el que fueron dictaminadas. De manera que modificados los presupuestos que le dieron origen, pueden ser modificadas o revocadas, solo deben mantenerse en la medida que subsistan los presupuestos que han justificado su dictación. Siempre están llamadas a desaparecer, ya sea antes del término del juicio por decisión del juez o de modo ineludible con la sentencia que pone término al procedimiento, la que en caso de ser

⁹⁸ El artículo tercero del Código de Procedimiento Civil dispone: “Se aplicará el procedimiento ordinario e todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza”.

⁹⁹ GITTERMAN Montenegro, L. *Ibíd.*

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ, C. *Op. Cit.* Pág. 20.

¹⁰¹ MORALES Galito, E. *Medidas cautelares*. [en línea] <<http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>> [consulta: 21 de septiembre de 2012].

absolutoria, extingue la medida, y si es condenatoria hace que el tiempo de la medida cautelar pase a ser propio de la ejecución¹⁰².

e. Limitadas. Se limitan a lo necesario para asegurar los resultados del juicio, no deben ser exageradas ni insuficientes. Así, en el caso de las medidas cautelares reales, por ejemplo, no podrán recaer sobre bienes que excedan el monto de lo reclamado, y en el caso de las medidas personales, por ejemplo, no procederá una medida cautelar que afecte la libertad individual si la condena que se arriesga no lo afectaría¹⁰³.

f. Esencialmente provisionales. Característica que es consecuencia lógica del fin instrumental de las medidas cautelares, pues no pueden llegar a ser definitivas, se mantienen vigentes hasta que el derecho que se pretende asegurar se haga efectivo o se declare improcedente, de modo que frente a decisiones absolutorias la medida desaparece, y frente a sentencias condenatorias se transforma en la medida que su contenido puede pasar a formar parte de la propia ejecución. La duración de la medida cautelar es siempre limitada, nacen para extinguirse.¹⁰⁴

g. Urgencia. Ligada a su objetivo de asegurar el resultado del juicio, se dictan debido a la necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga a favor de una situación de hecho presente que podría afectar la efectividad de la sentencia cuando sea dictaminada¹⁰⁵.

¹⁰² HERNÁNDEZ, C. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁰³ GITTERMAN Montenegro, L. Op. Cit. Pág. 6.

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ, C. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁰⁵ CORTÉS, M. Ibíd.

h. De derecho estricto. Por lo general, las medidas cautelares son de interpretación restringida, ello derivado de su carácter restrictivo de los derechos de una de las partes, en cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma, y según su especie, algunas de las garantías personales consagradas en la Constitución, teniendo como base única las conjeturas basadas en presunciones por parte del juez¹⁰⁶.

i. Excepcionalidad. La adopción de medidas cautelares debe ser siempre de carácter excepcional, especialmente cuando implica la limitación o privación de libertad, casos en que sólo son aplicables cuando resultan imprescindibles y no pudieren ser sustituidas por una más leve. La interpretación de las normas que las rigen debe ser siempre restrictiva. En los casos en que se admita su aplicación se entenderán como simple garantía para la correcta y eficaz celebración del juicio, a fin de llegar a su término y poder asegurar su resultado¹⁰⁷.

2.5 Clasificaciones

Las medidas cautelares, tienden a ser clasificadas, primeramente, y según sea su finalidad, en civiles y penales. Las primeras, son aquellas que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido civil, esto es, la reparación patrimonial.¹⁰⁸ Las penales, en tanto, son las que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido penal, esto es, la imposición de la pena.¹⁰⁹

¹⁰⁶ MORALES Galito, E. *Ibíd.*

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ, C. *Ibíd.*

¹⁰⁸ HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. *Op. Cit.* Pág. 343.

¹⁰⁹ HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. *Ibíd.*

Según su objeto, es posible distinguir entre las medidas cautelares personales y reales, siendo las primeras, aquellas que limitan el derecho a la libertad personal, y las segundas, las que limitan la libre disposición de los bienes.

Nuestro Código Procesal Penal, en el Título V de su Libro I, se encarga de consagrar las medidas cautelares personales, siendo posible clasificarlas en el grupo de las tradicionales, donde se encuentran contempladas la citación (Artículos 123 y siguientes), la detención (Art. 125 y siguientes) y la prisión preventiva (Artículos 139 y siguientes), y otras medidas cautelares contempladas en el Artículo 155 del cuerpo legal en comento.

2.6 Principios que las inspiran

Según Sabás Chahuán, en el proceso penal estas medidas sólo pueden ser impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo pueden durar mientras subsista la necesidad de su aplicación. Asimismo, sólo pueden decretarse por medio de resolución judicial fundada.

Con respecto a lo anterior, el actual sistema de medidas cautelares en Chile, está sustentado sobre un régimen de excepcionalidad y subordinadas a los objetivos del procedimiento.¹¹⁰

Todas estas medidas, se encuentran supeditadas al principio de **legalidad cautelar** contenido en el Artículo 5 del Código de Procedimiento Penal, el cual previene que no se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

Más adelante, en su inciso segundo, el mismo Artículo 5 indica que las disposiciones de este código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía. Dicho principio de legalidad se encuentra en concordancia con diversas disposiciones contenidas en tratados internacionales (Artículo 9.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como también es consagrado por nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 N° 7 letra b.

A la legalidad ya mencionada, se debe agregar el principio de **jurisdiccionalidad**, el cual supone que las medidas cautelares personales solo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente.¹¹¹ Tal principio, se ve un tanto disminuido al tenor de lo establecido en el artículo 19 N° 7 letra C de la Constitución Política de la República, el cual señala que nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley.

¹¹⁰ CHAHUAN Sarrás, S. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. 6° ed. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009, Pág. 106.

¹¹¹ HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Op. Cit., Pág. 350.

Por otro lado, encontramos los principios de **excepcionalidad** e **instrumentalidad**, según el primero, las medidas cautelares tienen un carácter eventual: deben decretarse sólo cuando resulten indispensables.¹¹² El principio de instrumentalidad, por su parte, implica que las medidas cautelares no constituyen un fin por sí mismo, sino que son instrumentales: están orientadas a la consecución de fines de carácter procesal.¹¹³ De esta forma, el carácter instrumental de las medidas cautelares lleva necesariamente a que se extingan cuando se pronuncia la providencia principal y esta desarrolle su eficacia ejecutiva. Si la sentencia ha reconocido el derecho reclamado por el demandante la medida cautelar habrá cumplido su propósito y entrará a producir pleno efecto el carácter ejecutivo de la resolución. Por el contrario, si la demanda es desestimada la medida perderá toda su eficacia y desaparecerá del orden judicial.¹¹⁴

El hecho de que las medidas cautelares sólo subsistan mientras se encuentre pendiente el proceso en el cual se encuentran subsumidas, obedece al carácter **provisional** de éstas, principio íntimamente ligado a los dos anteriores. Es así como las providencias cautelares están a la espera de que se dicte la providencia definitiva, o providencia principal en el lenguaje de Calamandrei, y una vez que esta ha alcanzado firmeza la finalidad de aquella se habrá logrado y, por lo tanto, necesariamente cesará en sus efectos. Lo anterior es precisamente lo que define esta característica, esto es, que las medidas cautelares no tienen vocación de perdurar indefinidamente en el tiempo, sino que son provisionales en su naturaleza y no aspiran jamás a convertirse en definitivas.¹¹⁵

¹¹² HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Op. Cit., Pág. 352.

¹¹³ HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Ibíd.

¹¹⁴ MARIN González, J. Op. Cit., Pág. 13.

¹¹⁵ MARIN González, J. Op. Cit., Pág. 12.

CAPÍTULO III: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL CHILENO

Ya hemos señalado que las medidas cautelares son de aplicación general a todos los procedimientos judiciales. Al clasificarlas, señalamos que existen medidas cautelares civiles y penales. Dejaremos las primeras fuera de nuestro análisis para centrarnos en las medidas cautelares en el proceso penal chileno. Nos referiremos a los aspectos generales considerando que la regulación penal general se aplica en subsidio a la regulación penal adolescente en particular.

Más adelante, centraremos nuestro análisis en las medidas cautelares en la ley de responsabilidad adolescente, para luego realizar las observaciones pertinentes sobre su relación con sus pares en el régimen adulto.

Para comenzar, nos referiremos al tratamiento legislativo en el antiguo proceso penal. Luego, señalaremos los aspectos más importantes de las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal, y a continuación, nos referiremos a las medidas cautelares reales en el mismo.

3.1. Antiguo Proceso Penal¹¹⁶.

Hasta antes de la reforma procesal penal implementada de forma gradual en Chile en durante los años 2000 a 2005, regía en nuestro país un sistema penal inquisitivo, caracterizado por reunir en la persona del Juez del Crimen las funciones de investigar,

¹¹⁶ GITTERMAN Montenegro, L. Medidas cautelares en el nuevo proceso penal. Tesis (Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Temuco, Chile. Universidad Católica de Temuco. Escuela de Derecho, 2003. 8 h.

acusar y fallar, los que atentaba contra la imparcialidad, presupuesto básico del debido proceso consagrado en nuestra Constitución.

En el caso de las medidas cautelares, éstas no eran discutidas de manera particular y generalmente carecían de fundamento específico puesto que eran incluidas en el auto de procesamiento como consecuencia casi automática del mismo. Concluida la etapa investigativa, el Juez del Crimen estaba facultado para someter a proceso a los sujetos involucrados basándose en meras presunciones acerca de su participación en el delito. Es por este tipo de anomalías que la etapa investigativa constituía en definitiva la etapa central del proceso, en que el Juez alcanzaba un nivel de convicción muy difícil de cambiar en el transcurso del proceso.

Las medidas cautelares de prisión preventiva, arraigo de pleno derecho, la libertad provisional o las anotaciones prontuariales, terminaban siendo una consecuencia automática del auto de procesamiento en que se determinaba el sometimiento a proceso, aunque se probare finalmente la inocencia del acusado. Todo esto agravado por la circunstancia de que en el antiguo proceso penal no se contemplaba medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

La prisión preventiva constituía la regla general debido a las numerosas causas legales que autorizaban su procedencia, así como la amplia interpretación jurisprudencial de que era objeto. De esta forma, lejos de cumplir con el fin de las medidas cautelares, esto es, asegurar el resultado del juicio, terminaba constituyendo una suerte de pena anticipada para el sujeto con fundamentos absolutamente contrarios a los principios consagrados en la Carta Magna.

3.2. Medidas cautelares en el actual proceso penal¹¹⁷

El Código Procesal Penal¹¹⁸, en los títulos V y VI de su Libro I, respectivamente, trata las medidas cautelares personales y las medidas cautelares reales, recogiendo, de esta forma, la distinción realizada por la doctrina comparada que hemos visto con anterioridad.

En términos generales, el actual Código Procesal penal contempla como medidas cautelares personales a aquellas que puede adoptar el Juez de Garantía, previa solicitud de parte, por medio de las cuales puede restringir, en distinta intensidad, la libertad ambulatoria de quien tiene la calidad de imputado en el proceso. Por su parte, al tratar las medidas cautelares reales, realiza una remisión general al Código de Procedimiento Civil, en su título referido a las medidas precautorias, contempladas en el título V del libro II, y a la regulación de las medidas pre-judiciales, contenida en el título IV, del mismo libro y cuerpo legal.

Ya hemos visto como la doctrina aunó una serie de figuras que presentaban elementos comunes en la noción de Medidas Cautelares, otorgándoles paulatinamente un tratamiento conjunto, destacando características, elementos y principios comunes entre ellas. Con posterioridad, los autores adaptaron la teoría civil al procedimiento penal, estudiando de manera conjunta todas aquellas medidas que limitaban de alguna

¹¹⁷ MARIN GONZALEZ, J. Las medidas cautelares personales en el nuevo código procesal penal chileno [en línea]
<[http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej1/archivos/Medidas_Cautelares_personales%20\(5\).pdf](http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej1/archivos/Medidas_Cautelares_personales%20(5).pdf)>
[consulta: 9 de agosto de 2012].

manera la libertad del imputado en el proceso penal, tales como, la prisión preventiva y el arraigo. Con relación a esto, debemos señalar que si bien hay grandes similitudes entre las medidas cautelares civiles y las penales, también se presentan importantes diferencias entre ellas que nacen de la distinta naturaleza, principios e intereses, de ambas ramas del Derecho, y que debemos tener en cuenta al momento de estudiarlas, realizando las adaptaciones necesarias.

3.2.1 Medidas cautelares personales en el proceso penal

Esta materia se encuentra regulada en el Código Procesal Penal, en su libro I, Título V, bajo la denominación genérica de medidas cautelares personales. Dicho título, aborda los principios generales que las rigen, y luego, de manera específica las enumera y regula. Algunos autores, han advertido, que en estricto rigor, es discutible que todas las medidas tratadas en este título, coincidan con los criterios y presupuestos que la doctrina considera al momento de determinar lo que se comprende como una medida cautelar. Más allá de esta cuestión doctrinal, lo importante es que el legislador nacional se ha encargado de regular la materia, intentando generar todo un sistema en torno a la procedencia de estas medidas, establece un orden de prelación en cuanto a su aplicación, señala los fines y alcances de estas, y se encarga de resaltar la necesidad de revisar de manera continua los presupuestos que se tuvo presentes al momento de su dictación.

3.2.1.1. Principios

En cuanto a los principios que rigen la aplicación de las medidas cautelares, debemos considerar en primer lugar, aquellos que se establecieron como generales en la nueva regulación procesal penal, los denominados “Principios básicos”, contenidos en el título I del primer libro del Código Procesal Penal. La presunción de inocencia, el principio de legalidad y el principio de autorización judicial previa ante toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o la restricción o perturbación de los mismos, son los principios que debemos considerar en este primer grupo.

La presunción de inocencia, se encuentra recogida en el artículo cuarto del Código Procesal Penal, bajo la denominación de “presunción de no culpabilidad”, consagrando que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme. De esta forma, Chile adaptó su legislación a los tratados internacionales y la doctrina y derecho moderno, en cuanto a establecer la necesidad de probar la culpabilidad, y no la inocencia, del imputado, a través del proceso penal. Es sabido que en Chile, tras una larga historia de Derecho procesal Inquisitivo, este principio y su consagración, tienen vital importancia en el profundo cambio que se intenta introducir en los cimientos mismos de la concepción del proceso penal y del imputado. Es por lo mismo, que todos los organismos ligados al proceso penal, esto es, las policías, los funcionarios de Gendarmería y demás involucrados en el proceso, se encuentran fuertemente influidos por el peso de la tradición, que históricamente recogió el principio contrario, por lo que nos encontramos en la práctica, con un tratamiento de los imputados que se aleja de una aplicación fáctica del principio del que venimos hablando. Esperamos que con los años, el principio recogido con acierto en el artículo cuarto, también sea recogido en la práctica por todos los intervinientes del proceso penal.

“No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona sino en la forma y en los casos señalados por la Constitución y las leyes”, dispone el Artículo 5, inciso primero del Código Procesal Penal, consagrando de esta forma el principio de legalidad para las medidas privativas o restrictivas de libertad. A mayor abundamiento, el inciso segundo del mismo artículo, refuerza esta idea al establecer el modo en que deben interpretarse las medidas privativas o restrictivas de libertad, al disponer: “las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de algunas facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

En tercer, y último lugar, de este primer grupo de principios generales, el artículo noveno de Código Procesal Penal advierte que “toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o la restringiere o perturbare, requerirá de autorización previa. En consecuencia, cuando una diligencia de la investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.” Este mismo principio, lo analizaremos en detalle más adelante, al revisar el inciso segundo del artículo 122, que lo recoge de manera específica.

El segundo grupo de principios, viene dado por los recogidos de manera particular en el título dedicado a las medidas cautelares. Como adelantamos, el legislador estableció un principio general a este respecto, el que encabeza el título que rige la materia. El artículo 122 del Código Procesal Penal señala: “Finalidad y alcance. Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación. Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada.” Vemos de esta manera,

que en este artículo se recogen dos principios generales: en primer término, vemos consagrado el principio de necesidad, en cuanto se señala que sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar los fines del procedimiento y que sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación; y en segundo lugar, el principio de juridicidad, de acuerdo con el cual, siempre deberán ser decretadas por resolución fundada.

El principio de necesidad es guía obligatoria para el juez al momento de decidir la aplicación de una medida cautelar, éste le indica que sólo puede decretarlas cuando ello fuere absolutamente indispensable para el cumplimiento de los fines del procedimiento, de manera que bajo ninguna otra consideración puede dictarse una de estas medidas. Asimismo, el Juez debe tomar en cuenta este principio al momento de determinar la duración de estas medidas, pues el artículo 122 es claro en señalar que sólo deben mantenerse mientras subsista la necesidad de su aplicación, debiendo cesar tan pronto como desaparezca la situación que se tuvo en vista al momento de concederla.

En segundo lugar, el artículo 122 contempla de manera particular el principio de juridicidad, aplicación concreta y específica del principio básico contenido en el artículo 9, ya mencionado. De conformidad con este principio, la aplicación de las medidas cautelares personales requiere siempre de una resolución judicial, la cuál debe siempre ser fundada, lo que implica que siempre el juez debe explicar las razones que justifican la aplicación de la medida. Ningún Tribunal puede decretar una medida cautelar personal sin justificar plenamente la procedencia de la misma, con arreglo a derecho. De la misma manera, y por aplicación extensiva del mismo principio, ningún órgano no jurisdiccional, como por ejemplo el Ministerio Público, puede adoptar una de estas medidas, se requiere siempre la intervención judicial para ello, asegurando, por esta vía, el resguardo de los derechos fundamentales que son afectados por dichas medidas.

Concluido el análisis de los principios que enmarcan la aplicación de las medidas cautelares personales, analizaremos las medidas específicas que trata el título V del libro primero del Código Procesal Penal.

