



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

LA INTERNACIÓN PROVISORIA DEL DERECHO PENAL JUVENIL

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

DANIELA FERNANDA SANHUEZA ALZAMORA

Profesora Guía: Flavia Carbonell Bellolio

Santiago de Chile

2017

Dedicatoria

Dedico la presente memoria a mi madre y a mi padre, por su inconmensurable e infinito amor; a mi hermana y a mis hermanos, por ser la alegría que me guía; a mis amigas y amigos, por siempre creer en mí; a la profesora Carbonell, por empujarme hacia adelante; a todas las personas de la Defensoría Penal Pública que me ayudaron y permitieron que esta memoria viera la luz; y por último, a Pierre, simplemente por estar ahí.

Abstract

El presente trabajo realiza una revisión del criterio de especialidad que guía la atribución de responsabilidad penal de los adolescentes, y, con ello, la medida cautelar de internación provisoria. Propone que es la teoría de la retribución la que permite fundamentar la especialidad de la pena juvenil, para posteriormente establecer de qué manera esta especialidad se traduce en la medida cautelar de internación provisoria. De esta forma, se identifican los principios y fundamentos que deben guiar esta medida cautelar y se postula el estándar de prueba aplicable. Finalmente, a la luz de los principios y criterios planteados, se analiza de manera crítica la jurisprudencia chilena.

Palabras clave: Pena juvenil – Retribución – Medida cautelar – Internación provisoria – Especialidad – Prognosis de pena – Estándar de prueba.

Índice

1	Introducción.....	6
2	Marco Teórico: Especialidad del sistema penal juvenil	8
2.1	Fundamento de la pena juvenil	8
2.1.1	¿Prevencionismo especial como fundamento de la pena juvenil?.....	8
2.1.2	Teoría de la retribución.....	11
2.1.3	Retribucionismo como fundamento de la pena juvenil	13
2.1.3.1	Autonomía privada de los adolescentes.....	13
2.1.3.2	Autonomía pública del adolescente	15
2.1.4	Especialidad del sistema penal juvenil	17
2.1.4.1	La menor culpabilidad del menor	17
2.1.4.2	Mayor efecto punitivo	19
2.1.4.3	Una tolerancia especial para los menores de edad	21
2.2	Educación y reproche.....	22
2.3	Especialidad del sistema penal juvenil en el derecho procesal.....	24
2.3.1	Principio de especialidad en el derecho internacional.....	24
2.3.2	Principio de especialidad como reforzamiento del debido proceso	27
2.3.3	Principio de especialidad en la medida cautelar de internación provisoria	28
2.3.3.1	Procedencia de la internación provisoria.....	29
2.3.3.2	Duración de la internación provisoria	32
2.3.3.3	Condiciones de cumplimiento de la internación provisoria	35
3	La internación provisoria en el proceso penal juvenil.....	37
3.1	Las medidas cautelares en el proceso penal.....	38
3.1.1	Clasificación	38
3.1.2	Medidas cautelares personales.....	39
3.1.3	Principios	40
3.1.4	Requisitos	41
3.2	Prisión preventiva e internación provisoria en el derecho procesal penal chileno	42

3.2.1	Concepto y principios.....	42
3.2.2	Fines	46
3.2.2.1	Internación provisoria y presunción de inocencia	47
3.2.3	Presupuestos	48
3.2.3.1	Fumus boni iuris	48
3.2.3.1.1	La prueba en el presupuesto material de la internación provisoria	49
3.2.3.1.2	Razonamiento probatorio en el proceso penal.....	50
3.2.3.1.3	Estándar de prueba en el proceso penal.....	52
3.2.3.1.4	Estándar de prueba en el presupuesto material de la internación provisoria 54	
3.2.3.2	Periculum in mora	58
3.2.3.2.1	Peligro de obstaculización de la investigación.....	58
3.2.3.2.2	Peligro de fuga.....	59
3.2.3.2.3	Peligro para la seguridad de la sociedad y la seguridad del ofendido ..	60
3.2.3.2.4	Prueba en la necesidad de cautela	62
4	Análisis de jurisprudencia	63
4.1	Principios	64
4.1.1	Principio de excepcionalidad.....	64
4.1.2	Principio de proporcionalidad	66
4.1.2.1	Omisión de prognosis	66
4.1.2.2	Prognosis incompleta.....	68
4.1.2.3	Abierta contravención del principio de proporcionalidad, desconociendo la prognosis efectuada	69
4.2	Estándar de prueba.....	72
4.2.1	Presupuesto material.....	72
4.2.1.1	Causa RIT 424-2016.....	72
4.2.1.2	Causa RIT 1575-2016.....	74
4.2.1.3	Causa RIT 7396-2015.....	76
4.2.1.4	Causa RIT 2926-2016.....	79
4.2.1.5	Causa RIT 3221-2016.....	81
4.2.1.6	Causa RIT 2549-2016.....	83
4.2.1.7	Causa RIT 13090-2015.....	86

4.2.1.8	Causa RIT 7338-2016.....	89
4.2.2	Necesidad de cautela	90
4.2.2.1	Acreditación de falta de necesidad de cautela	91
4.2.2.2	Acreditación de la necesidad de cautela	93
5	Conclusión.....	95
6	Bibliografía	98

1 Introducción

La Ley 20.084, que entró en vigencia el año 2007, regula la atribución de responsabilidad penal a los jóvenes entre 14 y 17 años de edad. Con la introducción de esta ley, en Chile se abandona el modelo tutelar que regía hasta dicho momento, avanzando sustancialmente en la protección de los derechos de los niños y adolescentes, ya que los saca de un sistema en el cual se les imponían medidas que iban “en su beneficio”, pero que se encontraban dotadas de un fuerte carácter intrusivo, limitando y vulnerando fuertemente sus derechos. La ley de responsabilidad penal adolescente, en adelante LRPA, reconoce al adolescente como un sujeto de derechos, responsable por sus actos y, por ende, imputable penalmente. En este sistema, el adolescente debe hacerse responsable por las infracciones que cometa a la ley penal, pero el procedimiento mediante el cual se le atribuye responsabilidad debe realizarse según las normas del debido proceso, es decir, se les reconocen todos los derechos y garantías penales contemplados para los adultos; e incluso más. Por otro lado, la atribución de responsabilidad por los actos cometidos a los menores de edad se hace precisamente reconociéndoles su calidad de adolescentes, es decir, de acuerdo a su grado de madurez y desarrollo personal, el cual difiere al de un adulto. Esto conduce a sostener que el sistema penal de adolescentes, si bien se asemeja en gran medida al sistema penal de adultos, es diferente de éste, por lo que se considera un sistema penal especial, lo cual se traspasa tanto en el ámbito procesal como en el sustancial y en el ejecutivo¹.

Bajo este panorama, la presente tesis buscará determinar, en primer lugar, si el fundamento de una atribución de responsabilidad especial puede sostenerse y explicarse desde la teoría de la retribución, para posteriormente reconocer las razones que permiten establecer que dicha atribución no sólo debe ser cuantitativamente diferente sino también cualitativamente diferente.

En segundo lugar, se buscará identificar el alcance que tiene esta especialidad en todo el sistema de atribución de responsabilidad penal; a la luz de los principios recogidos en los

¹ Gonzalo Berríos, “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, *Revista y derechos de la Justicia* 6 (2005): 164.

diversos instrumentos internacionales, lo que nos permitirá determinar el alcance de este principio en instituciones procesales del derecho penal juvenil, como lo es la prisión preventiva o, como se ha llamado en Chile, la internación provisoria. Lo anterior nos permitirá identificar los principios que deben guiar esta medida cautelar según los criterios del derecho internacional, volviéndose necesario establecer si nuestra normativa nacional hace eco de dichos principios.

A continuación, se realizará un estudio acabado de la regulación de esta medida cautelar en Chile, para lo cual se tornará necesario acudir tanto a la LRPA como a la regulación de la prisión preventiva² del Código Procesal Penal. Se estudiarán sus fines, sus principios y sus presupuestos, haciéndose especial énfasis en el estándar de prueba aplicable tanto en su presupuesto material como en la necesidad de cautela.

Finalmente, se revisará de manera crítica el tratamiento que la jurisprudencia chilena le ha dado a la internación provisoria, analizando si en su razonamiento judicial se hace aplicación de los principios que deben guiar dicha medida, como traducción del principio de especialidad que rige el derecho penal juvenil, y si se utiliza un estándar de prueba objetivable para decretarla. Ello con el objeto de determinar si dicho tratamiento está acorde o no con el desafío de entender que el sistema penal juvenil es un sistema penal especial, que difiere del sistema penal aplicable a los adultos, y con el objeto de determinar si la jurisprudencia cuenta con un estándar de prueba que permita uniformar las decisiones judiciales.

Este análisis se aplicará sobre 31 sentencias de diversos Juzgados de Garantía de Santiago que, o decretaron la medida cautelar de internación provisoria, o la mantuvieron ante la solicitud de revisión por parte de la defensa, y que fueron apeladas durante el año 2016 por la Defensoría Metropolitana Sur. Se analizarán, a su vez, las 31 sentencias emitidas por la Corte de Apelaciones de Santiago que resuelven dichos recursos.

² Es decir, a la medida cautelar aplicable a los mayores de 18 años.

2 Marco Teórico: Especialidad del sistema penal juvenil

2.1 Fundamento de la pena juvenil

La generalidad de la doctrina identifica la “especialidad” del sistema penal de adolescentes con los fines de educación y resocialización, otorgándole, por ende, un papel importante a los objetivos que se pretenden alcanzar con los fines de la prevención especial. Sin embargo, la idea de que el sistema penal juvenil es un sistema penal “especial” debido a su orientación hacia fines de resocialización y educación es una idea no del todo pacífica en la doctrina. El primer capítulo de la presente tesis tiene por objetivo, entonces, identificar los fundamentos que permiten atribuirle responsabilidad penal a personas que son menores de edad, para posteriormente identificar en qué se basa el principio de especialidad que atraviesa todo el sistema, lo cual, finalmente, nos llevará a entender su expresión en la medida cautelar de internación provisoria.

2.1.1 ¿Prevencionismo especial como fundamento de la pena juvenil?

En lo fundamental, podemos clasificar en dos grandes grupos a las teorías que justifican la imposición de una pena a un sujeto en particular, a saber, las teorías prevencionistas y las teorías retribucionistas. Las teorías prevencionistas se encuentran elaboradas de forma prospectiva, buscando prevenir que se cometan nuevos delitos, mientras que las teorías de la retribución se encuentran elaboradas de forma retrospectiva, buscando la imposición de una pena que se considera como justa por el hecho de haber quebrantado una norma del ordenamiento jurídico³. Dentro de la vertiente prevencionista nos encontramos con las teorías de prevención general y las teorías de prevención especial⁴.

A diferencia de las teorías de la prevención general, dirigidas a la sociedad en su conjunto, las teorías de la prevención especial están dirigidas al autor que cometió el delito y

³ Juan Pablo Mañalich, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108 (2005): 126.

⁴ Las teorías que defienden solo uno de estos principios como justificantes de la imposición de la pena son las llamadas teorías monistas; aquellas que defienden una conjunción de éstos, subordinando uno al otro, son las llamadas teorías dualistas o pluralistas. Sobre esto no interesa profundizar mucho para efectos de este trabajo; para profundizar vid. Mañalich, *La pena como retribución*, 118-180.

tienen por objeto desalentar la comisión de hechos futuros por parte de éste⁵. Roxin distingue tres maneras en que puede lograrse esto; mediante la reeducación o resocialización del delincuente, evitando su reincidencia; mediante la intimidación a través de la pena, para que no vuelva a cometer nuevos delitos; y mediante la inocuización del delincuente, protegiendo a la comunidad con su encierro⁶.

Como se señaló anteriormente, suele esgrimirse que el derecho penal juvenil está principalmente enfocado hacia fines de reeducación y resocialización; lo que se busca con la intervención penal es la rehabilitación del menor, para así traerlo de vuelta a la sociedad. Para lograr estos objetivos, se favorecen aquellas sanciones o medidas que permitan y posibiliten el libre desenvolvimiento de la personalidad del adolescente, por sobre aquellas medidas que involucren una intervención mayor del sistema penal y penitenciario, como lo es la privación de libertad. Esto, en base a la gran evidencia empírica que permite sostener que la intervención penal genera efectos negativos⁷, opuestos a los buscados por los principios de reeducación y resocialización. Las penas privativas de libertad e incluso un primer contacto del adolescente con la justicia penal generan en ellos efectos criminógenos, desocializadores y grandes problemas psicológicos, por lo que se debe procurar limitar al máximo la relación del adolescente con la justicia penal, con el fin de permitirle reinsertarse en los diferentes ámbitos de su vida; familia, colegio, amigos, comunidad, etc.⁸

Lo anterior debe venir complementado con el principio del interés superior del niño, recogido ampliamente en la normativa internacional –aunque también en ciertos ámbitos del derecho chileno–⁹, que exige respetar el desarrollo autónomo y los derechos de los adolescentes, así como su derecho a la libertad personal, posibilitando que éstos se

⁵ Gunther Jackobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid: Marcial Pons, 1997), 29.

⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 85-86.

⁷ Como lo demuestra un estudio realizado en Estados Unidos. Jeffrey Fagan y Aaron Kupchik, “Juvenile Incarceration and the Pains of Imprisonment”, *Duke Forum for Law & Social Change* vol. 3:29 (2011): 59.

⁸ Jaime Couso Salas, “Los adolescentes ante el derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* vol XXV N° 1 (2012): 164.

⁹ Convención de Derecho del Niño, artículo 3 párrafo 1; Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General N° 14 del año 2013; Ley 19.620 sobre adopción de menores, artículo 1°; Ley 19.947 sobre matrimonio civil, artículo 3°; Ley 19.968 que crea los Tribunales de familia, artículo 16°, inciso 2°; Ley 10084 artículo 2°.

desenvuelvan en la sociedad de forma independiente¹⁰. De esta manera, este principio no permitiría, por ejemplo, imponer una pena privativa de libertad a un adolescente esgrimiendo que ésta es necesaria para su reeducación y reinserción en sociedad, pero que atentara a la vez contra sus derechos y garantías contemplados en la normativa vigente¹¹.

Es bastante importante, entonces, el rol que se le otorga al principio preventivo especial en el derecho penal de los adolescentes. Nuestra propia LRPA sostiene en su artículo 20° que “*Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes 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*”. Sin embargo, considerar dicho principio como el fundamento de la pena dentro de la Justicia Penal Juvenil es una cuestión que no deja de ser problemática, ni se encuentra exenta de críticas. La imposición de una pena preventivo-especial es una cuestión que ha sido fuertemente criticada tanto desde un punto de vista empírico, cuestionando la efectividad de la misma, como desde un punto de vista normativo, cuestionando la legitimidad de la misma¹².