3.2.1.2. Medidas específicas

El título V del libro Primero del Código Procesal Penal, del que hemos venido hablando, en sus artículos 122 y siguientes, se encarga de tratar de manera detallada las siguientes medidas cautelares: la citación, la detención, la prisión preventiva y las que denomina “otras medidas cautelares”, con lo que se refiere de manera genérica a otras siete distintas. A continuación veremos el tratamiento que da el legislador a cada una de ellas.

3.2.1.2.1. La citación

La citación es tratada de manera particular, como medida cautelar, en los artículos 123 y 124 del Código Procesal Penal, los que, a su vez, hacen referencia al Artículo 33 del mismo cuerpo normativo.

El artículo 123 dispone: “Oportunidad de la citación judicial. Cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, éste dispondrá su citación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33”.

Por su parte, el artículo 33 señala: “Citaciones judiciales. Cuando fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia. Se hará saber a los citados el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Al mismo tiempo se les advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible. El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, podrán ser arrestados hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales. Si quien no concurriere injustificadamente fuere el defensor o el fiscal, se le aplicará lo dispuesto en el artículo 287.”

Finalmente, el artículo 124 advierte: “Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación. Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33.”

La citación tal y como la recoge y regula el Código Procesal Penal, no cumple con los requisitos propios de las medidas cautelares según la doctrina. En primer lugar, no cumple con la característica de la provisionalidad, en el sentido de que se mantienen vigentes hasta que el derecho que se pretende asegurar se haga efectivo o se declare improcedente, según hemos visto, la citación, por su parte, se agota en si misma, una vez ordenada, finaliza una vez que el individuo comparece ante el tribunal. En segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, no es instrumental, pues tiene un fin propio, la comparecencia ante el Tribunal. Finalmente, resta carácter cautelar a la citación, el hecho de que puede aplicarse a terceros, a testigos y a peritos, lo cual es ajeno a los fines de las medidas cautelares como hemos visto.

Sin perjuicio de lo mencionado, debemos señalar que desde una perspectiva positiva, la citación, es una medida cautelar a la pueden recurrir los Jueces, pues así lo señala el Código Procesal Penal.

El ya mencionado artículo 12 excluye tanto a la prisión preventiva, como a cualquier otra medida cautelar de carácter personal, distinta de la citación, para el caso de las faltas y de los delitos que no conllevan una sanción privativa o restrictiva de libertad. Sin embargo, cuando el imputado que ha sido citado de conformidad con lo anterior, no comparece a la citación judicial, el tribunal se encuentra facultado legalmente para ordenar el arresto, la detención o la prisión preventiva.

3.2.1.2.2. La detención

La detención, puede ser definida como “la privación de libertad de un sujeto por un tiempo breve y determinado con la finalidad de ponerlo a disposición del juez de garantía”¹¹⁹.

El Código Procesal Penal se limita a describir tres tipos de ella, a saber, la detención judicial, la detención decretada por cualquier tribunal, y la detención por flagrancia.

El primer tipo, es decir, la detención judicial, es la que emana del juez, y se encuentra establecida en el artículo 127 Código Procesal Penal, donde se expresa que “salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada”.

En segundo lugar, la detención decretada por cualquier tribunal, encuentra su consagración en el artículo 128, donde se señala que “todo tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, podrá dictar órdenes de detención contra las personas que, dentro de la sala de su despacho, cometieren algún crimen o simple delito, conformándose a las disposiciones de este Título”.

¹¹⁹ MARIN González, J. Op. Cit. Pág. 23.

En tercer término, la detención por flagrancia, se encuentra señalada en el Artículo 129 y siguientes del mencionado cuerpo de leyes, donde se establece claramente que “cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima”. También puede ser llevada a efecto por la policía, puesto que la citada disposición, en su inciso segundo, previene que “los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito” como así también “al sentenciado a penas privativas de libertad que ha quebrantado su condena, al que se fugue estando detenido, al que tenga orden de detención pendiente, a quien sea sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hayan aplicado y al que viole la condición del artículo 238, letra b), que le haya sido impuesta para la protección de otras personas”.

En dichos casos, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encuentre en actual persecución del individuo a quien deba detener, para el sólo efecto de practicar la respectiva detención. Ello conforme a la modificación introducida al Artículo 129 por la ley N° 20.074.”¹²⁰

En el caso de comisión de delitos sexuales, la ley es clara en establecer en el artículo 129, inciso tercero del Código Procesal Penal que “no obstará a la detención la circunstancia de que la persecución penal requiriere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quater del Código Penal”.

Ahora bien, también es necesario entender qué es lo que se entiende por situación de flagrancia, encontrándose esto establecido en el artículo 130, donde se señala que “se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

¹²⁰CHAHUAN Sarrás, S. Op. Cit., Pág. 210.

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b) El que acabare de cometerlo;
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con señales, en sí mismos o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.”

En cuanto a los plazos de detención, se debe distinguir entre si la detención se llevó a cabo con o sin orden judicial.

En caso de que tal detención fuere en pos del cumplimiento de una orden judicial, “los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden.

Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un periodo que en caso alguno excederá las veinticuatro horas”, todo ello dispuesto en el artículo 131, inciso primero, del Código Procesal Penal.

Cuando la detención se practique en situación de flagrancia, el segundo inciso del artículo 131 del Código Procesal Penal señala que “el agente policial que la hubiere

realizado o el encargado del recinto de detención deberá informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas”. La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en su artículo 31, contempla que en la eventualidad de darse esta situación, el menor deberá ser puesto a disposición del juez de garantía, de preferencia, de manera inmediata, no pudiendo en caso alguno exceder las 24 horas.

Pasado como máximo un plazo de veinticuatro horas desde que se hizo efectiva la detención, el fiscal puede dejarla sin efecto o expedir la orden para que el detenido sea llevado ante la presencia de un juez. Si no existe pronunciamiento alguno por parte del fiscal, la policía se encuentra en la obligación de llevar al detenido ante la magistratura en el plazo ya señalado.

En relación con lo anterior, el artículo 132 del Código Procesal Penal en su primer inciso, señala que “a la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de estos dará lugar a la liberación del detenido.”

3.2.1.2.3. La prisión preventiva.

Esta medida cautelar en particular, por el hecho de comprometer en su máxima expresión el derecho a la libertad personal, tiene lugar sólo en el supuesto de ser las demás medidas insuficientes e inoperantes. Esta situación se ve ratificada al tenor de lo dispuesto en el artículo 139 del Código Procesal Penal, el cual es claro al señalar en su inciso 2° que “La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas

cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”.

Antaño, dicha medida era una consecuencia del auto de procesamiento, mientras que en nuestra actual legislación, obviamente la medida no puede ser consecuencia de la dictación de la resolución recién referida, desde que ella desaparece. Sin embargo, además, el nuevo procedimiento penal dispone límites a la utilización de la prisión preventiva, destinados a mantener un criterio de proporcionalidad en relación con la pena posible (criterio que, en todo caso, era mucho más patente en la redacción original del código y que ha ido perdiendo fuerza en las sucesivas modificaciones. En orden a ello, se amplían las situaciones en que la prisión preventiva debe ser excluida como medida cautelar, situación que, como adelantamos, resultaba más categórica previo a la modificación legal. Así, el texto vigente con anterioridad a la ley N° 20.074 señalaba como uno de los casos de improcedencia de la prisión preventiva aquellos en que se pudiera esperar la aplicación de alguna de las medidas alternativas contempladas en la legislación (ley N° 18.216), al momento de la sentencia. En efecto, se señalaba que si el legislador había previsto la posibilidad que un condenado cumpliera su condena en un régimen de libertad asistida, con el objeto de favorecer la resocialización, representaría un contrasentido el que aun antes de emitirse tal condena, es decir, cuando el imputado debe ser presumido inocente, permaneciera privado de libertad¹²¹.

En cuanto a los requisitos de procedencia de la Prisión preventiva, el artículo 140 del Código Procesal Penal, nos indica los requisitos para ordenar la prisión preventiva, que son:

a) Que existan antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;

¹²¹ CHAHUAN Sarrás, S. Op. Cit., Pág. 221 y SS.

b) Que existan antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

c) Que existan antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Asimismo, el artículo 141 nos señala en qué casos es improcedente ordenar la prisión preventiva, a saber:

a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos;

b) Cuando se tratare de delitos de acción privada;

c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6°, podrá solicitarlas anticipadamente, de conformidad a las disposiciones de este párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad.

Podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva en los eventos previstos en el inciso anterior, cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el Párrafo 6° de este Título o cuando el Tribunal considere que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado de conformidad a los artículos 33 y 123. Se decretará también

la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante.

3.2.1.2.4. Otras medidas cautelares

El Código Procesal Penal, en su artículo 155, contiene siete medidas cautelares menos gravosas que las ya mencionadas, siendo estas:

a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquella se encontrare fuera de ciudad asiento del tribunal;

b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informaran periódicamente al juez;

c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;

d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;

e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;

f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y

g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

En cuanto a las características de estas medidas cautelares, podemos nombrar las que siguen:

-El fin de ellas es garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o a la ejecución de la sentencia;

-No pueden aplicarse en aquellos casos en que solo es procedente la citación;

-Sólo proceden una vez formalizada la investigación;

-Deben ser decretadas en audiencia por el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o de la víctima;

-Son acumulables, es decir puede aplicarse una o más de ellas;

-Se rigen, en cuanto a su procedencia, duración, impugnación y ejecución por las normas ya vistas, aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en los artículos 155 y 156 del Código Procesal Penal;

-Pueden suspenderse, y admitirse en tal evento las cauciones del artículo 146 del Código Procesal Penal, a petición del afectado, oyendo al fiscal y con citación de los intervinientes que hayan participado en la audiencia en que se decretaron, cuando el tribunal estime que ello no pone en peligro los objetivos que se tuvieron en vista al imponerlas.¹²²

3.2.2. Medidas cautelares reales en el actual proceso penal.

La procedencia de estas cautelares se encuentra establecida en el artículo 157 del Código Procesal Penal, donde se indica que “durante la etapa de investigación, el

¹²²CHAHUAN Sarrás, S. Op. Cit., Pág. 229 y ss.

Ministerio público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.” En este caso, la tramitación se rige por las normas sobre las medidas prejudiciales del mismo Código.

Las resoluciones que nieguen o den lugar a este tipo de medidas serán susceptibles del recurso de apelación.

CAPÍTULO IV: MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

4.1 Generalidades

Habiendo revisado los aspectos de las medidas cautelares en el Código Procesal Penal, nos abocaremos al estudio de las mismas en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Para comenzar, debemos considerar que el tema central de este trabajo, está enmarcado por dos áreas importantes que han sido desarrolladas a lo largo del mismo, por una parte, tenemos todo el marco regulatorio de la Ley N° 20.084, con sus principios y normas internacionales que han orientado su contenido y aplicación; y por otra parte, debemos considerar todos los aspectos desarrollados por la doctrina en relación a las medidas cautelares. Veremos cómo ambos aspectos se conjugan dando lugar a la serie de medidas cautelares contenidas en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, las que para ser comprendidas de manera cabal, deben ser analizadas tomando en consideración, ambos aspectos.

El tema de las medidas cautelares, se encuentra regulado en el Título segundo, párrafo tercero de la Ley N° 20.084. Este título, en sus artículos, trata la detención en caso de flagrancia, la internación provisoria, la proporcionalidad de las medidas cautelares, el permiso de salida diaria y el principio de oportunidad.

En términos generales, podemos mencionar que salvo las importantes precisiones señaladas en los artículos que conforman este título, se aplican a los adolescentes las normas vistas para los adultos, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo

primero, inciso segundo de la misma Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en lo no previsto por ella, serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.

4.2. Finalidad y principios

Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, persiguen, por una parte, los fines propios de las medidas cautelares, y por otra, pretenden armonizar y dar contenido a los principios que inspiran al mismo cuerpo legislativo. Es por ello que veremos ambos aspectos.

4.2.1. Finalidad y principios de las medidas cautelares en general

Este tema ya ha sido abordado con anterioridad en el capítulo dedicado a las medidas cautelares en general, por lo que mencionaremos, con fines didácticos, los aspectos más relevantes ya revisados.

Debemos recordar, que son medidas cautelares, aquellas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada de su

derecho ¹²³. También, han sido entendidas como el conjunto de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte. Las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión ¹²⁴. En el proceso penal, las medidas cautelares personales, están llamadas a asegurar la persona del imputado en el curso del procedimiento ¹²⁵.

Debemos recordar asimismo los principios que inspiran las medidas cautelares. El principio de jurisdiccionalidad, conforme al cual, sólo pueden ser dictaminadas por el órgano judicial competente. El principio de excepcionalidad, que engloba su carácter ya que sólo pueden ser aplicadas cuando resulten indispensables. La Instrumentalidad, que indica que están orientadas a la consecución de fines de carácter procesal.

Finalmente, debemos recordar los requisitos generales de procedencia: humo de buen derecho y peligro en la demora. ¹²⁶

El humo de buen derecho, se encuentra recogido en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto advierte que para decretar estas medidas, el demandante debe acompañar comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama. Cabe destacar que no se exige certeza, sino apariencia o verosimilitud de un derecho. En materia penal, se traduce en el juicio de probabilidad en torno a la existencia del delito y al grado de participación que en él corresponda al imputado ¹²⁷.

¹²³ CORTÉS, M. Op. Cit.

¹²⁴ HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Op. Cit. Pág. 341.

¹²⁵ Servicio Nacional de Menores. Orientaciones técnicas. Op. Cit. Pág. 4.

¹²⁶ Cfr. infra pág. 40.

¹²⁷ HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Op. Cit., pág. 355.

En cuanto al segundo requisito general de procedencia, esto es, el peligro en la demora, éste ha sido entendido en el ámbito penal, como el peligro de que el cumplimiento de los fines del procedimiento pudiera hacerse ilusorio de no adoptarse una medida de aseguramiento¹²⁸.

4.2.2. Finalidad y principios de las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente

La Ley N° 20.084, según da cuenta la historia de la Ley N° 20.191¹²⁹, pretendió dar cumplimiento a numerosos instrumentos internacionales en materia de infancia, que se encontraban ratificados por Chile y además, generar un cambio estructural sin precedentes en nuestro país, en materia de justicia penal para los menores de 18 años.

Hay consenso entre la doctrina y los legisladores en cuanto a que las finalidades de la Ley son las mismas que se encuentran recogidas en el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, esto es, hacer efectiva la responsabilidad de los jóvenes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. De tal forma, responsabilización y reinserción se erigen como los principales objetivos de la ley.

¹²⁸ HORVITZ, Lennon. M. y López, Masle. J. Op. Cit., pág. 355.

¹²⁹ Historia de la Ley N° 20.191. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile, 02 de junio de 2007.

Pág. 4.

En este sentido, el informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica la Ley N° 20.084 señala en su mensaje que “El ejecutivo se ha planteado la necesidad de introducir precisos pero necesarios ajustes a la ley, de modo de cumplir con los fines que la inspiran, esto es, la responsabilización y la reinserción del adolescente.”¹³⁰ Asimismo, durante la discusión parlamentaria, el senador Gómez señaló: “Sin embargo, salió una ley con algunas posturas bastante importantes, a mi juicio, en relación con su fin último, que es lograr que los jóvenes puedan ser rehabilitados y reinsertados en la sociedad.”¹³¹

Luego, el diputado informante Juan Bustos Ramírez, señalaría que “la normativa perseguía dos finalidades fundamentales: que los adolescentes se responsabilizaran de sus actos y que se hiciera primar la idea de la reinserción social más que la de la sanción, en otras palabras, que la opción de vida para estos adolescentes no fuera seguir en el camino de las infracciones sino que orientarlos en direcciones que fueran útiles a la sociedad.”¹³² Luego, el diputado Burgos volvería a señalar que “la iniciativa buscaba imponer por primera vez en el país, un sistema de responsabilidad penal para los adolescentes distinto del aplicable a los adultos, con la finalidad de que la sociedad chilena diera al adolescente infractor la posibilidad de reinsertarse. Para ello se responsabiliza a los mayores de catorce años y menores de dieciocho y se terminaba con el discernimiento.”¹³³ A mayor abundamiento, luego señala que “el elemento fundamental de esta materia consta de dos partes: por un lado reconocer que los jóvenes son sujetos de derechos, y por ende, tienen derecho a la defensa y al debido proceso, y por el otro lado, reconocer la responsabilidad que les afecta por los hechos que cometan. Todo ello entre los catorce y los dieciocho años de edad. Tal sería el elemento fundamental y su finalidad sería la reinserción social de estos jóvenes, a la

¹³⁰ Historia de la Ley N° 20.191. Op. Cit. Pág. 13.

¹³¹ Historia de la Ley N° 20.191. Op. Cit. Pág. 52.

¹³² Historia de la Ley N° 20.191. Op. Cit. Pág. 77.

¹³³ Historia de la Ley N° 20.191. Op. Cit. Pág. 82.

vez que lograr con ello una disminución de los índices de criminalidad y cumplir con el deber de protección que tiene el Estado para con la adolescencia.”¹³⁴

El diputado Leal, también se refiere a los objetivos de la Ley N° 20.084 señalando como tales “responsabilizar penalmente a los adolescentes infractores de la ley y procurar su reinserción social mediante su acceso a diferentes servicios, a fin de que puedan contar con herramientas para enfrentar de una nueva forma la vida cuando cumplan su condena.”¹³⁵

La Jurisprudencia de nuestros tribunales también se ha manifestado al respecto. La Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de Julio de 2008 señaló, refiriéndose a la sanción de internación en régimen semi-cerrado que esta consecuencia es “una adecuada solución para una problemática relevante en la sociedad actual, que guarda estrecha relación con una sanción efectiva, y al mismo tiempo dual, que por una parte castigue al culpable por el ilícito perpetrado y por la otra permita una apropiada resocialización y reinserción social.”¹³⁶ A su vez, en fallo de Julio de 2010 señaló: “La Ley N° 20.084 establece sanciones que tienen por finalidad hacer efectiva la responsabilidad adolescente, formando parte de una intervención educativa amplia y orientada a la plena integración social, lo que justifica condenar al menor a un régimen de internación cerrado, si bajo una pena más benevolente, volverá a incurrir en actos que vulneren la ley.”¹³⁷

¹³⁴ Historia de la Ley N° 20.191. Op. Cit. Pág. 83.