Estas cuestiones han llevado a parte de la doctrina a sostener que en el ámbito teórico la imposición de la pena juvenil viene fundamentada por la teoría preventivo general positiva, precisamente por las dificultades insalvables de fundamentar la imposición de una pena a partir de la teoría preventivo especial¹³. La presente tesis, en cambio, buscará fundamentar la imposición de la pena juvenil desde la teoría de la retribución, para desde allí fundamentar el principio de especialidad presente en la pena juvenil y, finalmente, explicar qué función cumplen los fines de educación dentro del sistema. Con todo, no se profundizará en las

¹⁰ Beatriz Cruz Márquez, “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”, *AFDUAM* 15 (2011): 244.

¹¹ Cruz Márquez, *Presupuestos de la responsabilidad penal del menor*, 243. La autora realiza una distinción entre el interés superior del niño y los principios de educativos y resocializadores, que puede ser útil para graficar el punto anterior.

¹² Un mapa bastante detallado sobre los problemas de legitimidad y eficacia de la pena entendida como resocializadora podemos encontrarlo en Jaime Couso Salas, “Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil”, *Justicia y derechos del niño* 9 (2007): 219-231.

¹³ Miguel Cillero Bruñol, “Comentario a la ley de responsabilidad penal adolescente”, *Justicia y derechos del niño* 8 (2006): 105-112.

diferencias o conflictos existentes entre una teoría de la prevención general positiva y el principio de retribución, sobre lo que ya existe abundante bibliografía¹⁴.

2.1.2 Teoría de la retribución

Siguiendo a Mañalich, desde un punto de vista retribucionista de la pena ésta puede ser definida como “*expresar un reproche merecido por un comportamiento incorrecto que es imputable como acción culpable*”¹⁵. Al considerar la pena de este modo, se abandona cualquier interpretación utilitarista de ella, ya que su justificación viene dada sólo por el hecho de su merecimiento.

Ahora bien, lo relevante en una teoría retribucionista es que el juicio de merecimiento está necesariamente vinculado al comportamiento injusto y son precisamente las normas de comportamiento¹⁶, que obligan a comportarse de cierta forma o prohíben comportarse de otra y cuya transgresión constituye un delito, las que establecen los estándares del comportamiento considerado como justo. Dentro de esta teoría, cobra especial importancia entonces la legitimidad de la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento será objeto de un reproche merecido, expresándose dicha legitimidad en dos ámbitos diferentes.

En primer lugar la norma de comportamiento debe estar dirigida a posibilitar la mantención o creación de espacios que permitan el desenvolvimiento libre de los miembros de una comunidad, que gozarán de ellos en virtud de su autonomía privada. Así, una norma justa será a aquella cuyo seguimiento es ventajoso para toda la sociedad, de modo que, al ser respetada por todos, le trae beneficios a cada destinatario en particular. Sólo las normas de

¹⁴ Para ver una fundamentación desde una teoría de la prevención general ver: Cillero, *Comentario a la ley de responsabilidad pena adolescente*; Francisco Maldonado Fuentes, “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 (2004): 103-160; Couso, *Los adolescentes ante el derecho penal en Chile*.

¹⁵ Mañalich, *La pena como retribución*, 156.

¹⁶ Es importante señalar que se adscribe a la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción. Mientras que las primeras determinan el estándar de qué es lo que será objeto de reproche penal, las segundas permiten al adjudicador aplicar una pena como reacción jurídica por el no cumplimiento de una obligación. Al respecto vid. Juan Pablo Mañalich, “Norma e imputación como categoría del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia* 12 (2010): 169-190.

comportamiento consideradas como justas proveen de espacios de libertad que permiten la coexistencia de las personas dentro de una sociedad, volviéndose necesarias, por ende, para que éstas se desenvuelvan de forma libre y autónoma dentro de ella¹⁷. Estos espacios sólo pueden existir y ser mantenidos si cada individuo, al seguir la norma, tiene confianza en que la norma será seguida por sus conciudadanos; de otra forma, no resultaría racional su seguimiento. Una persona podría, sin embargo, aprovecharse de la circunstancia de que la norma es observada por la comunidad y vulnerarla para obtener una ventaja o interés particular. Al actuar de esta forma, abusa de la confianza que le fue entregada por parte de la sociedad en tanto miembro de la comunidad, defraudando las expectativas que tiene ésta sobre su comportamiento¹⁸. Es debido a esto que *“la pena expresa el reproche por un abuso unilateral de la confianza cuya reciprocidad es indispensable para la estabilidad de las normas de comportamiento cuyo seguimiento posibilita la coexistencia de iguales espacios de libertad”*¹⁹.

En un segundo ámbito, la legitimidad de la norma de comportamiento viene dada por la reconducción que podemos hacer de ella al sujeto mismo, en virtud de su autonomía pública. En un sistema democrático, la legitimidad de una norma de comportamiento la encontramos en el proceso de su creación, la norma se encuentra vinculada al sujeto ya que éste es co-fundador de ella al ser miembro de la comunidad política. De esta manera, en su dimensión de autonomía pública, como ciudadano con capacidad de deliberación, puede y tiene derecho a participar de los procedimientos institucionales de creación o rechazo de las normas (ya sea mediante su derogación o su modificación)²⁰, vinculándose de esta manera a dichas normas de las que es destinatario en virtud de su autonomía privada; por tratarse de un ciudadano de derecho, miembro de la comunidad política²¹. Esto le confiere a la norma el carácter de universal, resultando válida como criterio para que todo ciudadano adecúe su comportamiento a ella como destinatario de la misma²².

¹⁷ Mañalich, *La pena como retribución*, 141-142.

¹⁸ Mañalich, *La pena como retribución*, 142-143.

¹⁹ Mañalich, *La pena como retribución*, 143.

²⁰ Mañalich, *La pena como retribución*, 187.

²¹ Mañalich, *La pena como retribución*, 185.

²² Mañalich, *La pena como retribución*, 189.

La pregunta que surge en este punto es que si elaborada de esta forma, una teoría retribucionista o del merecimiento -que fundamenta la imposición de una pena como reproche merecido por el quebrantamiento de una norma de comportamiento que es válida en tanto es beneficiosa para todos los ciudadanos y en tanto puede ser reconducida a todo miembro de la comunidad como norma universal- permite fundamentar de la misma manera, con iguales argumentos, una pena impuesta a un adolescente.

2.1.3 Retribucionismo como fundamento de la pena juvenil

Defender la imposición de una pena juvenil desde la teoría de la retribución implica necesariamente hacerse cargo del lugar que ocupan los jóvenes dentro de la sociedad. Ya a simple vista podemos observar que los menores de 18 años no participan de todas las ventajas del tráfico jurídico y tampoco pueden participar del proceso de creación de las normas. La pregunta es, entonces, como compatibilizamos este déficit de autonomía privada y pública²³ con la imposición de una pena que tiene como presupuesto inicial que la infracción culpable deba ser sobre una norma considerada como legítima y vinculante para el infractor.

2.1.3.1 Autonomía privada de los adolescentes

La doctrina de la protección integral de los derechos de los niños, recogida tanto en la Convención Internacional de los derechos del niño como en otros instrumentos internacionales²⁴, reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derecho, dotados de un espacio de autonomía. Es sobre la base de esta doctrina que podemos configurar el sistema penal juvenil como un sistema de responsabilidad; al reconocer al adolescente como sujeto de

²³ Nicolás Chacana Alegría, “Fundamentos teóricos para la regencia del principio de especialidad en la responsabilidad penal adolescente”, *Revista de derecho Consejo de Defensa del Estado* 34 (diciembre 2015): 106-107.

²⁴ Reglas Mínimas para la administración de la justicia de menores, Reglas mínimas para la protección de menores privados de libertad y Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Vid. Mary Beloff, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, *Justicia y Derecho del Niño* 1 (1999): 16-20

derechos que goza de ciertos espacios de libertad que le permiten auto-determinarse, es que podemos exigirle responsabilidad (culpabilidad) por los actos cometidos²⁵⁻²⁶.

Como miembro de la sociedad, sin embargo, el reconocimiento de estos espacios de autonomía que le permiten al adolescente administrar de forma libre sus derechos, no es completo sino más bien parcial. De esta manera, la responsabilidad que se deriva de dicho reconocimiento por parte del Estado, difiere de la responsabilidad derivada del mismo reconocimiento a un adulto, ya que en este último caso su autonomía privada si es completa. Volviendo un paso atrás, para que una norma sea considerada justa, debe ser aceptable para todos, esto es, el seguimiento generalizado de ella debe ser ventajoso para cada uno de los miembros de la comunidad en particular²⁷. Sin embargo, actualmente un adolescente no puede disfrutar de dichas ventajas de la misma forma en que lo hace un adulto, lo cual debe reflejarse en el reproche expresado mediante la imposición de una pena. Si la ventaja obtenida a partir del seguimiento generalizado de la norma por parte de la comunidad es menor, entonces la expresión de reproche por defraudar las expectativas recíprocas de la comunidad en el seguimiento de la norma debe ser a su vez menor²⁸.

Dicho de otro modo, *“el criterio que permite la atribución de responsabilidad-capacidad de culpabilidad- que el derecho legítimamente puede exigir a una persona depende del reconocimiento que el propio ordenamiento le conceda a sus espacios de desarrollo autónomo”*²⁹.

²⁵ Maldonado, *La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes*, 115. En el mismo sentido; Juan Bustos, *Derecho penal de niño adolescente: estudio de la ley de responsabilidad penal adolescente* (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007), 28-29.

²⁶ La doctrina de la protección integral de los derechos del niño excede el marco de atribución de responsabilidad penal adolescente. Esta doctrina se caracteriza por ser un conjunto de normas que regulan la relación de los menores de edad con sus pares, los adultos y el Estado. En este último caso, regula las obligaciones que tiene el Estado para con los menores de edad partiendo siempre de la base que los vincula una relación de derecho, lo que caracteriza a su vez los conflictos que estos tengan con el Estado. Así, esta doctrina abarca tanto los conflictos provenientes de actos delictivos cometidos por adolescentes como aquellos actos en que se vulneren sus derechos por parte de terceros, lo que incide directamente en el rol de los órganos jurisdiccionales destinados a solucionar dichos conflictos, así como los objetivos de éstos y el tratamiento que debe dárseles a dichos conflictos. Francisco Maldonado Fuentes, “Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* 5 (2014): 43.

²⁷ Vid. Supra Capítulo 2.1.2.

²⁸ Chacana, *Fundamentos teóricos para la regencia del principio de especialidad en la responsabilidad penal adolescente*, 120.

²⁹ Maldonado, *La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes*, 133.

2.1.3.2 Autonomía pública del adolescente

El verdadero conflicto, sin embargo, lo encontramos en el ámbito de la autonomía pública: el adolescente no es miembro de la comunidad política, ya que no puede participar en el proceso democrático de creación o reprobación de las normas. En un sistema democrático la legitimidad del sistema penal, y por ende la legitimidad de una norma de comportamiento cuya infracción pueda ser objeto de un reproche merecido, viene dado por la reconducción que podemos hacer de éste y de sus normas a cada uno de los miembros de la comunidad política. Nos vemos enfrentados, entonces, ante un problema de legitimidad con la imposición de un reproche penal a un adolescente que es excluido del procedimiento institucional de creación y derogación de las normas penales³⁰.

Si bien la mayoría de los autores no se pronuncia respecto al problema de la falta de autonomía pública en los menores de edad, otros han planteado ciertas soluciones que pasaremos a revisar a continuación.

Una alternativa es la solución planteada por Mañalich, quien sostiene que simplemente debe aceptarse que el derecho penal juvenil es de carácter heterónomo. Argumenta que el reproche merecido impuesto a un menor de edad que quebranta una norma de comportamiento viene dado por la anticipación de reconocimiento de autonomía, implícita en el reproche penal, pero que en ningún caso éste debe ser pleno o irrestricto³¹. En primer lugar, ya que al no ser plenamente capaz de autodeterminarse no se le puede adscribir responsabilidad o culpabilidad de la misma forma en que se le adscribe culpabilidad a un adulto y, en segundo lugar, porque lo que se le imputa es el quebrantamiento de normas ajenas a él, ya que el adolescente no goza de autonomía política. Esto, sostiene Mañalich, necesariamente vuelve al derecho penal juvenil un sistema heterónomo en sentido político³², y esta heteronomía debe

³⁰ Gonzalo Berríos, “Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia”, En: Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. 1a. ed. (Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008), 403 y Chacana, *Fundamentos teóricos para la regencia del principio de especialidad en la responsabilidad penal adolescente*, 119-121.

³¹ Juan Pablo Mañalich, “Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quater del Código Penal”, *Estudios de derecho penal juvenil IV* (2013): 219.

³² Mañalich, *Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quater del Código Penal*, 220.

necesariamente reflejarse en la adscripción de responsabilidad penal por un comportamiento defectuoso³³.

Otra visión es aportada por Chacana, quien defiende la tesis de que el ejercicio de la autonomía pública no deriva del efectivo ejercicio del derecho a voto, de lo que puede concluirse que este ejercicio es siempre eventual, siendo por tanto la autonomía pública compatible con su no ejercicio. Es por esto, argumenta, que el ejercicio de la autonomía pública no puede ser medido en términos binarios, sino más bien debe ser medido de forma gradual. En este caso en particular, la gradualidad la encontramos en el reconocimiento de que al adolescente le asiste un derecho potencial de autonomía pública, ya que de cumplir con el plazo fijado por la ley (mayoría de edad) podrá ejercer de forma completa dicho ejercicio. Concluye, entonces, que en tanto la autonomía pública *“es reconocida de forma potencial – que equivale a decir “gradual”–, la reprochabilidad por una conducta no conforme a Derecho debe ser proporcionalmente más baja”*³⁴.

Las posturas recién expuestas nos permiten fundamentar la imposición de una pena a un menor de edad desde una concepción retribucionista de la misma. Si entendemos la pena juvenil como expresión de un reproche merecido por el quebrantamiento de normas de comportamiento legítimas en cuanto beneficiosas para los miembros de la comunidad, que, como tales, gozan de autonomía privada, entonces el reproche penal debe ir en concordancia con el reconocimiento de esta autonomía. Así, a los adolescentes se les reconoce un espacio de autonomía parcializada, lo cual debe reflejarse en un reproche menor expresado mediante la pena. Por otro lado, el problema de la legitimidad de las normas en cuanto a su -falta de- autonomía pública puede solucionarse asumiendo derechamente que el sistema penal juvenil es un sistema penal heterónimo o considerando que los adolescentes gozan de un derecho eventual o parcial del ejercicio de su autonomía pública, ambas posturas nos llevan a concluir que lo anterior debe necesariamente traducirse en un reproche penal morigerado.

³³ Mañalich señala, como ejemplo, que la definición de los presupuestos de una eximente por error de prohibición debieran ser más flexibles. Mañalich, *Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quater del Código Penal*, 220.

³⁴ Chacana, *Fundamentos teóricos para la regencia del principio de especialidad en la responsabilidad penal adolescente*, 122.