¹³⁵ Historia de la Ley N° 20.191. Op. Cit. Pág. 107.

¹³⁶ AGUERRIZABAL, Granstein. M., Lagos, Carrasco. G. Y Vargas, Pinto. T. Responsabilidad penal juvenil: Hacia una justicia especializada. Revista de derecho. Volumen XXII (N° 2):Pág. 154. Diciembre 2009.

¹³⁷ Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia de recurso de apelación, Rol 844-2010, 8 de Julio de 2010.

A su vez, la Corte Suprema ha dicho: “Que como se ha evidenciado en los fundamentos anteriores, la sentencia cuestionada ha vulnerado las normas constitucionales penales e internacionales argüidas por la defensa, dado que es efectivo que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente establece un régimen de penalidad menos riguroso, establecido en miras del interés superior del niño y de la plena integración social.”¹³⁸

En síntesis, el sistema impuesto por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente se basa prioritariamente en el principio de responsabilidad, según el cual el adolescente es un sujeto al que se le puede exigir una responsabilidad especial, adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo. Pero además, el fin de las sanciones que se apliquen a los adolescentes será su rehabilitación y reinserción social. Analizaremos a continuación, con mayor detalle estos y otros principios inspiradores del sistema, tales como la especialización, el interés superior del niño, la separación y la proporcionalidad.

4.2.2.1 La Responsabilidad

La Convención Internacional de los Derechos del Niño introdujo un cambio trascendental en materia de infancia al considerar a los menores como sujetos de derechos subjetivos, capaces de actuar, de hacerse cargo de sus actos, y también capaces de exigir a otros un determinado comportamiento que favorezca sus intereses. De esta manera, el niño, como concepto, dejó de ser considerado como un mero objeto

¹³⁸ Corte Suprema, Sentencia de recurso de casación en el fondo, Rol 710-2008, 6 de Mayo de 2008.

de propiedad, y pasó a formar parte del conjunto de sujetos a los que se les reconoce una personalidad jurídica, y con ello, derechos y obligaciones.

El concepto de niño como sujeto de derechos y obligaciones constituye el aspecto central de la noción de “derechos del niño”, en cuanto sólo puede ser titular de derechos, quien es considerado persona. Ahora bien, debemos tener cuenta el carácter especial de este sujeto de derechos, que se ve manifestado en la necesidad de representación legal de sus padres, tutores o del Estado, a falta de estos, exigiendo su misma protección y deberes. En este sentido, la protección de la personalidad del menor exige el reconocimiento de un ámbito propio de capacidad de acuerdo a su propio desarrollo y madurez, de modo que la capacidad general de los menores además de ser por definición, de ámbito limitado, sería variable o flexible en función del grado de desarrollo intelectual, personal y social que psicológicamente corresponde a cada edad.¹³⁹

Juan Bustos Ramírez, advierte que la responsabilidad penal adolescente, emana del reconocimiento de la dignidad de la persona, pues entiende que ella implica autonomía e indemnidad personal, de modo tal que en el instante en que el Estado reconoce al adolescente y al niño, en general, como persona, reconoce también su autonomía ética, y por ende su responsabilidad. Dicha responsabilidad, es desde luego progresiva, cómo hemos advertido anteriormente, y es un elemento fundamental para la intervención penal.¹⁴⁰ De esta manera, el niño sujeto de derechos, y por ende responsable penalmente, no puede ser juzgado sin considerar el principio de autonomía progresiva, ambos elementos se encuentran intrínsecamente ligados, y no pueden separarse al momento de su aplicación.

¹³⁹ GALIANO Maritan, G. La convención de derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia: Máximo referente normativo de cultura jurídica para la infancia. [en línea] <<http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ggm.html>> [consulta: 24 de octubre de 2012].

¹⁴⁰ BUSTOS Ramírez, J. Op. Cit. Pág. 28.

El mencionado principio de la autonomía progresiva, recogido en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, implica reconocer que el niño, como sujeto de derecho, adquiere discernimiento a medida que crece para comprender el sentido de sus acciones.¹⁴¹ Dicho artículo impone a los Estados Partes el respeto de las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o demás referentes familiares a impartir al niño “...en consonancia con la evolución de sus facultades”¹⁴², dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención. De manera tal que el niño es comprendido como un sujeto de derecho, que en consonancia con la evolución de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos.¹⁴³

Las autoras Nora Gatica y Claudia Chaimovich señalan al respecto que ser niño no significa ser menos que un adulto, sino que, por el contrario, es una forma de ser persona. Entienden que la infancia ya no se conceptualiza como una fase de la vida definida por la carencia, a partir de las ideas de dependencia y subordinación hacia los padres u otras personas. Para ellas, el niño hoy es definido y considerado según sus atributos y derechos ante el Estado, la familia o la sociedad. Advierten, además, que La Convención señala que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo. Es decir, que todos los niños y niñas tienen los mismos derechos al nacer, por el sólo hecho de ser personas, pero que su ejercicio depende de la evolución de sus facultades.¹⁴⁴

¹⁴¹ FAVOT, M. Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil. Editorial Lexis Nexis, 2010.

¹⁴² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Artículo 5.

¹⁴³ PEREZ Manrique, R. Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. [en línea] <<http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/participacionjudicialdelosninos-ninas-adolescentes-ricardo-perez.pdf>> [consulta: 24 de octubre de 2012].

¹⁴⁴ BUSTOS Ramírez, J. Op. Cit. Pág. 29.

En el mismo sentido, Miguel Cillero advierte que ser niño no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. Esta etapa es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.¹⁴⁵

Del principio de autonomía progresiva del que hemos venido hablando, es consecuencia lógica la distinción entre niños y adolescentes que contempla nuestra legislación, al establecer los catorce años como límite de edad para hacer aplicables las disposiciones especiales la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

4.2.2.2 La reinserción social

Ya hemos mencionado en un par de oportunidades¹⁴⁶, que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente responde a un esfuerzo por ajustar la legislación chilena a una serie de tratados internacionales, que fueron revisados en el primer capítulo de este trabajo. La Convención de los Derechos del Niño, es sin duda, el más importante de ellos, y de sus artículos fluyen muchos de los principios que orientan nuestra actual legislación. El artículo 40 de dicha Convención, dispone que "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes

¹⁴⁵ CILLERO Bruñol, M. Infancia, autonomía y derechos. [en línea]

<<http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>> [consulta: 24 de octubre de 2012].

¹⁴⁶ V.t. infra pág. 30 e infra pág. 31.

a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”¹⁴⁷ De esta manera, este artículo 40 que luego desarrolla una serie de orientaciones vinculadas a hacer efectiva la reinserción de los jóvenes infractores de ley, en conjunto con el artículo 37, del mismo texto, y a los artículos 18 y 18.1 de las Reglas de Beijing, vienen a constituirse en las bases del principio de Reinserción que rige la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

En Chile, no se ha definido por el legislador el concepto de Reinserción social, aunque fue incluido más de 30 veces en el texto de la Ley N° 20.084. A su vez, no hay consenso doctrinal, ni jurisprudencial en cuanto al contenido de dicho concepto, y aún más, tampoco hay un criterio uniforme entre los distintos actores del sistema, lo que ha derivado en que en cada etapa del conflicto penal adolescente, la reinserción sirva de argumento para muchas situaciones.

Así, el abogado Sergio Henríquez observa, al referirse a la reinserción social en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente que “lo que se entiende por tal concepto no es algo compartido por las diversas instituciones que interactúan en este sistema, lo que hace que en definitiva muchas veces este eje se pierda o se aplique de manera equivocada en tales casos concretos.”¹⁴⁸

Por su parte, el profesor Francisco Estrada Vásquez, advierte que “Hablar de reinserción social parece significar poder hablar de todo. Desde el consabido eslogan

¹⁴⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Artículo 40.

¹⁴⁸ HENRÍQUEZ, Galindo S. Reinserción social en responsabilidad penal adolescente: el tema pendiente. [en línea] <http://www.4shared.com/file/56437100/3aeed363/Reinsercin_social_en_RPA.html> [consulta: 24 de octubre de 2012].

del “cambio cultural” que implica, hasta los ya clásicos reproches al aparato estatal. Hablar de reinserción es también hablar de la anécdota edificante: Tal sujeto que “lo logró”, el desempeño heroico de tal ONG¹⁴⁹, los resultados del piloto equis. En el ámbito de la nueva justicia juvenil la expresión ha resultado multifuncional. Se la repite 38 veces en el texto de la Ley N° 20.084. Se la usa para efectos de criticar la puesta en marcha, o para explayarnos en los méritos del nuevo cuerpo legal, o en palabras del Tribunal Constitucional, como sustento legitimador de cualquier decisión de marco penal que tome el legislador, por cuanto va a ser en pro de los altos fines de reinserción, declarados positivamente en la ley.”¹⁵⁰

Resulta entonces, de suma importancia acotar el concepto de Reinserción social, unificando criterios y acotando las acciones destinadas a alcanzar este importante fin. Según la Real Academia Española, reinserción se define como “acción y efecto de reinsertar.”¹⁵¹ A su vez, reinsertar, es “volver a integrar en la sociedad a alguien que estaba condenado penalmente o marginado”. Se desprende de estas definiciones el cargado contenido político y jurídico del concepto, pues se reinserta a quien está condenado penal o marginado, y tal marginación es de la sociedad, una “marginación social”, de modo tal que integrarse a la sociedad, quiere decir integrarse a una idea política, filosófica, biológica y jurídica de lo que entendemos como “normal”, lo cual a su vez, corresponde a lo que socialmente “debe ser”.¹⁵²

Respetando los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, en particular de los mencionados artículos 37 y 40, y con base en nuestra legislación, Sergio Henríquez Galindo, se atreve con un concepto de reinserción social,

¹⁴⁹ Tal sigla significa “organización no gubernamental”.

¹⁵⁰ ESTRADA Vásquez, F. Ley de responsabilidad penal adolescente y políticas de reinserción social. [en línea] <<http://www.slideshare.net/franciscojestrada/clase-ley-de-responsabilidad-penal-adolescente-y-politicas-de-reinsercin-social-presentation>> [consulta: 24 de octubre de 2012].

¹⁵¹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. Cit.

¹⁵² HENRÍQUEZ Galindo, S. Op. Cit.

definiéndola como: “La generación de un proyecto propio, autónomo y respetuoso de los derechos de las demás personas, acompañado de la articulación de redes sociales y recursos personales, con enfoque de género, para sostener ese proyecto en el tiempo y darle una viabilidad plausible en el entorno comunitario en el que normalmente se desenvuelve el adolescente.”¹⁵³

Por su parte, el profesor Estrada Vásquez advierte que en la práctica y entre los autores, hablar de reinserción ha implicado dos cosas: por una parte, contar con un diseño de intervención, y por otra, capacitar a la gente en dicho modelo para que se haga realidad. Un proyecto serio de reinserción, para este autor, debe dar cuenta de un articulado esfuerzo de distintas disciplinas, recursos y actores, que al menos deben contener un modelo de intervención y gestión de sistema.¹⁵⁴

Concordamos con lo expuesto por los autores citados, así como los postulados de la DNI¹⁵⁵, que es una organización no gubernamental internacional dedicada a la protección y promoción de los derechos de niños y niñas, en cuanto a que la Reinserción debe responder a las particularidades de cada caso, requiriendo de marcos teóricos que consideren al adolescente de manera integral, que unifiquen conceptos, con modelos de intervención que se basen en el desarrollo de distintas competencias, en los que se pueda medir el impacto de la intervención; que se deba contar además, con metodologías, programas y actividades desde una perspectiva multidisciplinaria, coherentes y orientados a lograr la reinserción social, familiar y escolar. Concordamos también, con la necesidad de que participen en este proceso todas las instituciones que conforman el sistema de Justicia Penal Juvenil,

¹⁵³ HENRÍQUEZ Galindo, S. *Ibíd.*

¹⁵⁴ ESTRADA Vásquez, F. *Op. Cit.*

¹⁵⁵ DEFENSA DE NIÑOS Y NIÑAS INTERNACIONAL. Justicia Penal Juvenil: experiencias desde el enfoque socioeducativo. [en línea] <<http://xa.yimg.com/kq/groups/13786338/1771364170/name/JUSTICIA>> [consulta: 26 de octubre de 2012].

especialmente aquellas responsables de la ejecución de las sanciones, así como otros programas oficiales y las organizaciones de la sociedad civil que provean servicios.¹⁵⁶

4.2.2.3 La especialización

De la finalidad de responsabilización de los jóvenes, sin perder de vista el enfoque educativo, recogido en la finalidad de reinserción, se desprende como consecuencia lógica uno de los principios rectores de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, el principio de especialización, el cuál se constituye como un punto de partida básico en un sistema penal juvenil, pues éste se basa en las diferencias de hecho entre los adultos y los menores, traduciéndolas en consecuencias jurídicas.

Este principio de especialización ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales, entre los cuales destaca por su importancia como hemos visto la Convención de los Derechos del Niño, en ella se establece desde su preámbulo la necesidad de un tratamiento especializado para los niños y adolescentes. En su párrafo 9º establece que “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”¹⁵⁷ En el mismo sentido el artículo 40.3 establece como obligación de los Estados Partes adoptar medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños infractores de ley penal.¹⁵⁸

¹⁵⁶ DEFENSA DE NIÑOS Y NIÑAS INTERNACIONAL. *Ibíd.*

¹⁵⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Párrafo 9º.

¹⁵⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Op. Cit. Artículo 40.3.

Las Reglas de Beijing también se refieren a este principio, en su regla 2.3, al señalar que “En cada jurisdicción nacional se procurará un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores.”¹⁵⁹

Por su parte, las Directrices de Riad, en su Directriz 52 señala que “Los Gobiernos deberán promulgar y publicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de los jóvenes.”¹⁶⁰

Los mencionados recientemente corresponden a instrumentos específicos referidos a materias de infancia, por lo que se podría pensar que de ello deriva que se recoja con tanta fuerza el principio de especialización, sin embargo, el mismo principio es recogido en instrumentos de carácter general como lo es el Pacto de san José de Costa Rica, el cuál en su artículo 55 señala que “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados con la mayor celeridad posible para su tratamiento.”

El principio de especialización o de especialidad, del que venimos hablando, alude a dos grandes áreas: un primer aspecto se refiere a la creación de reglas específicas para los menores, distintas de los adultos; un segundo aspecto se refiere a que dichas normas específicas deben ser aplicadas por personas e instituciones especializadas en el tratamiento de menores. A continuación desarrollaremos ambos aspectos.

El primer gran aspecto al que se refiere el principio de especialización, es el que se refiere a la necesidad que las reglas que regulan la responsabilidad de los jóvenes,

¹⁵⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 40/33. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. 1985. Regla 2.3.

¹⁶⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 42/112. Directriz 52.

deben ser específicas y diferenciadas de aquellas aplicables a los adultos. Para el desarrollo de este aspecto seguiremos al profesor Mauricio Duce¹⁶¹, quien considera que este aspecto se traduce en tres ejes importantes: reforzamiento del debido proceso, diversos aspectos de estructura procesal y una política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos.

En cuanto al primer eje, reforzamiento del debido proceso, el profesor Duce señala que se traduciría en una exigencia del sistema internacional de reforzar los contenidos existentes a favor de los niños y jóvenes en varias materias o áreas:

- Fortalecimiento de la libertad y mayores restricciones a su privación en el proceso. Ello se traduce en el establecimiento de exigencias más estrictas en cuanto a la procedencia de la Prisión preventiva respecto de menores y en lo relativo a su duración. Del mismo modo se traduce en la necesidad de que exista separación entre adultos y jóvenes sometidos a prisión preventiva, y en que las condiciones de la privación de libertad se deben hacer con pleno respeto y reconocimiento de los derechos del niño o joven encarcelado.
- Exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso. Los textos internacionales de carácter general se refieren al aspecto temporal señalando que el proceso debe llevarse a cabo “sin dilaciones indebidas”, en el caso de los niños la idea es más fuerte, pues se entiende que el proceso debe llevarse a cabo “sin demoras”. La duración total del proceso para los niños y adolescentes debiera ser más breve que tratándose de adultos, aun cuando no hubiere privación de libertad.¹⁶²
- Mayores resguardos al derecho a defensa. El Derecho a defensa contempla dos aristas, por una parte es un derecho fundamental de las personas privadas

¹⁶¹ DUCE, M. 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. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art04.pdf> > [consulta: 26 de octubre de 2012].

¹⁶² DUCE, M. *Ibíd.*

de libertad, y por otra parte es una garantía o mecanismo para hacer efectiva el resto de las garantías. Ambos aspectos se encuentran reforzados cuando se trata de menores. La Convención de los Derechos del Niño consagra el derecho de los niños y adolescentes a ser informados sin demora y directamente de los cargos que se le formulan, dicha comunicación debe ser hecha además, de manera que sea comprensible por el menor. El mismo texto incluye también fuertes exigencias respecto a la participación de los niños en el proceso, con énfasis en la posibilidad de que intervengan en forma directa dando su opinión respecto a las decisiones que lo puedan afectar. Se establece también el derecho a una asistencia apropiada, permitiendo la asistencia no solo de abogados, sino también de otros profesionales, en la medida que sea “adecuada”, la cual también comprende la intervención de los padres o tutores.¹⁶³

- Exigencias más estrictas para la renuncia de derechos del debido proceso. En el caso de los adultos, la renuncia es una garantía del debido proceso que es legítima en la medida que sea voluntaria e informada. De su análisis a diversos instrumentos internacionales, el profesor Duce concluye que los estados deben tomar mayores resguardos respecto de los menores para asegurar la voluntariedad e información, tomando en cuenta que por su madurez y estado de desarrollo personal no tiene las mismas capacidades que un adulto.¹⁶⁴

El segundo eje corresponde a tres aspectos ligados a la estructura general del procedimiento: necesidad de un proceso flexible y liviano, protección de la privacidad (vida privada) de los jóvenes y énfasis en el joven.