2.1.4 Especialidad del sistema penal juvenil

Hasta el momento hemos logrado fundamentar la imposición de la pena juvenil desde una perspectiva retribucionista. Ahora bien, al entender que la medida del reproche viene determinada por la medida de su merecimiento y que éste, a su vez, en el caso de los adolescentes difiere del de los adultos debido a un reconocimiento parcial de sus espacios de libertad, así como del déficit presente en su ámbito de autonomía pública, es que podemos llegar a comprender que el reproche penal dirigido a un adolescente es y debe ser morigerado en comparación con el reproche dirigido a un adulto. Lo anterior arroja luces sobre por qué se considera al derecho penal juvenil un sistema penal especial, diferenciado del de adultos. Sin embargo, aún restan razones aportadas por la doctrina que explican por qué el derecho penal juvenil debe ser un sistema penal cualitativamente diferente del proceso penal de adultos y no simplemente un sistema penal cuya escala de penas deba ser cuantitativamente menor que la de los adultos.

Al respecto, una revisión bastante sistemática de las razones planteadas por la doctrina para justificar un sistema penal juvenil *especial* es realizada por Von Hirsch, quien plantea que existen tres razones principales para fundamentar un trato diferenciado en la atribución de responsabilidad juvenil de la de adultos, a saber; la menor culpabilidad de los menores de edad; un “efecto punitivo” mayor y una “tolerancia especial” a sus comportamientos³⁵.

2.1.4.1 La menor culpabilidad del menor

Se ha sostenido que las sanciones penales a los menores de edad deben ser proporcionalmente menores que las impuestas a los adultos en virtud de su menor culpabilidad, la cual se fundamenta a través de dos razones diferentes. La primera de ellas dice relación con las facultades cognitivas presentes en el adolescente, mientras que la segunda dice relación con sus capacidades volitivas.

³⁵ Andrew Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?”, *Estudios de derecho penal juvenil III* (2012): 61-86.

Al hablar del factor cognitivo nos referimos a la capacidad del adolescente de comprender las consecuencias lesivas que puede tener su comportamiento defectuoso. Esto no implica que carezca de capacidad para comprender las consecuencias de los requisitos involucrados en un determinado tipo penal; más bien carece de la capacidad de comprender que las demás personas son titulares de determinados intereses y la forma en que un determinado comportamiento delictivo afecta dichos intereses, así como la magnitud de dicha afcción. Von Hirsch lo grafica con un ejemplo: *“Si bien el ladrón domiciliario de 15 años puede ser consciente de que ingresó ilegalmente en el piso de su víctima y robó su televisor, es posible que tenga menos conciencia de la forma en que su presencia agravia el legítimo sentido que tiene la víctima del domicilio como espacio personal, y de cómo su ingreso puede hacer que la persona se sienta vulnerable e insegura”*³⁶. Este déficit se explica precisamente porque llegar a comprender estas cuestiones requiere de tiempo: el razonamiento moral para entender que un determinado comportamiento puede llegar a ser lesivo para intereses ajenos se adquiere mediante un proceso evolutivo y es precisamente en la etapa de la adolescencia donde empieza a gestarse dicha forma de pensar. Entender de esta manera el déficit de las capacidades cognitivas nos permite comprender por qué una falla en el razonamiento moral es un factor determinante a la hora de atribuir responsabilidad a un menor de edad, pero no lo es a la hora de atribuir responsabilidad a un adulto; de éste último, el ordenamiento asume que ha desarrollado su razonamiento moral (sin que tenga relevancia que esto sea realmente cierto). Lo anterior no debe basarse, sin embargo, en una concepción descriptiva de la capacidad de cognición (que haría a la culpabilidad depender de evidencia empírica), sino más bien debe considerarse la cognición desde un punto de vista normativo. La “menor” culpabilidad del menor no es sino la culpabilidad que es razonable exigir normativamente de una persona en proceso de desarrollar su razonamiento moral. Entender que el razonamiento moral se adquiere a través de los años nos permite, a su vez, concluir que las expectativas normativas difieren con la edad; es decir, la culpabilidad de un menor de edad de 14 años difiere de la de uno de 16 o 17 años³⁷.

³⁶ Von Hirsch, *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?*, 66.

³⁷ Von Hirsch, *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?*, 65-68.

El factor volitivo, por otro lado, dice relación con el control de los impulsos. “*Los adolescentes tienden a ser menos capaces de posponer la gratificación, de controlar los sentimientos de ira y agresión, y de resistir las presiones de los pares*”³⁸. Esto toma relevancia a la hora de determinar la culpabilidad por la misma razón que esgrimimos en el apartado anterior, la capacidad de controlar los impulsos requiere de tiempo para ser aprendida, aprendizaje que ocurre precisamente en la etapa de la niñez y de la adolescencia; es en esta etapa, mediante la exposición a diversas situaciones sociales, que las personas desarrollan la capacidad del autogobierno. Las expectativas normativas que se tienen, entonces, de un menor de edad respecto de su control volitivo difieren de las expectativas normativas que se tienen respecto de un adulto. Por lo mismo, debemos aplicar esta distinción dentro del rango etario de los menores, al igual que en el caso anterior³⁹.

2.1.4.2 Mayor efecto punitivo

La segunda de las razones por la cual se fundamenta un trato diferenciado en la práctica punitiva del adolescente, en comparación con la de un adulto, se refiere al efecto que produce la misma sobre ellos. Se sostiene que una determinada pena, a la hora de ser impuesta, le es más gravosa a un adolescente que a un adulto, por lo que, en virtud del principio de proporcionalidad, el reproche merecido que se le impone al adolescente debe ser menor que el que se le impone a un adulto⁴⁰.

La onerosidad del reproche penal, sin embargo, no debe determinarse según criterios meramente subjetivos. Hacer que la imposición de una pena sea dependiente de las características subjetivas del sujeto menor del reproche es hacer, a final de cuenta, que éstas sean relativas al autor del comportamiento, lo cual devendría en tratos desiguales para iguales comportamientos moralmente considerados como incorrectos. Von Hirsh plantea, como contrapartida a una concepción subjetivista de la intensidad del reproche penal, que su intensidad debe estar determinada según la forma en que afecta determinados intereses, encontrándose la graduación de estos intereses determinada según son necesarios para el

³⁸ Von Hirsch, *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?*, 68.

³⁹ Von Hirsch, *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?*, 68-69.

⁴⁰ Von Hirsch, *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?*, 70.

desarrollo libre y autónomo de la personalidad⁴¹. De esta forma, la onerosidad de la pena se determina en base a la importancia del interés afectado y en base a la medida de perturbación del mismo. Este criterio, si bien descriptivo en parte, debe a su vez entenderse desde un punto de vista normativo. Ello quiere decir que no es relevante la forma en que una persona siente la afectación de un interés, mas bien la importancia del mismo y su grado de afectación vienen determinados por la importancia que la sociedad les otorga como componentes necesarios para la configuración de la misma sociedad de forma libre.

Es a partir de esta concepción del efecto punitivo que nos preguntamos por los intereses de los adolescentes que son afectados mediante la imposición de penas. Aquí Von Hirsch esgrime dos clases de intereses que se distinguen de aquellos intereses de los adultos y que, por ende, elevan la intensidad del impacto punitivo en los menores de edad. El primer grupo de intereses se refiere a aquellos que resultan vitales para la etapa misma de la adolescencia; al ser ésta una etapa de desarrollo en que el adolescente se encuentra aprendiendo a relacionarse tanto con sus pares como con la sociedad, los intereses que se ven envueltos en este proceso, y que permiten que el adolescente moldee y configure su personalidad, resultan indispensables para que ésta se desarrolle de forma correcta. Restringir los espacios de autonomía de los menores de edad resulta extremadamente perjudicial, ya que requieren de esos espacios para madurar y tener una adecuada transición hacia una vida adulta, es por esto que un reproche merecido expresado mediante una pena que afecta dichos espacios les resulta más oneroso a ellos que a los adultos.

El segundo grupo de intereses fuertemente comprometidos en la etapa de la adolescencia es aquel relacionado con la capacidad de autoestima. Comprendemos que la pena, como expresión de un reproche merecido en respuesta a un comportamiento incorrecto, debe necesariamente constituir la irrogación de un mal, ya que sólo de esta manera se logra contrarrestar aquel acto de afectación al derecho, el delito⁴². Entendida de esta manera, la imposición de una pena afecta necesariamente la concepción que uno tiene sobre uno mismo, y dicha afeción difiere en el caso de los adolescentes. La construcción de la autoestima

⁴¹ Von Hirsch, *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?*, 70-72.

⁴² Para entender la irrogación de un mal como expresión de un reproche penal vid. Mañalich, *La pena como retribución*, 161-163.

requiere, al igual que en los casos anteriores, de madurez y experiencia para formarse, por lo que, estando el adolescente en una etapa en que la concepción sobre sí mismo aún está en desarrollo, es que tiene una mayor susceptibilidad ante la crítica y el castigo. De esta manera, la expectativa normativa de que el castigo afecta en mayor medida la autoestima de un adolescente que la de un adulto debe tener como consecuencia una aminoración en el castigo para los adolescentes, de lo contrario éste resultaría desproporcionado⁴³. Por otro lado, el reproche penal, al ir en concordancia con las expectativas normativas que se tengan sobre el grado de madurez y desarrollo de la autoestima, debe reconocer diferencias de acorde a la edad del infractor de la ley penal.

2.1.4.3 Una tolerancia especial para los menores de edad

La menor culpabilidad del adolescente y su menor resiliencia ante un reproche penal nos permiten arribar a la conclusión de que es necesario establecer un sistema diferenciado de responsabilidad penal que rijan para los menores de edad. Sin embargo, esta especialidad hasta el momento se traduce simplemente en una distinción cuantitativa respecto del reproche penal que se aplica en el sistema penal de adultos. Los factores de culpabilidad y efecto punitivo no alteran las convenciones existentes que relacionan gravedad del delito con severidad de la pena: sólo realizan un ajuste de disminución de ambos aspectos, lo que tiene como resultado final penas equivalentes entre adultos y adolescentes⁴⁴.

Cabe preguntarse, por tanto, si existen argumentos que permitan sostener que el sistema penal juvenil debe ser un sistema cualitativamente diferente del de adultos. Von Hirsch responde afirmativamente a esta pregunta basándose en lo que denomina “tolerancia especial”. Sostiene que la adolescencia es sobre todo un período de prueba, un período de experimentación y transición de una vida dependiente hacia una autonomía plena como ciudadano. Durante esta etapa el adolescente se encuentra en una posición en que debe aprender a tomar decisiones de forma autónoma y a tomar responsabilidad por las acciones cometidas. Por lo mismo, es un período en el que prueba sus límites y, sobre todo, comete

⁴³ Von Hirsch, *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?*, 70-73.

⁴⁴ Von Hirsch, *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?*, 73.

errores. Como sociedad, debemos asumir los riesgos inherentes a un reconocimiento de este espacio de aprendizaje, sobre todo si esperamos que la sociedad se configure de personas con capacidad de tomar decisiones de forma responsable. Debiera haber cierta comprensión por los errores que cometen los adolescentes a la hora de tomar sus decisiones y que podrían no haber cometido, con independencia de que hayan sido plenamente conscientes del daño involucrado. Esto no quiere decir que no deba reconocérseles a los adolescentes responsabilidad alguna por sus actos, pero el reconocimiento de su calidad de agentes morales dentro de la sociedad, que posibilita que sean merecedores de un reproche penal por un comportamiento incorrecto, debe compatibilizarse con el reconocimiento de estos espacios de aprendizaje. Es aquí donde radica la centralidad del conflicto. Von Hirsch plantea que la solución sería establecer una convención de reproche que sea menos rigurosa para los menores de edad que aquella aplicada a los adultos. *“Al castigar menos, esperamos preservar mejor las oportunidades y las perspectivas del joven -y así permitirle vivir libremente como adulto, con menos cargas por sus errores anteriores”*⁴⁵.

Lo dicho anteriormente nos permite concluir que el derecho penal juvenil constituye un sistema especial y no sólo debe diferenciarse cuantitativamente del derecho penal de adultos, sino que debe diferenciarse también cualitativamente de aquél.

2.2 Educación y reproche

Expuesta de esta forma la teoría retribucionista, resulta ser no sólo fundamento de la pena juvenil sino también fundamento de la especialidad de la misma. Ello, en conjunto con las razones aportadas por la doctrina, nos permiten arribar a la conclusión de que reprochar a un adolescente no es y no puede ser lo mismo que reprochar a un adulto. Resta resolver si los principios de educación y resocialización tienen cabida dentro del sistema penal juvenil o, si de alguna manera, éstos se encuentran expresados a través de su especialidad.

Una primera opción sería postular una teoría mixta, mediante la cual se reconociera a los fines de educación y resocialización como igualmente importantes en la imposición de una

⁴⁵ Von Hirsch, *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencias con las de los adultos?*, 74.

pena como se le reconocen a los fines retributivos. Sin embargo, sostener esta postura nos llevaría de forma inevitable al absurdo de tener que concluir que, en ciertos casos, debe imponerse y no debe imponerse una pena⁴⁶. Debemos, por ende, abandonar los intentos por ubicar el principio educativo en un nivel interno de justificación de la pena y evaluar la posibilidad de ubicar este principio en un nivel externo a la justificación de la misma.

Siguiendo a Valenzuela, la imposición de una pena sólo puede venir justificada por el quebrantamiento culpable de una norma jurídica reforzada penalmente. Al constituir este quebrantamiento una objetivación de un desconocimiento de justicia en la realidad, es que debemos entender que la pena será siempre un mal, ya que para que el reproche cuente como tal éste debe ser, a su vez, objetivado⁴⁷. Si el delito es la objetivación de una voluntad particular que desconoce la vigencia de ciertas normas jurídicas, entonces la pena debe ser la objetivación de una voluntad general (la sociedad) que anula esa voluntad particular, reestableciendo la vigencia de dichas normas⁴⁸. Este reproche, sin embargo, puede ser portador de un mensaje moral, puede expresar que un determinado comportamiento está mal. En otras palabras “*se educa, en el contexto del Derecho Penal, cuando se contrasta la evidencia moral de lo correcto (jurídicamente señalado) con la acción defectuosa del autor*”⁴⁹.

En consecuencia, el principio de educación operaría en un nivel externo de individualización de imposición de la pena, de forma particular, pero nunca como una justificación interna del sistema penal general dentro de una sociedad⁵⁰⁻⁵¹.

⁴⁶ Los problemas lógicos que plantean las teorías mixtas de fundamentación de la pena se encuentran esbozados en Mañalich, *La pena como retribución*, 133-135, quien expone el argumento de reducción al absurdo planteado por Moore.

⁴⁷ Jonatan Valenzuela, “La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil”, *Revista de Estudios de la Justicia* 11 (2005): 250.

⁴⁸ Mañalich, *La pena como retribución*, 161-163.

⁴⁹ Valenzuela, *La pena y la educación*, 251.

⁵⁰ Valenzuela, *La pena y la educación*, 250-252.

⁵¹ Otras tesis serán las planteadas por Couso, quien le reconoce al principio educativo funciones simplemente limitativas del reproche penal, y por Chacana, quien reconoce al principio educativo como complemento necesario del principio retribucionista, a nivel externo, como mensaje moral explicitado en el reproche penal. Vid Couso, *Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil*, y Chacana, *Fundamentos teóricos para la regencia del principio de especialidad en la responsabilidad penal adolescente*, 122.