- Necesidad de un proceso flexible y liviano. Estrategias para ello son la eliminación de la etapa de investigación una vez judicializado el proceso,

¹⁶³ DUCE, M. Op. Cit. Pág. 99.

¹⁶⁴ DUCE, M. Op. Cit. Pág. 102.

concentración de las etapas judiciales en un acto, establecimiento de plazos más breves, límites temporales más estrictos, rediseño de los sistemas de impugnación especialmente de la sentencia definitiva y excluir del proceso juvenil algunos debates que normalmente forman parte de los procesos penales de los adultos, como por ejemplo la determinación de la responsabilidad civil del joven derivada del hecho constitutivo de delito.¹⁶⁵

- Protección de la vida privada del joven. Recogido en varios instrumentos internacionales¹⁶⁶, constituye una importante diferencia respecto del régimen adulto en que el principio básico del debido proceso que prima es la publicidad del juzgamiento. El Comité de derechos del niño explica esta diferencia señalando que en el caso de los niños se debe evitar que la publicidad indebida del proceso cause daño al niño, y que se debe evitar una posible estigmatización que genere la publicidad y el efecto que esta puede tener para acceder a la educación, el trabajo, la vivienda o a conservar su seguridad.¹⁶⁷ En el caso de los adultos, el sistema internacional considera que el perjuicio es menor que el que se produciría al afectar la publicidad de los procesos.
- Énfasis en el joven. La legislación internacional opera sobre la lógica de que en el ámbito de la responsabilidad penal adolescente, en las decisiones que adopten las autoridades, particularmente al momento de establecer consecuencias para la conducta que se imputa, se haya considerado de manera especial las características y necesidades concretas del joven infractor. Consecuencias en materia procesal de esto son: la necesidad de reformular los sistemas de determinación de consecuencias o penas, la necesidad especial de producción de información sobre el niño que es objeto de persecución penal que permitan al sistema hacer un ejercicio de individualización adecuado de la

¹⁶⁵ DUCE, M. Op. Cit. Pág. 104.

¹⁶⁶ Como en los artículos 16 y 40.2 de la Convención de los Derechos del Niño y las reglas 8 y 21 de las Reglas de Beijing.

¹⁶⁷ DUCE, M. Op. Cit. Pág. 107.

respuesta del sistema al caso concreto, y finalmente, la necesidad de flexibilizar las reglas de admisibilidad de prueba.¹⁶⁸

El tercer eje corresponde a una Política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos. Como hemos visto, hay consenso en la doctrina internacional y ha llegado a establecerse como un principio el hecho de que debe evitarse al máximo el contacto de los jóvenes con el sistema penal, para ello, los Estados deben implementar políticas amplias de remisión de casos antes de que ingresen al sistema penal. Luego, para aquellos casos que ingresen al sistema penal, se debe considerar un espectro amplio de facultades para las autoridades, que les permita prescindir de la persecución penal, esto es lo que se denomina en doctrina, como principio de oportunidad. Aparece nuevamente una importante diferencia respecto del régimen adulto, pues este principio de oportunidad no se exige en los instrumentos internacionales para los adultos, y por otra parte, cuando se recoge en las legislaciones internas, el fin que persigue es la descongestión del sistema, en cambio, tratándose de niños y adolescentes, procura el beneficio del imputado.¹⁶⁹

El segundo gran aspecto al que se refiere el principio de especialización es a la especialización de las personas e instituciones que intervienen en el sistema penal juvenil. Ya hemos revisado el cambio de paradigma que implicó la nueva Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que dejó atrás el enfoque más retribucionista y dando lugar a un sistema inspirado en la reinserción, resocialización y reeducación del menor infractor de ley, finalidades que tienen que ver con el tipo de personas al que se refieren, esto es, sujetos que aún están en desarrollo, en un período de formación de su personalidad, y que, por ello, pueden ser rescatados del ámbito delincencial y llevar a cabo una vida acorde con los parámetros impuestos por la sociedad.¹⁷⁰ En este

¹⁶⁸ DUCE, M. Op. Cit. Pág. 111.

¹⁶⁹ DUCE, M. Op. Cit. Pág. 112.

¹⁷⁰ SANTIBAÑEZ, M. y Alarcón, C. Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de mejoramiento. [en línea]

sentido, y para que todo esto sea posible, es absolutamente necesario, que las personas e instituciones que intervienen en el sistema de justicia juvenil, cuenten con cierto grado de especialización en la materia, que los aleje del enfoque retribucionista y persecutor, típicos del sistema adulto.

La Ley N° 20.084 plasma este principio en el párrafo segundo del título segundo, denominado “Justicia especializada”. El artículo 29 señala: “Especialización de la justicia penal para adolescentes. Los jueces de garantía, los jueces de tribunal de juicio oral en lo penal, así como los fiscales adjuntos y los defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley.”¹⁷¹ Sin embargo, renglón seguido, el mismo artículo 29, en su inciso segundo, contempla la posibilidad de que “cualquier fiscal, juez o defensor con competencia en lo penal, pueda intervenir, en el marco de sus competencias, si, excepcionalmente, por circunstancias derivadas del sistema de distribución de trabajo, ello fuere necesario”¹⁷², lo que ha derivado a que en la práctica, muchas de las causas sean conocidas por actores no especializados.

<<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/22901/12440529732685.pdf?sequence=1>>
[consulta: 29 de octubre de 2012].

4.2.2.4 El interés superior del niño

Este principio, se ha constituido como uno de los rectores en el ámbito de los derechos del niño. De esta manera, es que ha encontrado su consagración en la Convención de los Derechos del Niño, obteniendo así, el reconocimiento y aceptación a nivel internacional.¹⁷³

La Convención de los Derechos del Niño menciona este principio en su artículo 3.1, donde se consigna que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” También lo podemos encontrar mencionado en diversas disposiciones de esta Convención, a propósito de las distintas temáticas que trata el texto¹⁷⁴, pero a pesar de lo reiterativo de las menciones, el legislador no definió lo que debemos entender por interés superior del niño.

En lo concerniente a nuestra legislación interna, dicho principio se menciona en reiteradas ocasiones; en lo que nos preocupa, el artículo 2º inciso 1º de la Ley N° 20.084, señala que “en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.” En el mismo sentido, el artículo 2 del reglamento de dicho texto legal.

¹⁷³ A pesar de tener distintas denominaciones, el principio del interés superior del niño es respetado e incluido en diversas legislaciones, ya sea con el nombre de “best interests of the child”, “the welfare of the child”, “l' intérêt supérieur de l' enfant”, etc.

¹⁷⁴ Es posible encontrar menciones a este principio en los arts. 3; 9.1; 9.3; 18; 20; 21; 37; y 40 de la Convención de los Derechos del Niño.

Al no ser definido en el texto de la Convención de los Derechos del Niño, ni por nuestra legislación interna, ha sido la doctrina la encargada de dotar de contenido a este importante principio. Según lo expone Miguel Cillero, el interés superior del niño “es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.”¹⁷⁵ El mismo autor, tomando en consideración el contenido de la ya mencionada Convención se refiere a las características de este principio señalando que se trata de una garantía, en cuanto toda decisión que concierna al niño debe considerar primordialmente sus derechos. Propone, además, que es de una gran amplitud, puesto que no sólo obliga al legislador, sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y a los padres, y agrega, que el interés superior del niño, sería también una norma de interpretación, de resolución de conflictos jurídicos, puesto que en caso de colisión de derechos, siempre va a imperar el interés del menor por sobre el interés de cualquier otro participante. Por último, señala que es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.¹⁷⁶

Gatica y Chaimovic han señalado que “el llamado “interés superior del niño debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño.”¹⁷⁷

¹⁷⁵ CILLERO Bruñol, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño [en línea] <www.unicef.org> [consulta: 11 de octubre de 2012]. Pág. 60.

¹⁷⁶ CILLERO Bruñol, M. Op. Cit. Pág. 61.

¹⁷⁷ GATICA, N. y Chaimovich, C: “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo, 2002.

El profesor Gonzalo Aguilar cree que “el principio del interés superior del niño o del bienestar del niño o del mejor interés del niño, niña o adolescente es un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio, los padres, la sociedad y el Estado. Los elementos que considera el principio del interés superior del niño son diversos, a saber, la dignidad del ser humano; las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño; la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades; y la consideración de que este principio es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños.”¹⁷⁸

Como vemos, hay consenso en cuanto a la importancia de este principio, para algunos autores incluso ha llegado a integrar el espíritu general de nuestra legislación y la equidad natural. Vemos también, que resulta urgente que el legislador aporte una definición concreta del principio, evitando que se use indiscriminadamente para justificar todo tipo de decisiones. Concordamos con el profesor Cillero en cuanto a que el contenido del principio del que venimos hablando, dice relación con que exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado¹⁷⁹, con todas las consecuencias que ello trae aparejado. En materia penal, además de estar ligado a la finalidad responsabilizadora, se encuentra íntimamente ligado con los fines de reinserción, resocialización y reeducación, pues se entiende que ellos forman parte de este interés superior, y por tanto, dirige la decisión del juez, en

¹⁷⁸ AGUILAR Cavallo, G. El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos [en línea]

<http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf> [consulta: 10 de octubre de 2012]. Pág. 230.

¹⁷⁹ AGUILAR Cavallo, G. Ibíd.

cuanto a priorizar la concretización de todos estos fines, por sobre los intereses retribucionistas y persecutores del estado.

4.2.2.5 La separación

Según el principio de separación, es menester que los adolescentes infractores de ley, durante toda la substanciación del proceso, y aún en la etapa del cumplimiento de su condena, se encuentren en recintos especializados separados de los adultos.

En el ámbito normativo internacional este principio se ve plasmado en diversas disposiciones, como por ejemplo en el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño, donde en su literal c) es específico en señalar que todo niño privado de libertad debe estar separado de los adultos. De igual manera, y a propósito de la prisión preventiva, lo mandata la regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, ya mencionada en este trabajo. La regla 29 de dicho instrumento, nos indica que “en todos los centros de detención, los menores deberán estar separados de los adultos a menos que pertenezcan a la misma familia. En situaciones controladas, podrá reunirse a los menores con adultos cuidadosamente seleccionados en el marco de un programa especial cuya utilidad para los menores interesados haya sido demostrada”; en el mismo sentido, en las Reglas de Beijing, N° 13.4.

En nuestra legislación interna, por otra parte, podemos mencionar al respecto el artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, donde a propósito de la ampliación de la detención, se mandata que esta debe ser llevada a cabo sólo en los

recintos que tiene a su cargo el Servicio Nacional de Menores, dejándonos entrever la separación a la que estamos aludiendo, toda vez que es considerada una infracción grave la detención de una persona visiblemente menor en un recinto para adultos.

En forma más explícita es posible encontrar tal principio en el artículo 48 de la Ley N° 20.084, el cual señala en el inciso 1° que “las personas que se encontraren privadas de libertad por la aplicación de alguna de las sanciones o medidas previstas en esta ley, sea en forma transitoria o permanente, en un lugar determinado o en tránsito, deberán permanecer siempre separadas de los adultos privados de libertad.”

Es posible vislumbrar la importancia del principio en estudio al tenor de la lectura de los incisos 2° y 3° de tal artículo, que en forma categórica ordenan a las instituciones encargadas de la ejecución de medidas privativas de libertad tomar todas las providencias necesarias para dar estricto cumplimiento al principio de separación, y reiteran la gravedad que reviste el incumplimiento de este precepto, respectivamente.

Por otro lado, en el artículo 49 del Reglamento de la Ley N° 20.084, se consagra como un derecho específico del adolescente privado de libertad, el de permanecer en recintos completamente separados de los adultos o en que, a lo menos, se resguarde adecuadamente su separación durante el descanso nocturno, en el caso de las personas mayores de 18 años.¹⁸⁰ En definitiva, se busca alejar al menor de todos aquellos factores criminógenos que puedan alterar y desviar su camino hacia la reinserción a la sociedad como ciudadano de bien.

4.2.2.6 La proporcionalidad de las medidas y las sanciones

Este principio referido específicamente a las medidas cautelares y a las sanciones, se traduce en que “la medida a adoptar sea proporcionada para la consecución de

¹⁸⁰ Reglamento de la Ley N°20.084, Art. 49 letra c).

fines congruentes con su naturaleza cautelar, sin que se perjudiquen los derechos y garantías fundamentales de la persona.”¹⁸¹ La idea es que el adolescente no tenga que soportar una medida cautelar que no vaya en relación proporcional, en lo que a gravedad se refiere, a la pena que se le aplicaría en el caso de llegar a comprobarse su culpabilidad.

El principio de proporcionalidad de las medidas cautelares, se encuentra consagrado en forma muy escueta pero certera en el artículo 33 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, donde se lo menciona en los términos que siguen: “en ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable en caso de condena.” Tal artículo se encuentra en perfecta alineación con lo dispuesto en la parte final del artículo 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño, donde se menciona la proporción que debe existir entre las circunstancias del encarcelamiento del adolescente y la infracción que finalmente recaiga sobre él.

Como tendremos oportunidad de analizarlo más extensamente en los capítulos siguientes, podremos observar que la proporcionalidad adquiere especial relevancia a la hora de llegar al análisis estadístico de la ejecución de las medidas cautelares en el régimen penal adolescente chileno, donde no siempre se cumple con este principio rector.

¹⁸¹ HERNANDEZ Evangelista, C. Las medidas cautelares y las sanciones: ejecución en la justicia penal juvenil. [en línea] <www.enj.org> [consulta: 16 de octubre de 2012] Pág. 22.

4.3 Descripción del tratamiento de las medidas cautelares en la Ley N° 20.084.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente aborda el tema referente a las medidas cautelares en su párrafo 3°, artículos 31 y siguientes. Es importante mencionar que, en virtud de los principios inspiradores de dicho cuerpo normativo, que hemos abordado recientemente, y de las pautas establecidas en los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, las medidas cautelares aplicables a los jóvenes infractores deben revestir un carácter no privativo de libertad. En las páginas que siguen nos explayaremos sobre esta y otras características y requisitos de procedencia de las cautelares en la Ley N° 20.084, que en este punto encuentran su aplicación.

Al igual que en el sistema adulto, para el juvenil son absolutamente aplicables la citación, detención y las medidas contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal, cuerpo legal supletorio de la Ley N° 20.084. Es en virtud de esta supletoriedad, consagrada en el artículo 27 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que en el párrafo atinente a las medidas cautelares, el legislador sólo se remite a hacer ciertos alcances en virtud de la especialidad de esta ley, recalcando en todo momento el respeto y la observancia a los derechos fundamentales que protegen al menor por su condición de ser humano en formación, especialmente a aquellos que tienen que ver con el debido proceso legal. Encontramos este aspecto criticable, pues ya hemos analizado a profundidad las importantes diferencias entre el sistema adulto y el juvenil, hemos visto que los principios rectores de uno y otro, y sus finalidades son diferentes, incluso en casos opuestos, por lo que parece poco acertada la decisión del legislador en cuanto a aplicar de manera supletoria las normas para los adultos.

Una de las diferencias más importantes que se observan, es en lo relacionado con la más restrictiva de las medidas, que en el caso de aplicarse a los mayores de dieciocho años recibe el nombre de prisión preventiva, y que en el sistema juvenil adopta la denominación de internación provisoria. Pese a que a primera vista ambas medidas parecieran tener como única diferencia el nombre, más adelante y conforme avancemos en la lectura de este trabajo estableceremos las diferencias entre ambas. A continuación, realizaremos una descripción en detalle del sistema de medidas cautelares establecidos en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

4.3.1 La detención en caso de flagrancia

Ciertos aspectos en relación a esta medida son regulados en el artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, donde se contempla la posibilidad de encontrar al menor en flagrancia. Ante esta eventualidad, la Ley N° 20.084 es enfática en establecer que el infractor debe ser puesto a disposición del juez de garantía en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder las 24 horas.

La mencionada disposición señala además, entre otras cosas, que la audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación, así como también que el adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor. Si se amplía el plazo de la detención, esta sólo puede ser llevada a cabo en los centros de internación provisoria del Servicio Nacional de Menores, siendo considerada como una infracción grave la detención de una persona visiblemente menor en un establecimiento distinto.

Como podemos observar, es clara la coherencia que existe entre este artículo y lo establecido en los diversos instrumentos internacionales en relación a la mayor protección brindada a los jóvenes en consideración a su condición de sujetos en desarrollo, así como también al respeto al derecho fundamental que les asiste como seres humanos a tener un debido proceso. Lo anterior se ve reafirmado en los últimos dos incisos del artículo 31, donde el legislador dispone que la ejecución de la detención e internación provisoria deberá llevarse a cabo de acuerdo a lo previsto en los artículos 17 de la Ley de Menores, y 37 letra c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se consagra el principio de separación¹⁸², inmanente a este sistema especial de enjuiciamiento, como ya hemos visto.

En el mismo inciso, y a modo de reforzamiento de todo lo anteriormente dispuesto, el artículo 31 menciona que “ el menor privado de libertad siempre podrá ejercer los derechos consagrados en los artículos 93 y 94 del Código Procesal Penal, y 37 y 40 de esa Convención (la de los Derechos del Niño)¹⁸³. Los encargados de dichos centros no podrán aceptar el ingreso de menores sino en virtud de órdenes impartidas por el juez de garantía competente.”