2.3 Especialidad del sistema penal juvenil en el derecho procesal

La atribución de responsabilidad penal a los adolescentes bajo el prisma de la teoría de la retribución, en conjunto con diversas razones esgrimidas por la doctrina, nos permite entender por qué esta atribución debe realizarse bajo criterios diferenciados de aquellos contemplados en el derecho penal de adultos. Sin embargo, como se señaló en un inicio del trabajo, la especialidad del sistema penal de adolescentes no se agota en la atribución de responsabilidad, sino que trasciende todo el sistema penal, manifestándose no sólo en el ámbito sustantivo sino también en el ámbito procesal y en el ejecutivo. Para entender de qué forma se traduce este principio en el ámbito de nuestro estudio, la internación provisoria del derecho penal juvenil, es que analizaremos la normativa internacional, la cual, junto con el reconocimiento de este principio, nos entrega ciertas guías de la traducción del mismo en la internación provisoria. En ese orden de ideas, partiremos por analizar la normativa internacional que reconoce el principio de especialidad como principio rector de todo el sistema penal juvenil, para a continuación enfocarnos en como la normativa internacional recoge este principio en la medida cautelar de internación provisoria, en conjunto con establecer si nuestra normativa interna hace eco de esa legislación.

2.3.1 Principio de especialidad en el derecho internacional

El principio de especialidad se encuentra fuertemente consagrado en diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile y es ampliamente reconocido por los órganos encargados de definir los parámetros de aplicación de estos diversos instrumentos internacionales⁵². En ese sentido, la Convención de los Derechos del Niño⁵³ consagra en su párrafo noveno que el niño requiere de una protección y cuidado especial, incluso en el ámbito legal, idea que concreta en el artículo 40.3, que señala que los estados parte de la CDN deben promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de los cuales se quiera atribuir responsabilidad penal por la infracción de una

⁵² Mauricio Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”, *Revista Ius et Praxis* vol. 15 N° 1 (2009): 77.

⁵³ En adelante CDN.

norma jurídica. El Comité de derechos del niño, por su parte, refiriéndose al interés superior del niño, enfatiza la idea señalando que las particulares diferencias entre los adultos y los adolescentes “*justifican la existencia separada de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños*”⁵⁴.

Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores⁵⁵, por su lado, consagran en su regla N° 2.3 lo siguiente: “*En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar 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 la justicia de menores*”, lo cual tiene por objeto: “*1. Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos*”. Encontramos una norma en igual sentido en la directriz 52 de las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990.

El principio de especialidad, sin embargo, no es sólo reconocido por aquellos instrumentos internacionales destinados a regular los derechos de los niños y adolescentes. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.4 señala, al referirse al debido proceso, que el procedimiento aplicable al menor de edad debe tener en consideración su minoría de edad, destacando la importancia de su readaptación social. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁶ en el numeral 5 del capítulo 5, que consagra el derecho a la integridad personal, señala: “*Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados*”. Estas normas se ven reforzadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dentro de su competencia consultiva dictaminó la Opinión Consultiva N° 17, que en su numeral IX titulado “*Procedimientos judiciales o administrativos en que participan niños*”, señaló: “*Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran*”. Señala a continuación que “*Estas consideraciones se deben proyectar sobre la*

⁵⁴ Observación general N°10, año 2007, “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores”. Numeral 10.

⁵⁵ Reglas de Beijing.

⁵⁶ Pacto de San José de Costa Rica.

regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños...”; “Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. (...). Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.” Esto ha sido reforzado posteriormente por la misma Corte a través de sus facultades jurisdiccionales ⁵⁷.

De la normativa internacional expuesta, así como de las opiniones de diversos órganos cuya labor es interpretar dicha normativa internacional, podemos concluir que actualmente el principio de especialidad es ampliamente reconocido a nivel internacional y por ende debe, necesariamente, manifestarse en la normativa referente al procedimiento. Esto no deja de ser relevante, puesto que la normativa internacional actúa como una guía para las legislaciones nacionales, consagrando principios que deben regir la normativa interna de los países que suscriben dichos instrumentos. Es decir, el principio de especialidad consagrado internacionalmente debe reflejarse en todos aquellos ámbitos relacionados con la atribución de responsabilidad penal de los menores de edad de los países miembros, lo cual involucra el derecho procesal penal que rige dicha atribución de responsabilidad. Duce sostiene que, según lo observado en la normativa internacional, en el derecho procesal propiamente tal el reconocimiento del principio de especialidad se manifiesta en tres ámbitos diferentes: en el reforzamiento del debido proceso; en aspectos de estructura procesal; y en la necesidad de contar con una política amplia de diversificación de respuesta y desestimación de casos⁵⁸. La presente tesis sólo se enfocará en el primero de estos ámbitos del principio de especialidad, ya que es el que tiene directa relación con el objeto de nuestro estudio: la internación provisoria.

⁵⁷ Vid. Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 80-81.

⁵⁸ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 81.

2.3.2 Principio de especialidad como reforzamiento del debido proceso

La idea de que las garantías mínimas procesales para cualquier persona deben ser las del debido proceso⁵⁹, concepto de cierta vaguedad que es definido por Bandrés Sánchez-Cruzat como “*el derecho que garantiza al ciudadano la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías procesales constitucionalizadas*”⁶⁰, y que, por ende, son las garantías de dicho derecho las que deben regir el proceso en que se pretenda atribuir responsabilidad penal a los jóvenes, es una idea reciente tanto en la doctrina como en las legislaciones locales⁶¹⁻⁶². A pesar de esto, dicha idea ya se encuentra fuertemente asentada y reconocida en la normativa internacional y diversos países la recogen en sus ordenamientos jurídicos internos⁶³.

Lo que queda por determinar, en este caso, es si dicha garantía se expresa de forma diferente en los procedimientos procesales penales aplicados a los adolescentes, atendido el principio de especialidad. Ante tal interrogante la normativa internacional refleja que las garantías del debido proceso se ven reforzadas mediante diversas formas en beneficio de los jóvenes, siendo una de estas manifestaciones “*el fortalecimiento de la libertad y las mayores restricciones a su privación en el proceso*”⁶⁴. En esta manifestación es donde podemos empezar a hablar del principio de especialidad en la medida cautelar de prisión preventiva o, como ha sido denominado por nuestra legislación nacional, medida cautelar de internación provisoria.

⁵⁹ Para profundizar sobre este concepto vid. María Inés Horvitz y Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), 65-76.

⁶⁰ José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional* (Navarra: Editorial Aranzadi, 1992), 111.

⁶¹ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 82-83.

⁶² Para un análisis completo de la evolución de los diversos sistemas penales juveniles vid. Maldonado, *Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes*.

⁶³ Vid Mauricio Duce y Jaime Couso, “El derecho a un juzgamiento especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado”, *Política Criminal* vol. 7 N° 13 (2012): 1-73. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A1.pdf.

⁶⁴ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 84.