En los artículos a que se remite la norma en análisis, se hace alusión a los derechos y garantías del imputado, así como también de aquel que se encuentra privado de libertad, complementando y concordando con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, cuerpo legal que más específicamente trata en las aludidas disposiciones los derechos que tienen los menores que se encuentran privados de su libertad, tales como la prohibición de someter a los infractores juveniles a torturas o

¹⁸² El mencionado artículo 17 de la Ley N° 16.618, señala textualmente: “Se prohíbe a los jefes de establecimientos de detención mantener a los menores de dieciocho años en comunicación con otros detenidos o presos mayores de esa edad.

El funcionario que no diere cumplimiento a esta disposición será castigado, administrativamente, con suspensión de su cargo hasta por el término de un mes.”

¹⁸³ El paréntesis es nuestro.

tratos crueles, inhumanos o degradantes; la detención y el encarcelamiento como último recurso y durante el más breve tiempo posible; un pronto acceso a asistencia jurídica; la presunción de inocencia, entre otros.¹⁸⁴

Finalmente, se ordena que si el hecho imputado al menor se trata de una falta, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas o restrictivas de libertad, Carabineros debe limitarse a citar al adolescente a la presencia del fiscal y dejarlo en libertad previo señalamiento de su domicilio.

Esta disposición encuentra plena coherencia con el artículo 10 de las Reglas de Beijing, donde, a propósito del primer contacto del infractor adolescente con la justicia, la norma es clara en señalar en su primer numeral que “cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible.” En su número 2, señala que el juez o funcionario competente debe examinar sin mayores dilaciones la posibilidad de poner en libertad al menor. Por último, en el número 3 de esta disposición, se nos previene que “se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño.” Esta disposición reviste especial importancia, puesto que, como lo señala el comentario a dicha regla, la expresión “evitar el daño” debe tomarse en el sentido más amplio que sea posible, y encierra actitudes tales como evitar el uso de violencia física, insultos, tratos vejatorios hacia el adolescente, etc., cosa que no es poco relevante, puesto que el primer contacto del menor con las autoridades encargadas de ajusticiarlo en caso de cometer una infracción y la forma en que este se lleva a cabo, “puede influir profundamente en la actitud del menor hacia el Estado y la sociedad. Además, el éxito de cualquier otra intervención depende en gran medida de

¹⁸⁴ Al respecto, véase también lo dispuesto en los artículos 37 y 40 N°2 letra b) y N°4 de la Convención de los Derechos del Niño.

esos primeros contactos. En tales casos, la comprensión y la firmeza bondadosa son importantes.”¹⁸⁵

4.3.2. La internación provisoria

Sobre esta medida, que según ya dijimos, se erige como la más lesiva del sistema adolescente, primeramente debemos mencionar que nuestro legislador no elaboró ninguna definición que nos ayude a entender el sentido y alcances de la misma.

Algunos autores la han definido como “aquella medida cautelar personal excepcional y temporal que un Tribunal de la República con competencia en lo penal aplica a un adolescente infractor de ley a quien se imputa una conducta que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituiría un crimen. Esta medida consiste en la restricción de la libertad en un centro cerrado y se aplica cuando otras medidas no son suficientes para asegurar el éxito de las diligencias de investigación, la seguridad de la sociedad, la protección del ofendido, la comparecencia a las actuaciones del procedimiento o la ejecución de la sentencia”¹⁸⁶; o si se quiere, en forma más detallada como “una medida cautelar de carácter personal y provisional –y por tanto esencialmente revocable- aplicable a los adolescentes (personas cuyas edades son superiores a los 14 años e inferiores a los 18 años de edad) infractores de ley penal; cuya aplicación importa la privación de libertad de la persona sobre quien recae y que será aplicada siempre –y en todo caso- como una medida

¹⁸⁵ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”). comentario regla 10.

¹⁸⁶ GONZALEZ Reyes, J. La Medida Cautelar de Internación Provisoria en Chile [en línea] <www.monografias.com> [consulta: 04 de octubre de 2012]. Pág. 4.

excepcionalísima y de último recurso, sólo cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar los fines del procedimiento y existir necesidad de cautela; esto es, garantizar el éxito de las diligencias de la investigación o la seguridad de la sociedad, para proteger al ofendido por el delito o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, por resultar el resto de las medidas cautelares personales menos gravosas ineficaces o inadecuadas para alcanzar dichos objetivos; cuando el delito en virtud del cual se pretenda aplicar sea uno de aquellos ilícitos que cometidos por un adulto tendrían el carácter de crimen y siempre que su aplicación no resulte desproporcionada respecto de la sanción que resulte probable de imponer al adolescente en caso de ser condenado por el delito que motiva la aplicación de la medida cautelar”.¹⁸⁷

La Ley N° 20.084 se refiere a la internación provisoria en el artículo 32, señalando que “la internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales.” Con más detalle, se explican aspectos atinentes a la prisión preventiva en menores de edad en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, más específicamente en la regla 17, donde se reitera el principio de la presunción de inocencia, en virtud de la cual, los menores que se encuentren detenidos, ya sea bajo arresto o en espera de juicio, deberán ser tratados como tales. De la misma forma, esta regla nos señala que “en la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio.

En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de

¹⁸⁷ VASQUEZ Barriga, E. Elementos jurídicos relevantes de la internación provisoria en el marco de la responsabilidad penal adolescente. Tesis (Magíster en Derecho, mención Derecho Penal). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011. 138 h. Pág. 53.

menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.”

Aspectos relativos a esta medida en particular son tratados en el Reglamento de la Ley N° 20.084, más específicamente en el párrafo 3°, donde es abordado el tema de los centros de internación provisoria. Es así como en el artículo 136, se establecen como derechos del que se encuentre detenido o sujeto a la medida de internación provisoria recibir visitas y mantener comunicación directa y diaria con su abogado y procurarse de las comodidades y ocupaciones que no fueren incompatibles con la seguridad del centro.

Esta medida también es mencionada en el artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, a propósito del permiso de salida diaria. Establece la antedicha norma que “tratándose de un adolescente imputado sujeto a una medida de internación provisoria, el juez podrá, en casos calificados, concederle permiso para salir durante el día, siempre que ello no vulnere los objetivos de la medida. Al efecto, el juez podrá adoptar las providencias que estime convenientes.” Como podemos observar, este artículo es respetuoso con la reintegración social que promueve este sistema especial de enjuiciamiento, y concuerda con lo dispuesto en el artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño y con el artículo 138 del Reglamento de la Ley N° 20.084.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Es así como el artículo 39 de la Convención indica “ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.” A su vez, el artículo 138 del Reglamento de la Ley N° 20.084, señala: “Para efectos de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley N° 20.084, el director del centro respectivo deberá verificar que el juez haya otorgado la respectiva

CAPITULO V: PARALELO CON EL RÉGIMEN PENAL ESTABLECIDO PARA LOS ADULTOS

5.1 En cuanto a los objetivos y fundamentos de las medidas cautelares en ambos sistemas.

En el ámbito de justicia de menores, y como es la tendencia según la normativa internacional relacionada con el tema; la cual ya hemos analizado en extenso, el fundamento que constituye prácticamente el espíritu del derecho penal juvenil es el interés superior del niño, niña y adolescente, claramente reflejado en el enfoque preventivo especial positivo de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, el cual, según ya tuvimos oportunidad de ver, pone especial énfasis en la educación y resocialización del adolescente infractor. Así las cosas, “la prevención especial positiva -en un sentido proactivo, equivalente a la función “resocializadora” atribuida a penas y medidas de seguridad- fundamentaría así el sentido “educativo” de las medidas o sanciones y de su imposición concreta. Por su parte, y en base a las mismas consideraciones, el fin preventivo general de la norma penal, que fundaría la extensión de la aplicación del sistema punitivo hacia los adolescentes mayores de 14 años, necesariamente cede frente a las “necesidades educativas” de dicho infractor, lo que se expresa en la proposición del “interés del menor” como criterio rector o central de la ley. De esta forma, el criterio del “interés del menor”, entendido como interés educativo,

autorización, organizando la rutina diaria del adolescente de tal forma que su salida no interfiera con el plan de actividades del establecimiento.”

y las exigencias que de éste derivan para el sistema, concurrirían, en principio, a justificar su especialidad de manera fundamental”.¹⁸⁹

Es de fácil comprobación para quien se interiorice en la lectura y análisis de la Ley N° 20.084 que actualmente nos rige, el reconocer cierto esfuerzo por parte de los legisladores nacionales en darle este enfoque en particular a la justicia de menores, incluso tratándose de las medidas cautelares aplicables a los jóvenes infractores, donde la más gravosa, en cuanto a implicar una privación de libertad, es la internación provisoria, llevándose a cabo sólo en los recintos especializados con los que cuenta el Servicio Nacional de menores, todo esto en miras a procurar que el primer contacto del menor con la justicia sea lo menos traumático posible, y desde luego, exista la posibilidad de rehabilitarlo e integrarlo nuevamente a la sociedad. Siguiendo con estos lineamientos, y con el fin de lograr tales objetivos, es que los cuerpos legislativos, ya sea nacionales como internacionales, reiteran en innumerables ocasiones que la privación de libertad siempre debe ser el último recurso al que se debe echar mano; a modo de ejemplo es posible mencionar a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, que más específicamente en el comentario de su regla 19, que nos habla del carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios, se consigna que “los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes.

Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores,

¹⁸⁹ MALDONADO Fuentes, F. La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado. Justicia y Derechos del Niño, pág. 122 y ss.

que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que estos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos.” Más adelante, en el comentario a su regla N° 13, consigna que “no se debe subestimar el peligro de que los menores sufran “influencias corruptoras, mientras se encuentren en prisión preventiva. De ahí la importancia de insistir en la necesidad de medidas sustitutorias.”

Viene a confirmar lo anterior, el hecho de que la internación provisoria en centro cerrado sólo es procedente tratándose de la imputación de crímenes, correspondiendo la imposición de esta medida cautelar al Juez de Garantía, encontrándose esto condicionado a una intervención de carácter socioeducativo amplia y orientada a la “plena integración social”, según mandata el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, estudiada a propósito de los principios que informan el sistema juvenil. Tal cuerpo de leyes es expreso en ordenar en diversas disposiciones que ante esta situación de privación de libertad, se debe procurar que el menor continúe con sus estudios, o se reinserte al sistema escolar en caso de deserción, así como también que se inicien programas de rehabilitación por consumo de drogas y alcohol, cuando fuere necesario.

Ratifica estos objetivos y fundamentos lo señalado en el artículo 43 del Reglamento de la Ley N° 20.084, que en su inciso primero nos habla del marco de intervención, el cual “deberá centrarse en la conducta infractora e intentará desplegar acciones socioeducativas orientadas a la responsabilización del adolescente, la reparación de sus derechos vulnerados y de los procesos de criminalización a que ha estado sometido, su habilitación mediante el fortalecimiento de competencias, habilidades y capacidades para el desarrollo de un proyecto de vida alternativo; y oportunidades para su inserción social, mediante actividades como capacitación laboral, inserción y reinserción escolar, empleabilidad juvenil y otros programas socioeducativos.” En el mismo sentido, el artículo 49 del Reglamento señala dentro de los derechos específicos

que detentan los adolescentes internos en un centro privativo de libertad, el recibir atención de salud y acceder a servicios educativos y de capacitación laboral.¹⁹⁰

Finalmente, el artículo 52 consigna que “el servicio nacional de menores desarrollará y ejecutará programas permanentes de formación y capacitación laboral para los adolescentes internos, de acuerdo a sus necesidades e intereses, a fin de lograr la mejor reinserción social y laboral de los mismos.”

Así las cosas, tenemos que el objetivo de la implementación de medidas cautelares en el régimen establecido para adolescentes, en comparación con el adulto, tiene cierto valor agregado, especialmente en el caso de la internación provisoria, ya que, además de apuntar al aseguramiento del resultado del juicio, también propende a la ya tratada reinserción o reeducación del joven infractor, haciéndolo entender que cometió una infracción y que por consiguiente debe asumir su responsabilidad por ello. De tal forma que, “según esta mirada, se parte del reconocimiento de que los infractores son sujetos de derecho, pero a la vez responsables de los actos que cometen, lo que se aborda desde una perspectiva reparatoria, habilitadora, e integradora.”¹⁹¹

El Servicio Nacional de Menores, se encarga de detallar algunos de los términos explicitados arriba, de la siguiente manera:

“Responsabilización: se materializa mediante el encuadre en la sanción penal, explicitando al adolescente el motivo de su ingreso, las condiciones en que se abordará el contenido obligatorio de la sanción y la gradualidad de su ejecución, y

¹⁹⁰ Reglamento Ley N° 20.084, artículo 49 letra d).

¹⁹¹ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Sistema nacional socioeducativo, sección justicia juvenil [en línea] <www.sename.cl> [consulta: 15 de agosto 2011].

abordando, además, un trabajo de confrontación del adolescente con el acto punible cometido.

Reparación del adolescente: este concepto implica integrar la reparación del propio adolescente autor del delito, pues en la historia personal de varios de ellos se detectan graves abusos y violación de sus derechos. La protección integral exige que los jóvenes infractores no sólo cuenten con las garantías de que goza todo ciudadano, sino que también de alternativas proteccionales complementarias, que le permitan acceder a la oferta de reparación especializada de sus derechos vulnerados.

Habilitación: consiste en apoyar sistemáticamente el proceso de socialización y desarrollo de competencias de los jóvenes para la reinserción social. En este sentido se enfoca el plan de la atención personalizada y la canasta básica de prestaciones con que contará el sistema.

Proceso para la integración social: se materializa a través del desarrollo de habilidades transversales, valores, normas y pautas sociales de los adolescentes, además de la definición de un proyecto de vida concreto, con acciones y compromisos concordantes con el mismo.”¹⁹²

El objetivo, en último término, es que el menor internalice la idea de que se debe respetar los derechos de terceros, y analice en forma consciente, el impacto que ha causado en la vida, tanto del ofendido, como en la suya propia.

¹⁹² SERVICIO NACIONAL DE MENORES, *Ibíd.*

Finalmente, y después de hacer el recorrido por las diversas disposiciones contenidas en la Ley N° 20.084, podemos observar claramente el enfoque preventivo especial positivo que se plasma en la legislación relativa a los adolescentes, especialmente en la benignidad en la ejecución de las penas, que es bastante más alta si la comparamos con el sistema para adultos, aquí entonces, es que podemos decir que los principios resocializadores y educativos que inspiran el sistema en estudio, tienen un efecto limitativo de las penas privativas de libertad, “primero, porque plantea mayores exigencias de infraestructura, equipamiento, oferta programática y calificación del personal en los centros de privación de libertad de adolescentes, exigencias que en algunas jurisdicciones tienen base en un derecho constitucional, especial de los menores de edad, a condiciones que permitan su (re)socialización, y por tanto, que satisfagan un estándar más alto que los centros de adultos; segundo, porque les permite acceder a beneficios penitenciarios, como salidas semanales o diarias, y poner término anticipado a la pena privativa de libertad (suspensión o remisión del resto de pena) o sustituirla por otra menos severa, todo ello con menores exigencias y en plazos absoluta y relativamente más bajos (o sin exigir un plazo de ejecución previo) que los que rigen para los adultos.”¹⁹³

5.2 Enumeración:

5.2.1 La citación

¹⁹³ COUSO Salas, J. Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil. Justicia y Derechos del Niño, pág. 55 y ss.

En cuanto a la citación, podemos decir que dicha medida es concordante y similar en ambos sistemas, puesto que según lo establecido en el artículo 31 inciso 4° de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, se dispone claramente que en el supuesto de encontrarse el menor infractor en alguno de los casos contemplados en el artículo 124 del Código Procesal Penal, Carabineros sólo debe limitarse a citarlo a la presencia del fiscal, y, previo señalamiento de domicilio, dejarlo en libertad.

5.2.2 La detención flagrante

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en la eventualidad de darse esta situación, dispone que el menor deberá ser puesto a disposición del juez de garantía, de preferencia, de manera inmediata, no pudiendo exceder de 24 horas (artículo 31 Ley N° 20.084). Al establecer a continuación la preferencia en la programación de la audiencia judicial es claro que se respetan los principios de protección especial del adolescente. Por otra parte, encontramos plena semejanza con el sistema adulto al establecer que el adolescente sólo podrá declarar en presencia de su defensor, en observancia al derecho constitucional a una defensa letrada.

En cuanto a la prórroga de la detención, tenemos que existe concordancia entre lo establecido en el artículo 132 inciso 2° del Código Procesal Penal y lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, puesto que esta última norma contempla la posibilidad de que esta situación se pueda dar cuando el imputado sea un menor infractor, pero encontramos una clara diferencia en el lugar de ejecución de dicha detención, la que debe llevarse a cabo únicamente en los centros de internación provisoria a cargo del Servicio Nacional de Menores, como ya hemos tenido oportunidad de mencionar.

Para concluir con la medida en análisis, no podemos dejar de hacer presente que según nuestro punto de vista, es un tanto excesivo el plazo de 24 horas que se dispuso luego de la reforma a la ley, ya que con ella se ha equiparado esta disposición a lo establecido para la detención de los adultos, lo que a nuestro juicio transgrede las directrices establecidas en los instrumentos internacionales sobre los derechos de la infancia que ya hemos abordado en este trabajo; lo mismo en el caso de la ampliación de la detención, la que, igual que en el caso de los adultos, puede ser de hasta tres días.

5.2.3 La prisión preventiva y la internación provisoria

Al realizar un análisis comparativo entre la prisión preventiva y la internación provisoria establecida en la justicia juvenil, nos damos cuenta que ambas son medidas cautelares de carácter personal. De la misma forma, “tienen un reforzado carácter excepcional, residual, judicial y provisional: la excepcionalidad de esta medida está dada por la presunción de inocencia que el ordenamiento jurídico chileno reconoce a toda persona; esto se materializa con el hecho de que la libertad personal del imputado o el menor infractor de ley, sólo podría ser restringida (antes de una condena), cuando exista clara necesidad o graves temores fundados en antecedentes concretos para permitir el avance del proceso penal o para evitar que sus resultados sean evadidos.”¹⁹⁴ La residualidad de esta medida se encuentra consagrada en el artículo 32 de la Ley N° 20.084, a su vez que, el carácter judicial de la misma, se lo otorga, en cierta medida, el inciso 3° del artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal

¹⁹⁴ GONZALEZ Reyes, J. La medida cautelar de internación provisoria en Chile [en línea] <www.monografias.com> [consulta: 17 de agosto 2011].

Adolescente, en su parte final, el cual prescribe que los encargados de los centros de internación provisoria no podrán aceptar el ingreso de menores sino en virtud de órdenes impartidas por el juez de garantía competente. La provisionalidad de estas medidas significa que estas pueden ser dejadas sin efecto en cualquier instante, en el caso que exista cierta variación en las circunstancias que justificaron su aplicación, según el Art. 122 del Código Procesal Penal.

Como hemos visto, tanto la prisión preventiva en el proceso penal adulto, como la internación provisoria en el sistema penal adolescente, son medidas que tienen ciertas similitudes, y esto podría inducirnos a pensar en asimilarlas al tenor del análisis previamente realizado, sin embargo, existe jurisprudencia con inclinación a negar la posibilidad de asimilar estas cautelares.¹⁹⁵

En virtud de todo lo anterior, “podemos concluir que la internación provisoria parte de una base mínima dada por la prisión preventiva, pero con las exigencias especiales de la justicia penal adolescente en relación al interés superior del menor.

Sin embargo y, a pesar de las diferencias que se puedan encontrar, creemos que aún existen elementos suficientes para considerar que comparten la misma naturaleza y características, tratándose de las medidas cautelares más gravosas que pueden ser aplicadas a un adolescente infractor de ley o a un imputado, respectivamente.”¹⁹⁶

En cuanto a la ejecución de esta medida en el ámbito adolescente, encontramos otra clara diferencia con el régimen penal adulto, que se ve reflejada en virtud del principio de separación, el que establece claramente que los adolescentes infractores

¹⁹⁵ Trataremos este tema más extensamente en el capítulo del tratamiento jurisprudencial.

¹⁹⁶ GONZALEZ Reyes, J. Óp. Cit. Pág. 2.

que se encuentren reclusos ya sea en forma transitoria o permanente, deberán estar separados de los adultos.¹⁹⁷ Es posible observar ciertas diferencias en la ejecución de dichas medidas al tenor de lo establecido en diversas disposiciones, tales como el artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 20.084, norma esta última en que se consagran los derechos en la ejecución de sanciones y medidas, donde se consigna que “el adolescente tendrá derecho a:

- a) Ser tratado de una manera que reconozca y fortalezca su respeto por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando su desarrollo, dignidad e integración social.”

Más adelante la disposición en comento nos señala que “tratándose de adolescentes sometidos a una sanción o medida privativa de libertad, estos tendrán, especialmente, derecho a:

- a) Recibir visitas periódicas, en forma directa y personal, al menos, dos veces a la semana;
- b) La integridad e intimidad personal;
- c) Acceder a servicios de salud, educativos, de capacitación y recreación, y
- d) La privacidad y regularidad de las comunicaciones, en especial con sus abogados”.

A mayor abundamiento, el artículo 51 del mismo Reglamento expresamente señala que “la dirección del centro deberá disponer las facilidades para que el adolescente curse su enseñanza básica y media hasta completarla, de acuerdo a los programas aprobados por el Ministerio de Educación.

¹⁹⁷ Artículo 48 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Los adolescentes analfabetos, que presenten problemas de aprendizaje o tengan algún grado de discapacidad, tendrán derecho a acceder a enseñanza especial.

Aquellos que hayan egresado del centro podrán finalizar su enseñanza básica o media, o bien concluir su formación técnico profesional dentro de aquél, siempre y cuando ello no afecte el normal funcionamiento del mismo, ni resulte perjudicial para su reinserción.

Sin perjuicio de lo anterior, en forma complementaria o alternativa, se procurará que exista formación técnica o preparación para el desempeño de algún oficio, de acuerdo a lo prescrito en el artículo siguiente.

Todos los adolescentes tendrán derecho a recibir educación sexual acorde con su edad y sus necesidades, debiendo ser impartida de acuerdo a los planes y programas del Ministerio de Educación.”

De esta forma, podemos concluir que, si bien ambas medidas cautelares, prisión preventiva e internación provisoria, son residuales en el sentido de que proceden bajo supuestos sumamente restrictivos, y también las más gravosas por restringir severamente el derecho de libre tránsito, no son en absoluto asimilables, por cuanto cuentan con requisitos de procedencia distintos, y la ejecución de las mismas se realiza en instituciones que no tienen que ver entre sí, respondiendo esto al fin preventivo especial positivo que contempla la justicia de menores, donde las respuestas cualitativas y cuantitativas son diferentes y menos afflictivas que en el sistema de adultos, expresado lo anterior tanto en la orientación hacia la integración social y (re) educación del menor, como en la privación de libertad como último recurso, respectivamente.

CAPÍTULO VI: ANÁLISIS PRÁCTICO

6.1 El tratamiento jurisprudencial

6.1.1 Generalidades

En lo que se refiere al ámbito jurisprudencial chileno es dable sostener que, a la hora de indagar sobre el criterio de nuestros Tribunales de Justicia con respecto a las medidas cautelares dentro del marco de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, es posible observar que, además de ser la jurisprudencia en este aspecto bastante paupérrima, las principales discusiones que se suscitan en relación con la materia en estudio, dicen relación con la cautelar más gravosa en la justicia juvenil, es decir, la internación provisoria, en cuanto a si es factible o no el interponer recurso de apelación verbal en los términos del artículo 149 del Código Procesal Penal, cuando el juez niegue o revoque tal medida, asimilándola, de esta forma, a la cautelar prisión preventiva del sistema adulto.

Como se podrá apreciar a continuación, el criterio jurisprudencial no es pacífico, toda vez que no hay uniformidad en los juzgadores y los fallos discrepan puesto que, si bien en la mayoría de las ocasiones los magistrados han asimilado ambas cautelares (internación provisoria y prisión preventiva), en otras han considerado que por obedecer a distintos fines, no es posible llevar a cabo dicha asimilación.

6.1.2 Análisis de casos

I. Tribunal:	Corte de Apelaciones de Antofagasta
Rol ingreso a corte:	6-2012
Fecha:	3 de febrero de 2012
Sala:	Verano
Ministros:	Sr. Oscar Clavería Guzmán Sra. Cristina Araya Pastene Sra. Virginia Soubllette Miranda

-En esta causa, se formalizó la investigación en contra de un menor de edad que fue sorprendido en flagrancia cometiendo el delito de robo en lugar habitado, según los artículos 432 y 440 del Código Penal.

-En dicha formalización, se solicitó la internación provisoria, siendo esta rechazada por el Tribunal, lo que llevó a la Fiscalía a interponer -acto seguido- recurso de apelación verbal, acogiéndose a la supletoriedad que el artículo 27 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente le otorga al Código Procesal Penal, cuerpo legal este último, que contempla la apelación con respecto a la resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva (artículo 149 Código Procesal Penal).

-La apelación verbal fue rechazada por el Tribunal, por lo que el Ministerio Público interpuso un recurso de hecho, aduciendo que la medida cautelar de internación provisoria, en cuanto a su naturaleza jurídica, guarda semejanza con la cautelar de prisión preventiva consagrada en el Código Procesal Penal, de forma que faltando norma al respecto en la Ley N° 20.084, resultaría plenamente aplicable el artículo 149 del Código Procesal Penal, lo que no vulneraría al artículo 5 del mismo cuerpo de leyes

en términos de constituir una aplicación analógica, ya que estaría aplicándose supletoriamente, según lo establecido en la ley de enjuiciamiento de adolescentes.

-La Corte estimó al respecto, que en este caso, la apelación verbal era improcedente, puesto que según su consideración el antedicho artículo 149 resultaría aplicable sólo en el caso de tratarse de la medida de prisión preventiva, atingente a los adultos, “lo que imposibilita extender su aplicación a las normas de la Ley N° 20.084 publicada con posterioridad el 7 de diciembre del 2005, por tratarse ésta de una ley particular que conforme al Párrafo segundo del Título II, artículos 29 y siguientes, exige una especialización de la justicia penal para los adolescentes y, en lo referente a las medidas cautelares personales, su privación de libertad es mucho más restringida, según se lee en los artículos 31 y siguientes de la Ley N° 20.084, que no se refieren a la prisión preventiva de los adultos.”¹⁹⁸

-El Tribunal de Alzada consideró también, que según el artículo 5 del Código Procesal Penal se exige la legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad, por lo que las disposiciones en ese sentido, deben interpretarse restrictivamente, prohibiéndose la analogía, y además de esto “porque la propia Ley N° 20.084 en su artículo 31 sobre detención en caso de flagrancia, sufrió una modificación el 2 de junio del año 2007, fecha en la cual ya existía esta discusión jurisprudencial y, si el legislador hubiese tenido la intención de hacerla aplicable, debió modificarla, lo que no hizo(...)”¹⁹⁹.

-En virtud de todos los argumentos anteriormente mencionados, es que el Tribunal de Alzada rechazó el recurso de hecho interpuesto en esta causa, teniendo a la vista, prioritariamente, el principio de legalidad y la consideración a la minoría de edad del imputado de autos, lo que inmediatamente enmarca su tratamiento diferenciado, primando este argumento por sobre la supletoriedad alegada por el Ministerio Público.

¹⁹⁸ Considerando segundo.

¹⁹⁹ Considerando tercero.

II. Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago

Rol ingreso a corte: 558-2008

Fecha: 27 de marzo de 2008

Sala: Novena

Ministros: Sra. Dobra Lusic Nadal

Sr. Mario Rojas González

Sra. Claudia Chaimovich Guralmik (Abogado integrante).

-Aquí se discutió la procedencia del recurso de apelación deducido en audiencia por el Ministerio Público en contra de la resolución dictada por el juez del 14 juzgado de garantía, que revocaba la prisión preventiva de tres menores imputados por el delito de robo con intimidación.

-Al respecto, la Corte estimó que “la internación provisoria es una medida especial contenida en la Ley N°20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente y no puede asimilarse a la medida cautelar de prisión preventiva del Código Procesal Penal, y teniendo en especial consideración lo dispuesto en el artículo 5 del referido cuerpo legal, que dispone que las normas relativas a las medidas cautelares deben interpretarse restrictivamente”, los juzgadores declararon inadmisibile el recurso interpuesto en audiencia por el Ministerio Público.

III. Tribunal: Corte de Apelaciones de San Miguel.

Rol ingreso a corte: 906-08

Fecha: 24 de abril de 2008

Sala: No indica

Ministros: Sra. María Stella Elgarrista Álvarez

Sra. Ana María Arratia Valdebenito

Sr. José Luis Pérez Zañartu (abogado integrante)

-En la presente causa en análisis, el Fiscal interpuso recurso de hecho ante la Corte de Apelaciones en contra de la resolución que declaró inadmisibile el recurso de apelación que se dedujo por su parte, en contra de la resolución que revocó la medida de internación provisoria que afectaba a dos imputados menores de edad, por el delito de robo con violencia e intimidación.

-Adujo el Ministerio Público que dicho recurso de apelación sí era admisible, toda vez que la resolución recurrida admite apelación según el artículo 149 del Código Procesal Penal, y en virtud de lo resuelto por el Juez de Garantía, se dejó sin aplicación a lo establecido en el artículo 27 de la Ley 20.084, que consagra la supletoriedad del Código Procesal Penal para la investigación y juzgamiento de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes.

-Alega además que “la distinta denominación que reciben las medidas cautelares de prisión preventiva e internación provisoria, en nada afecta la esencia jurídica y naturaleza de ambas que en el fondo es la misma”.

-En virtud de lo anterior, solicita que el Tribunal de Alzada declare la admisibilidad del recurso de apelación deducido, para que finalmente se revoque la resolución impugnada, y se mantenga, de este modo, la internación provisoria de los imputados adolescentes.

-En el considerando segundo, se señala que el juez Jorge Sáez Martín, del 12° Juzgado de Garantía de Santiago, informó que la apelación verbal fue rechazada por inadmisibile, puesto que dicho recurso en este caso debió interponerse por escrito. Fundamenta lo anterior en el hecho de que el artículo 149 del Código Procesal Penal permite la interposición verbal del recurso sólo en cuanto se rechace la solicitud de prisión preventiva.

-Indica también que “las normas procesales que autorizan la restricción de libertad o de otros derechos del imputado deben ser interpretadas restrictivamente y no se pueden aplicar por analogía, conforme lo dispone el artículo 5 inciso segundo del Código Procesal Penal.”

-Además, el delito de robo con intimidación cometido por personas menores de edad tiene penalidad que no alcanza a la de crimen, por lo que no se podría aplicar el artículo 149 ya citado.

-El Tribunal de Alzada, por su parte, sostuvo que “si la formalización se ha referido a algunos de los delitos contemplados en el inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, que según texto modificado por la Ley N° 20.253, establece que tratándose, entre otros, del delito de robo con violencia del artículo 436 del Código Penal, el imputado no puede ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que niegue o revoque la prisión preventiva, sin que distinga si se trata de un imputado mayor o menor de edad.”²⁰⁰

²⁰⁰ Considerando tercero.

-Sostienen también los Ministros, que según la historia fidedigna de la ley que modificó el artículo 149, su finalidad fue eliminar el riesgo de fuga del imputado, sin hacer consideración- a juicio del Tribunal- a la mayoría o minoría de edad de éste.

-Más adelante, iguala ambas medidas cautelares, puesto que señala que “es dable concluir, que se aplica a ambos (el artículo 149 del Código Procesal Penal), siendo naturalmente la privación de libertad del mayor la prisión preventiva y la del menor la internación provisoria, constituyendo ambas, privación de libertad en los términos de las normas constitucionales”²⁰¹.

-En base a tales argumentaciones, es que los Ministros de la Corte de Apelaciones de San Miguel, acogieron el recurso de hecho deducido por el Ministerio Público.

IV. Tribunal:	Corte de Apelaciones de San Miguel
Rol ingreso a corte:	501-08
Fecha:	05 de mayo de 2008
Sala:	No indica
Ministros:	Sr. José Ismael Contreras Pérez Sr. Claudio Pavez Ahumada Sra. Patricia Donoso Gomien (Abogada integrante)

-El Ministerio Público recurrió de hecho en contra de la resolución dictada por el Juez de Garantía don Jorge Saez Martín, el 10 de abril de 2008, donde se revocó la

²⁰¹ Considerando cuarto.

internación provisoria en contra del imputado Sebastián Candia Soto, por el delito de robo con intimidación.

-Fundamentó el Fiscal su recurso en que según la modificación introducida al artículo 149 del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, no se distingue si se trata de un imputado mayor o menor de edad, y que la finalidad de dicha modificación fue eliminar el riesgo de fuga del imputado, a esto se agrega que “la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente no contiene normas que excluyan la aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico y por el contrario su artículo 27 permite la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Penal”.²⁰²

-Alegó también que las normas contenidas en la ley modificatoria del citado precepto son de procedimiento, por ende rigen en el acto, desde la fecha de su publicación, no contemplando normas de excepción, por lo que solicitó que se concediera el recurso y se dejase sin efecto la resolución que no dio lugar a la apelación verbal.

-La parte recurrida sostuvo que a su juicio, la forma de interponer el recurso de apelación en este caso era por escrito, puesto que el aludido artículo 149 permite la interposición del recurso de apelación en forma verbal solo en el evento de tratarse de la medida de prisión preventiva, y la internación provisoria “es una medida cautelar distinta de la prisión preventiva en la Ley 20.084, que sólo es posible respecto de los imputados menores de edad y con una regulación distinta en cuanto a su procedencia y cumplimiento; que por otra parte, la modificación del artículo 149 es posterior al procedimiento de la causa en cuestión y por serle más desfavorable no debe aplicarse; y finalmente el imputado fue formalizado por el delito de robo con intimidación y que la

²⁰² Considerando segundo.

pena, debe ser aplicada con la rebaja que beneficia a los adolescentes, por lo que no corresponde a la de crimen como lo exige el artículo 149 del Código del Ramo.”²⁰³

-El Tribunal de Alzada, ante tales argumentaciones, expresó que el artículo 149 es aplicable en este caso, ya que ambas cautelares – prisión preventiva e internación provisoria – constituyen una privación de libertad en los términos de las normas constitucionales.

-La Corte señaló además que se trata de disposiciones procesales que rigen “in actum”, por lo que el argumento del recurrido en relación a que el procedimiento judicial se inició antes de ser publicada la citada modificación, no es pertinente.

-Por tales consideraciones, se acogió el recurso de hecho interpuesto por el Ministerio Público, y se declaró admisible la apelación en contra de la resolución que revocó la medida cautelar de internación provisoria que afectaba al menor de autos.

V.	Tribunal:	Corte de Apelaciones de San Miguel
	Rol ingreso a Corte:	531-2008
	Fecha:	05 de mayo de 2008
	Sala:	No indica
	Ministros:	Sra. Inés Martínez Henríquez Sra. Rosa Egnem Saldías Sr. Jaime Jara Miranda (Abogado integrante)

²⁰³ Considerando tercero.

-El Fiscal Adjunto de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur, don Marcos Emilfork, recurrió de hecho en contra de la resolución que declaró inadmisibile la apelación verbal interpuesta por el Fiscal que concurrió a dicha audiencia.

-El recurso se dedujo a raíz de que la Juez de Garantía negó lugar a la internación provisoria respecto a los imputados, que en este caso eran tres adolescentes formalizados por el delito de robo con intimidación.

-El Ministerio Público fundó el recurso en el artículo 149 del Código Procesal Penal, que según su modificación, introducida por la Ley N° 20.253, no distingue los sujetos a quienes resulta aplicable, y también en lo establecido en el artículo 27 de la Ley N° 20.084, donde se le otorga supletoriedad a las normas del Código Procesal Penal.

-El Fiscal agregó como argumento que “ la medida cautelar personal del Código Procesal Penal, consistente en prisión preventiva, a diferencia de la denominada internación provisoria de la Ley 20.084, en nada afecta a su esencia jurídica ni la naturaleza de las mismas y ello sólo dice relación con un trato más suave, más digno y más benévolo con los menores de edad, ello acorde con los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile en particular la Convención Internacional de los Derechos del Niño.”²⁰⁴

-La Juez recurrida, por su parte, señaló que declaró inadmisibile la apelación en el caso en comento, en atención a que la medida cautelar de internación provisoria es distinta a la prisión preventiva. Aduce, además, que “ el inciso 2° del artículo 149 del citado Código, establece que no podrá ser puesto en libertad el imputado respecto a los delitos que tengan asignada pena de crimen y en el caso del artículo 436 Código

²⁰⁴ Considerando tercero.

Penal, sólo el inciso 1° tiene asignada pena de crimen y no su inciso 2° que le aplica al robo por sorpresa una pena de simple delito, y habiendo el Tribunal recalificado el hecho como robo por sorpresa, estimó por esa circunstancia que era improcedente la apelación, considerando que es el Tribunal quien califica el hecho formalizado por el Ministerio Público.²⁰⁵

-Con los antecedentes expuestos, el Tribunal de Alzada, estimó que el artículo citado no hace distinción a si se trata de un imputado mayor o menor de edad, y que la ya referida modificación del artículo 149 obedeció al objetivo de eliminar el riesgo de fuga, evitando así “lo que los medios de comunicación llamaron la puerta giratoria.”²⁰⁶ Al no hacer distinciones el precepto, debe entonces concluirse, que es aplicable tanto a mayores como menores imputados.

-De esta manera, la Corte consideró que en este caso era procedente el recurso de apelación denegado, y por consiguiente, acogió el recurso de hecho interpuesto por el Ministerio Público.

VI.	Tribunal:	Corte de Apelaciones de San Miguel
	Rol ingreso a corte:	929-08
	Fecha:	28 de agosto de 2008
	Sala:	No indica
	Ministros:	Sra. Lilian Medina Sudy Sra. Marta Hantke Corvalán Sr. Jorge Quinzio Figueiredo (abogado integrante)

²⁰⁵ Considerando cuarto.

²⁰⁶ Considerando séptimo.

-En este caso, tenemos que, nuevamente, el Fiscal Juan Yusseff Marchant recurrió de hecho en contra de resolución dictada por el 11° Juzgado de Garantía, donde se declaró inadmisibile la apelación deducida en contra de la resolución que no dio lugar a la internación provisoria de dos imputados adolescentes.

-En el informe facilitado por la Jueza titular doña Paula Brito Castro, la Magistrada señaló que “la redacción del artículo 149 del Código citado no comprende expresamente el recurso apelación en forma verbal inmediata respecto de la cautelar especial denominada “internación provisoria”, siendo asimilable esta medida a la prisión preventiva sólo por sus consecuencias, difiriendo sustancialmente por la especial calidad de los sujetos a quienes se aplican.”²⁰⁷

-El tribunal consideró que el robo con violencia, delito atribuido en el presente caso a los imputados, se encuentra contemplado en dicha disposición legal, y como el precepto no hace distinción entre adultos y adolescentes, entonces debe entenderse que es plenamente aplicable a ambos.

-Por todo lo anterior, es que se acogió el recurso de hecho interpuesto por el Ministerio Público, y los sentenciadores determinaron que en las circunstancias que concurrieron en el caso en comento, sí era procedente el recurso de apelación que había sido denegado por la Jueza de Garantía.

²⁰⁷ Considerando tercero.

6.2 El análisis estadístico

Para poder establecer las debidas conclusiones respecto a la materia que nos ha convocado, vale decir, el análisis del sistema de medidas cautelares establecidos en la ley de responsabilidad penal adolescente en comparación con su homólogo en el ámbito de adultos, es menester tener a la vista algunas estadísticas relacionadas con el tema, que han sido realizadas por distintas entidades y órganos consultores, a objeto de medir la aplicación del nuevo sistema de enjuiciamiento juvenil en sus distintas esferas en los primeros años de su entrada en vigencia.

Según el informe emitido por la Unidad de Defensa Penal Juvenil con la cooperación técnica del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia durante el año 2011, donde se analiza la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en sus primeros 3 años de vigencia, se puede apreciar que el número de jóvenes sometidos a algún tipo de medida cautelar asciende a 31.628, cifra que corresponde al 33,6% del total de adolescentes imputados.

Según los gráficos que se mostrarán a continuación (gráficos 1 y 2), las medidas cautelares mayormente utilizadas por nuestros tribunales son las establecidas en el artículo 155 del Código Procesal Penal, que en total representan el 72,5% del total; dentro de dichas medidas, las más decretadas son la sujeción a la vigilancia de la autoridad, con un 33,5%; presentarse ante el juez u otra autoridad, con un 21,8%; y la prohibición de acercarse a la víctima, con un 20,6%.

Gráfico 1



Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

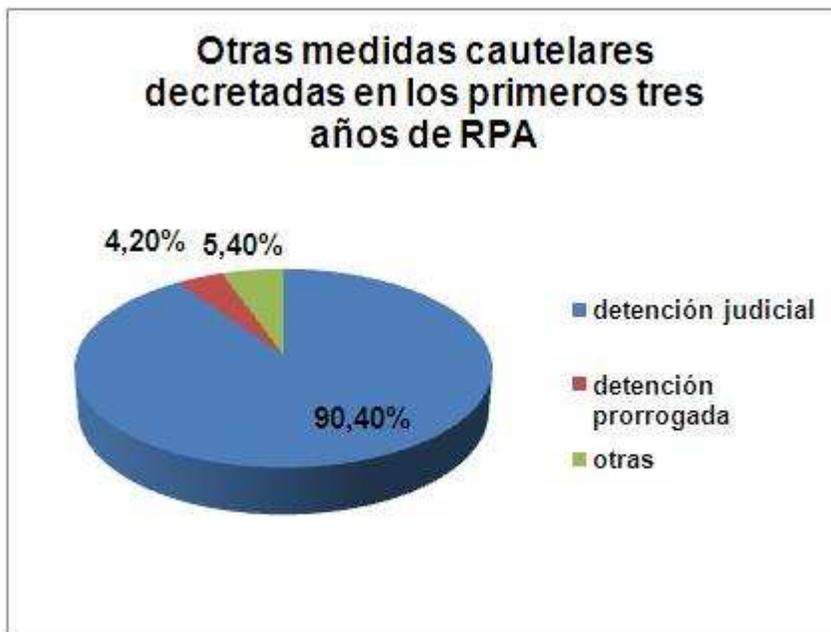
Gráfico 2



Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

Con respecto a las otras medidas cautelares, tenemos que, la que ha sido más dictaminada es la detención por orden judicial (90,4% de los casos), y en segundo lugar está la detención prorrogada (4,2% de los casos)²⁰⁸.

Gráfico 3

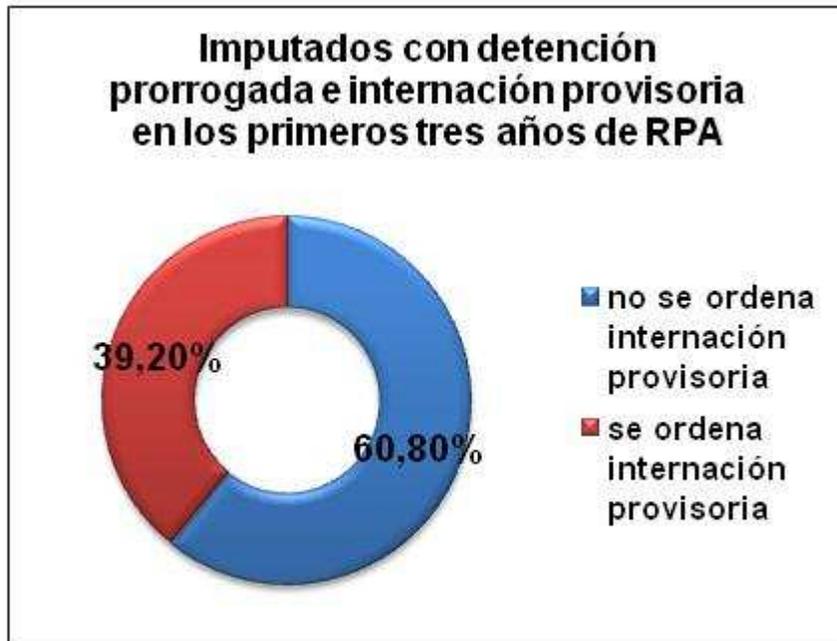


Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

²⁰⁸ La detención prorrogada dice relación con la situación contemplada en el artículo 132 del Código Procesal Penal, donde le es permitido al Fiscal solicitar ampliación del plazo de la detención hasta tres días, para poder preparar su presentación.

En lo atinente a la detención prorrogada, cabe señalar que sólo el 39,2% de los imputados cuya detención fue ampliada fueron sometidos más tarde a internación provisoria, como se aprecia en el gráfico 4.

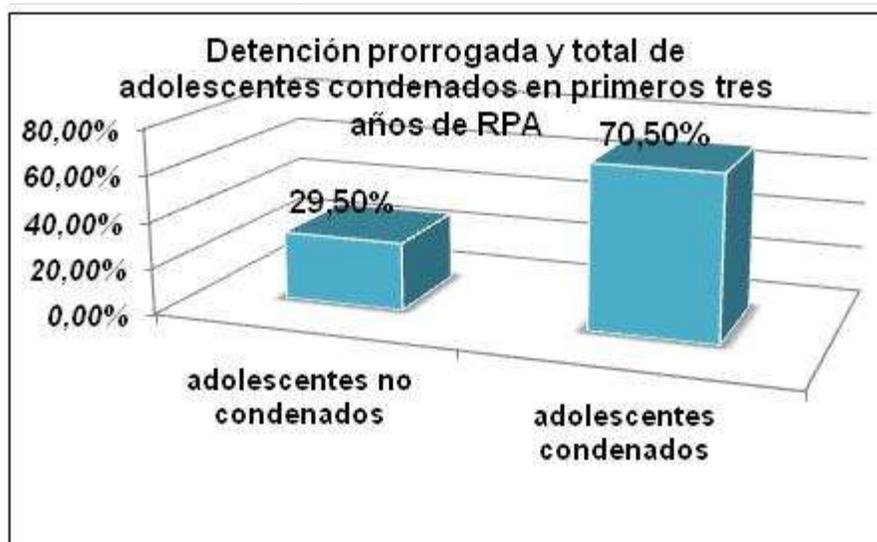
Gráfico 4



Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

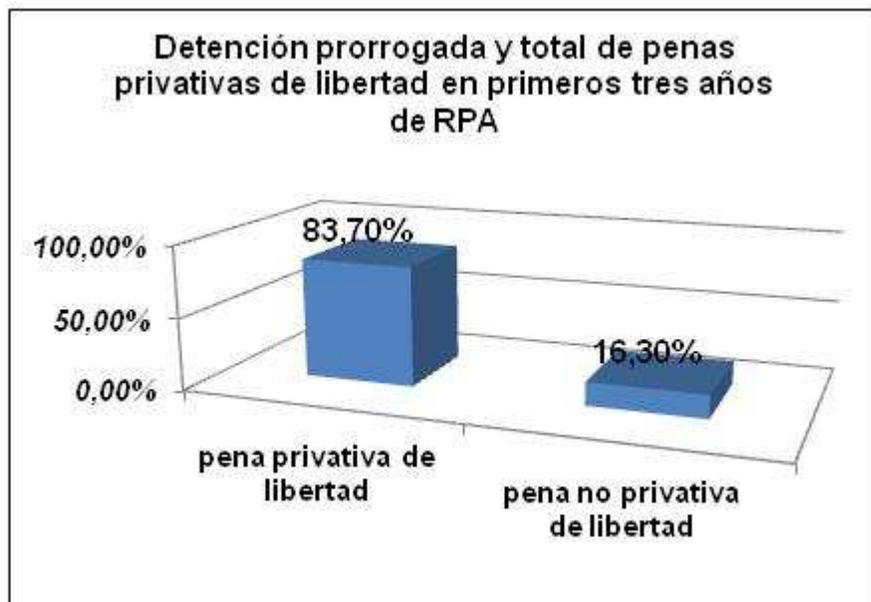
Siguiendo en el mismo tópico, es posible señalar que del total de los adolescentes a los cuales se les aplicó detención prorrogada, un 29,5% no fue condenado; y de los jóvenes condenados que se encontraron afectos a esta detención, un 16,3% fue condenado a una pena no privativa de libertad, como se verá a continuación.

Gráfico 5



Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

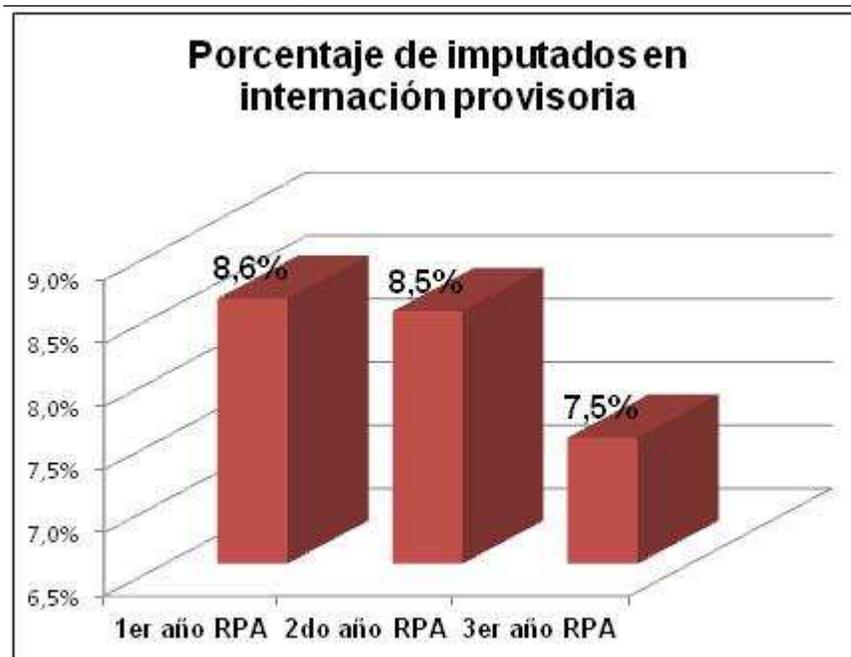
Gráfico 6



Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

En lo relativo a la internación provisoria, según es posible apreciar en el gráfico 7, durante el primer año de aplicación de esta ley el número de adolescentes imputados sujetos a dicha cautelar ascendía al 8,6%; luego, en los años que siguieron, el porcentaje disminuyó a un 8,5% el segundo año, y a un 7,5% en el tercero. Esta merma es favorable en la medida que se respetan los fines preventivos especiales positivos de la legislación de adolescentes y la privación de libertad como último recurso.

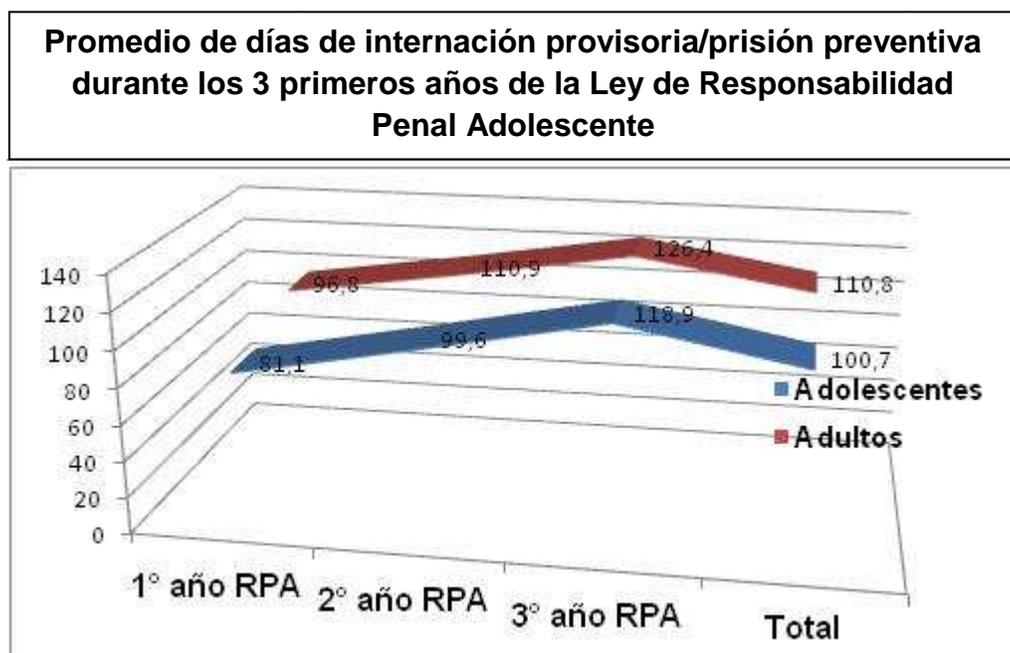
Gráfico 7



Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

Por otra parte, al establecer el promedio de días en que los adolescentes imputados son sometidos a internación provisoria en contraposición al tiempo en que los imputados adultos son sometidos a prisión preventiva, observamos que en el caso de los menores infractores, este corresponde a 81,1 días en el primer año; 99,6 en el segundo; y 118,9 en el tercero. Estas cifras son positivas si consideramos que el tiempo promedio en que los adultos se encontraron sometidos a prisión preventiva durante el mismo período fue mayor, puesto que durante el primer año la media fue de 96,8 días; de 110,9 días en el segundo, y de 126,4 días en el tercero. Por otra parte, estos datos son negativos si tomamos en cuenta que el promedio ha ido en franco aumento en los últimos años, lo que a todas luces transgrede la legislación internacional a la que nos encontramos adheridos, donde claramente se encuentra consagrada la privación de libertad como último recurso y durante el tiempo más breve posible, además de dejar al descubierto las falencias en nuestro sistema interno, donde se hace necesaria una mayor especialización en el ámbito adolescente.

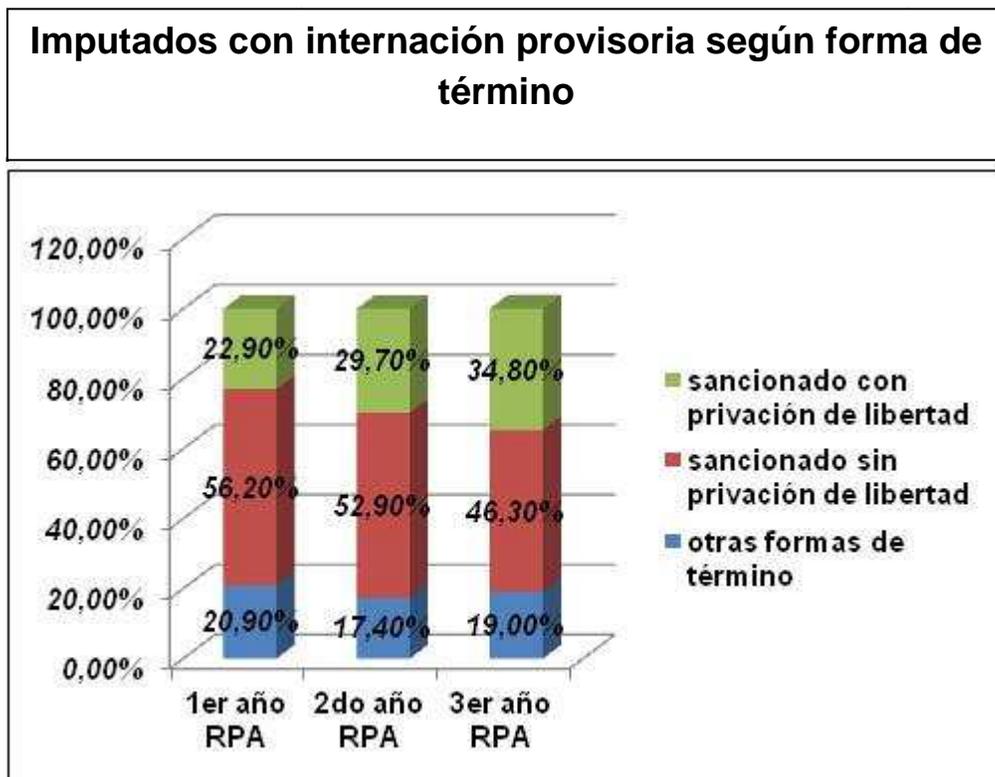
Gráfico 8



Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

Si analizamos la situación desde la óptica de la forma de término de las causas de aquellos imputados adolescentes que fueron sometidos a internación provisoria, observamos que el porcentaje de jóvenes que finalmente fueron condenados con penas sin privación de libertad u otras formas de término, como por ejemplo las salidas alternativas, supera con creces a los que en definitiva fueron sancionados con privación de libertad, hecho que constituye una trasgresión a los artículos 32 y 33 de la Ley N° 20.084, especialmente a este último, que mandata en términos expresos la proporcionalidad de las medidas cautelares.

Gráfico 9



Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

Si observamos la aplicación de la internación provisoria en relación a la categoría de los delitos cometidos, podemos concluir que esta medida ha sido aplicada en mayor porcentaje cuando se trata de homicidios, correspondiendo al 56,2%, seguido por los robos, con un 26,7%. Cabe señalar que dichos delitos tienen penas de crímenes, por lo que se encontraría ajustado a lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Gráfico 10



Fuente: BERRÍOS Díaz, G. y VIAL Recabarren, L.: 3 años de vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Abril 2011.

CONCLUSIONES

Sin duda debemos reconocer que en lo concerniente al ámbito del sistema de responsabilidad penal adolescente, nuestro país ha experimentado ciertas mejoras desde la puesta en marcha de la Ley N° 20.084, en vigencia desde el año 2007, toda vez que podemos observar cierta intención en miras a establecer un sistema especializado de enjuiciamiento para los menores infractores de ley, esto en conformidad y acorde con la legislación internacional vigente, tanto de carácter general como especializado, a los cuales Chile se encuentra adherido.

Dicho sistema especializado, se refleja en el fin preventivo especial positivo que impregna la mencionada Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en contraposición al fin más retributivo del sistema para adultos.

Lo anterior se traduce en que, mientras en el sistema general lo buscado con la imposición de medidas y penas es disuadir al resto para que no se sienta tentado a delinquir y además de esto se pretende devolverle el daño cometido al infractor, lo que se persigue en la justicia juvenil, principalmente, es reeducar y rehabilitar al niño, niña o adolescente, que producto de distintos factores de riesgo, como por ejemplo, una red de apoyo familiar deficitario, se transforma en un “pequeño delincuente”, ya que la vulnerabilidad de su situación en la mayoría de estos casos, no le ha permitido tener otra opción.

Al realizar el presente trabajo, nos hemos percatado que en efecto, en el ámbito de las medidas cautelares son absolutamente aplicables los principios y objetivos a los

que hemos hecho alusión y en eso radica, principalmente, la gran diferencia entre el sistema adolescente y el adulto; en el énfasis de carácter más educativo y responsabilizador del primero en detrimento del segundo.

Esto se ve claramente al observar que la detención, por ejemplo, debe realizarse en recintos especializados y siempre separados de los adultos, siendo nuestra legislación sumamente insistente en dicho mandato, al repetirlo en varias disposiciones. También lo podemos notar en el caso de la internación provisoria, que requiere de supuestos un tanto más complejos que los necesarios para la prisión preventiva. Con respecto a esta última medida, que por cierto es la más dañosa, pudimos detectar que, a pesar de que en la jurisprudencia analizada en la mayoría de los casos tiende a asimilársele a la prisión preventiva para los efectos de deducir recurso de apelación en audiencia, bajo nuestro criterio y después de terminada nuestra investigación, concluimos que ambas medidas no son en absoluto equiparables, toda vez que, a diferencia de la prisión preventiva, la internación provisoria se encuentra enmarcada en un cuerpo legislativo de carácter especialísimo, como lo es la Ley N° 20.084, que va dirigido al sujeto cuya edad oscila entre los 14 y los 17 años, tiene requisitos de procedencia diferentes y se hace efectiva en recintos especializados del Servicio Nacional de Menores. Después de analizadas todas estas características, creemos que es claro que los juzgadores debiesen tener mayor consideración a la especialidad de este sistema, unificando criterios en atención a la protección especial que reviste a la legislación adolescente.

Al examinar el ámbito estadístico, nos percatamos de que el principio de proporcionalidad aún no es del todo respetado en nuestros tribunales, puesto que el porcentaje de adolescentes detenidos con prórroga a cuyo respecto finalmente no se ordena internación provisoria, fue altísimo, superando el 60% de los casos estudiados. En el mismo contexto, del grupo de menores que fueron sometidos a la prórroga de su detención, el 29,5% finalmente no fue condenado; y de los que sí lo fueron, el 16% sufrió una pena no privativa de libertad, lo que nos hace pensar que muy probablemente se haya abusado de esta institución.

Otro aspecto que nos parece en extremo negativo son los días en promedio que un adolescente permanece en internación, que, a pesar de seguir siendo relativamente menor al tiempo en que un adulto permanece confinado, en los primeros tres años fue en franco aumento, transgrediéndose el principio de la privación de libertad como último recurso, aplicable en el ámbito penal en general, pero más necesario si hablamos de un sistema de enjuiciamiento penal adolescente enfocado principalmente en la reinserción del menor y en su interés superior.

Finalmente podemos acotar que tal vez sería positivo que nuestros legisladores se plantearan la posibilidad de una futura reforma, en miras de especializar más el párrafo de las medidas cautelares en la Ley N° 20.084, puesto que la supletoriedad que se le entrega al Código Procesal Penal, hace que muchas veces ambos sistemas cautelares sean peligrosamente asimilados, resultando esto en directo detrimento y perjuicio de los menores infractores, y de la (re) educación que pregonan los tratados internacionales a los que Chile adhiere.

Asimismo, pensamos que aún falta dar mayor énfasis al principio de responsabilización, para que el menor efectivamente entienda todas las implicancias del ilícito que cometió, haciéndose parte más activa en el proceso en su contra y que tenga una mayor comprensión de las consecuencias que acarrea cada una de las actuaciones del proceso, tanto en su favor, como en su contra, especialmente de las medidas que el juez decreta y que le afecten en forma directa.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUERRIZABAL Granstein, M., Lagos Carrasco, G., y Vargas Pinto, T. Responsabilidad penal juvenil: Hacia una justicia especializada. Revista de derecho. Volumen XXII (Nº 2):Pág. 154. Diciembre 2009.
2. AGUILAR Cavallo, G. El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos [en línea] <http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf> [consulta: 10 de octubre de 2012].
3. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217 A (III). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, Francia. 1948.
4. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1386 (XIV). Declaración de los Derechos del Niño. 1959.
5. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2200 (XXI). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966.
6. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 40/33. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. 1985.

7. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25. Convención sobre los Derechos del Niño. 1989.

8. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 42/112. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. 1990.

9. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 45/113. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad. 1990.

10. BERRÍOS Díaz, G. y Vial Recabarren, L. 3 Años de Vigencia Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. [en línea] <www.dpp.cl> [consulta: 10 de mayo 2012].

11. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.191. [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20191/HL20191.pdf>> [consulta: 21 de junio de 2012].

12. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Ley Penal Juvenil. [en línea] <<http://www.bcn.cl/guias/ley-penal-juvenil>> [consulta: 21 de junio de 2012].

13. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Mensaje del Ejecutivo sobre la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. [en línea] <www.bcn.cl> [consulta: 21 de junio de 2012].

14. BLANCO Escandón, C. Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores. [en línea]<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/7.pdf>> [consulta: 14 de mayo 2012].
15. BUSTOS Ramírez, J. Derecho Penal del niño-adolescente. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
16. CALDERÓN B., J. De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral: la hegemonía del interés superior del niño. [en línea] <<http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>> [consulta: 07 de marzo de 2013].
17. CAROCCA Pérez, A. El Nuevo Sistema Procesal Penal. 1° ed. Santiago, Editorial La Ley, 2003.
18. CASARINO, Mario. Manual de Derecho Procesal. 4° ed., Editorial Jurídica de Chile, 1983.
19. CHAHUAN Sarrás, S. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. 6° edición. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009.
20. CILLERO Bruñol, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño [en línea] <www.unicef.org> [consulta: 11 de octubre de 2012].

21. CILLERO Bruñol, M. Infancia, autonomía y derechos. [en línea]
<<http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>> [consulta: 24 de octubre de 2012].
22. CORTÉS, J. La ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones de largo plazo en el ámbito del control social punitivo. [en línea]
Citado por Fuchslocher, 1983, p.154
<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=yls_sela> [consulta: 1 de mayo de 2012].
23. CORTÉS, M. Medidas Cautelares. [en línea]
<<http://procesalcivilgeneral.blogspot.com/2010/05/medidas-cautelares.html>>
[consulta: 12 de julio de 2012].
24. COUSO Salas, J. La otra violencia: Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno. [en línea]
<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=yls_sela> [consulta: 1 de mayo de 2012].
25. COUSO Salas, J. Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil. Justicia y Derechos del Niño. (8): 51-63, noviembre 2006.
26. Defensa de Niños y Niñas Internacional. Justicia Penal Juvenil: experiencias desde el enfoque socioeducativo. [en línea]
<<http://xa.yimg.com/kq/groups/13786338/1771364170/name/JUSTICIA>> [consulta: 26 de octubre de 2012].

27. DUCE Julio, M. 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. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art04.pdf>> [consulta: 26 de octubre de 2012].
28. ESTRADA Vásquez, F. Ley de responsabilidad penal adolescente y políticas de reinserción social. [en línea] <<http://www.slideshare.net/franciscojestrada/clase-ley-de-responsabilidad-penal-adolescente-y-politicas-de-reinsercin-social-presentation>> [consulta: 24 de octubre de 2012].
29. FAVOT, M. Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil. Editorial Lexis Nexis., 2010.
30. GALIANO Maritan, G. La Convención de Derechos del Niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia: Máximo referente normativo de cultura jurídica para la infancia. [en línea] <<http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ggm.html>> [consulta: 24 de octubre de 2012].
31. GATICA, N. y CHAIMOVIC, C.: “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo, 2002.
32. GITTERMAN Montenegro, L. Medidas cautelares en el nuevo proceso penal. Tesis (Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Temuco, Chile. Universidad Católica de Temuco. Escuela de Derecho, 2003.

33. GÓMEZ Orbaneja, en Peláez Sanz, F. y Otro. Las medidas cautelares en el proceso penal. [en línea] <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/199904-eaj36_07.html> [consulta: 21 de septiembre de 2012].
34. GONZALEZ Reyes, J. La medida cautelar de internación provisoria en Chile [en línea] <www.monografias.com> [consulta: 17 de agosto 2011].
35. GONZÁLEZ Reyes, J. Las medidas cautelares en el proceso penal chileno. [en línea] <<http://www.asuntoslegales.cl/publicaciones/op2687.pdf>> [consulta: 08 de marzo de 2013].
36. HENRÍQUEZ Galindo, S. Reinserción social en responsabilidad penal adolescente: el tema pendiente. [en línea] <http://www.4shared.com/file/56437100/3aeed363/Reinsercin_social_en_RPA.html> [consulta: 24 de octubre de 2012].
37. HERNÁNDEZ, C. Las medidas cautelares y las sanciones: ejecución en la justicia penal juvenil. [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/15196957/Las-Medidas-Cautelares-y-Las-Sanciones>> [consulta: 12 de julio de 2012].
38. HORVITZ Lennon, M. y López Masle, J. Derecho Procesal Penal Chileno. 1º Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

39. JORQUERA, René. Síntesis de Derecho Procesal Civil. 1º ed., Ediciones Jurídicas La Ley, 1997.
40. Ley N° 4.447. CHILE. Protección de Menores. Historia de la Ley N° 20.084. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile, 07 de diciembre de 2005.
41. Ley N° 20.084. CHILE. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, noviembre 2005.
42. LÓPEZ Lara, M. De la historia, evolución y desarrollo del sistema penal adolescente y la dogmática del interés superior del niño. [en línea] <http://www.lexweb.cl/media/users/10/523213/files/49917/An_lisis_ley_20.084.pdf> [consulta: 30 de abril 2012].
43. MALDONADO Fuentes, F. La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado. Justicia y Derechos del Niño. (6): 103-160, noviembre 2004.
44. MALDONADO Fuentes, F. La especialidad del sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes. [en línea] < <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/francisco-maldonado-fuentes.pdf>> [consulta: 07 de marzo de 2013].
45. MARIN González, J. Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia (1): 9-54, 2002.

46. MORALES Galito, E. Medidas cautelares. [en línea] <<http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>> [consulta: 21 de septiembre de 2012].
47. ORTEGA Esteban, J. Educación social especializada. Primera Edición. Barcelona, Editorial Ariel, 1999.
48. PELAEZ Sanz, F. y Bernal Neto, J. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal. [en línea] <www.noticiasjuridicas.com> [consulta: 17 de agosto 2011].
49. PEREZ Manrique, R. Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. [en línea]<<http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/participacionjudicialdelosninos-ninas-adolescentes-ricardo-perez.pdf>> [consulta: 24 de octubre de 2012].
50. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. [en línea] <www.rae.es> [consulta: 12 de julio de 2012].
51. Reglamento de la Ley N° 20.084 aprobado por el Decreto 1378 del 25 de Abril de 2007.
52. ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Madrid, Civitas, 1997, Tomo I.
53. SANTIBAÑEZ, M. y Alarcón, C. Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de mejoramiento. [en línea]

<<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/22901/12440529732685.pdf?sequence=1>> [consulta: 29 de octubre de 2012].

54. Servicio Nacional de Menores. Orientaciones técnicas. Medida cautelar personal de sujeción a vigilancia. [en línea] <<http://www.liberar.cl/web/images/stories/pdf/Sistema-Socioeducativo/8-ot-cautelares-amb-resex-0142b.pdf>> [consulta: 21 de septiembre 2012].

55. Servicio Nacional de Menores. Orientaciones Técnicas sobre la medida cautelar personal de internación provisoria en centro cerrado. Departamento de derecho y responsabilidad juvenil [en línea] <www.sename.cl> [consulta: 18 de agosto 2011].

56. Servicio Nacional de Menores. Sistema nacional socioeducativo, sección justicia juvenil [en línea] <www.sename.cl> [consulta: 15 de agosto 2011].

57. TIFFER Sotomayor, C. Justicia Penal Juvenil. Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Experiencia de Costa Rica. [en línea] <<http://www.unicef.org.co/Ley/AI/10.pdf>> [consulta: 30 de abril 2012].

58. FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. Expertos analizan las Ley de responsabilidad penal adolescente a seis meses de su entrada en vigencia. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Ultimas/Expertos-analizan-Ley-de-Responsabilidad-Penal-Adolescente-a-seis-meses-de-su-entrada-en-vigencia>> [consulta: 21 de junio de 2012].

59. VASQUEZ Barriga, E. Elementos jurídicos relevantes de la internación provisoria en el marco de la responsabilidad penal adolescente. Tesis (Magíster en Derecho,

mención Derecho Penal). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011. 138 h.