La medida cautelar de prisión preventiva es una medida que, por ser la medida que más afecta el derecho de libertad de las personas, ha sido constantemente objeto de preocupación y críticas por parte de la doctrina, lo cual se ve intensificado si atendemos a que la internación provisoria afecta a jóvenes que se encuentran en plena etapa de desarrollo de su personalidad, incidiendo esto directamente en las consecuencias que puede tener su imposición. Duce sostiene que los adolescentes “*se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor que los adultos que hacen que los efectos negativos de la privación de libertad sean más profundos y tengan consecuencias que se extienden por un período más largo de tiempo*”⁶⁵. Esta idea tiene una amplia cabida en el derecho internacional; lo que tiene como consecuencia que la importancia que se le da a la mayor intrusión que representa la internación provisoria en la vida de los jóvenes se manifiesta mediante diversos requerimientos reconocidos internacionalmente, cuyo objetivo es limitar esta medida cautelar⁶⁶. A continuación se revisará, entonces, de qué manera la legislación internacional ha recogido el principio de especialidad en la medida cautelar de prisión preventiva aplicada a los jóvenes, como manifestación directa del fortalecimiento del derecho de libertad y su mayor restricción en el proceso, complementando dicho análisis con un estudio de la normativa nacional, con el objeto de establecer si nuestro ordenamiento interno hace eco de la necesidad de contemplar el principio de especialidad como principio regulador de esta medida cautelar.

2.3.3 Principio de especialidad en la medida cautelar de internación provisoria

Es necesario, antes de iniciar, realizar ciertas precisiones en cuanto a la normativa interna vigente objeto de análisis. Como señalamos anteriormente, en Chile la responsabilidad penal de los adolescentes se encuentra regulada en la Ley 20.084, la cual regula diferentes aspectos tanto de derecho penal sustantivo como de derecho procesal penal, a los cuales quedan sometidos los jóvenes infractores de la Ley Penal. Sin embargo, su artículo 1 señala que en todo lo no regulado por la misma se estará a las disposiciones contempladas tanto en el Código Penal, como en las Leyes Penales especiales. Por otro lado, el artículo 25 de la LRPA

⁶⁵ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 86.

⁶⁶ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 86.

señala que La investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal.

En este sentido, la LRPA contempla disposiciones referentes a la prisión preventiva de los adolescentes, a la cual denomina internación provisoria, sin embargo, en todo lo no regulado por la misma debemos remitirnos a las normas de la prisión preventiva de adultos contemplada en el Código Procesal Penal.

2.3.3.1 Procedencia de la internación provisoria

La primera manifestación del principio de especialidad la encontramos en la restricción de hipótesis de procedencia de la prisión preventiva. Si bien el principio de excepcionalidad es un principio que se ha reconocido de forma amplia que debe guiar la procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva, tanto en el caso de los adultos como en el caso de los jóvenes, en este último caso este principio se ve reforzado. De esta manera, el artículo 37 b) de la CDN establece, refiriéndose a la prisión preventiva, que *“se utilizará tan sólo como medida de último recurso”*, norma que se ve fortalecida por la Ordenanza General N° 10 del Comité de derechos del niño, que en su numeral 80 establece que los Estados Partes deben utilizar la privación de libertad como último recurso y que *“deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva”*. Las Reglas de Beijing, por su parte, en su N° 13.1 señalan que *“Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso...”* y en el N° 13.2 dispone que *“Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva..”*. Por otro lado, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad⁶⁷ en su numeral 17 señalan 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”*.

⁶⁷ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

Estas normas del derecho internacional reflejan que existe una especial preocupación por los efectos dañinos y negativos que produce la privación de libertad en el desarrollo de la personalidad de los menores de edad, consagrándose a nivel internacional la procedencia de la prisión preventiva para jóvenes como medida cautelar de *ultima ratio*. Es esta preocupación la que diferencia la medida cautelar para adolescentes infractores de la medida cautelar para adultos, en donde no encontramos normativa internacional que limite fuertemente su procedencia, a pesar de encontrarse reconocido expresamente el principio de excepcionalidad.

Lo anterior debiera reflejarse a nivel tanto de legislaciones locales como a nivel jurisprudencial a la hora de determinar su procedencia⁶⁸. A pesar de esto, en la LRPA no se encuentra expresamente regulado que la medida de internación provisoria debe ser utilizada de forma excepcional. Esto, sin embargo, no resulta del todo problemático, ya que la utilización de la prisión preventiva como medida de *ultima ratio* se encuentra fuertemente reconocido en el Código Procesal Penal, que, como señalamos anteriormente, rige supletoriamente para las disposiciones de la internación provisoria contemplada en la LRPA. De esta forma, el artículo 139 del CPP señala que “*La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes*”, norma que está en concordancia con el artículo 122 del mismo Código, que señala que “*las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento...*”.

La consagración de este principio en el Código Procesal Penal se ve a su vez reforzado para el caso de los adolescentes por diversas normas contempladas en el LRPA, que si bien no regulan este principio de forma expresa, tienen como resultado final limitar fuertemente la procedencia de la internación provisoria. Dichas normas constituyen un reflejo de la preocupación del legislador por restringir aún más la utilización de la internación provisoria, en comparación con la prisión preventiva⁶⁹.

⁶⁸ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 86-88.

⁶⁹ Mauricio Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”, *Política Criminal* vol 5 N° 10 (2010): 285. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf.

En primer, lugar el artículo 32 de la LRPA, que regula la internación provisoria, señala que ésta *“sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes”*. Esta norma limita fuertemente la utilización de dicha medida cautelar ya que deja fuera de su ámbito de aplicación todos aquellos delitos que sean considerados en el Código Penal como simples delitos, limitación que, por lo demás, no se contempla en el caso de la prisión preventiva de adultos. Al optar el legislador por restringir la utilización de esta medida cautelar, sólo permitiendo que proceda para los delitos que revistan mayor gravedad, refuerza el principio de excepcionalidad que la guía y protege fuertemente los derechos e intereses de los menores de edad⁷⁰. Esta norma a su vez señala que la internación provisoria solo debiese 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”*. La normativa establece, entonces, la obligación de preferir el uso de las demás medidas cautelares contempladas en el Código Procesal Penal, dejando, por ende, la medida de internación provisoria como medida cautelar de *ultima ratio*.

Por último, la procedencia de la internación provisoria se ve fuertemente limitada por el principio de proporcionalidad, según el cual las medidas cautelares personales deben ser proporcionales a la gravedad del hecho que se está investigando y a la finalidad del procedimiento que se busca proteger con su imposición⁷¹. Dicho principio se ve consagrado en el artículo 33 de la LRPA, que establece que *“En ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena”*. De esta manera, mediante esta norma se le impone la obligación al juez, en aquellos casos en que nos encontremos ante hechos que sean constitutivos de crímenes, de realizar una prognosis de cuál será la pena probable de imponer según el caso particular, impidiéndole decretar la medida de internación provisoria si es que la pena más probable a imponer no es privativa de libertad. Sobre esta disposición volveremos en detalle más adelante.

⁷⁰ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno*, 285.

⁷¹ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 353-354.

El análisis de estas normas nos permite concluir que nuestra legislación nacional está acorde con las exigencias contempladas por la normativa internacional, recogiendo a cabalidad el principio de especialidad, restringiendo de forma amplia el uso de la internación provisoria mediante las normas mencionadas.

2.3.3.2 Duración de la internación provisoria

La segunda manifestación del principio de especialidad en la medida de prisión preventiva para adolescentes la encontramos en el *plazo razonable de su duración*. Esta garantía, reconocida también para el sistema penal de adultos, denota la existencia de un plazo a partir del cual la medida de prisión preventiva deviene en ilegítima por el sólo transcurso del tiempo, sin que sea un impedimento para ello el hecho de que se hayan mantenido invariables los presupuestos que posibilitaron, en primer término, su establecimiento⁷². Para el sistema penal de adultos, esta garantía se encuentra reconocida por la normativa internacional bajo el término de “plazo razonable”⁷³, siendo que para el sistema penal de adolescentes la normativa internacional utiliza expresiones más estrictas al referirse a esta garantía.

En la Convención de Derechos del niño, el artículo 37 b) señala que la prisión preventiva se utilizará “*durante el período más breve que proceda*”. Esto adquiere aún más relevancia con las recomendaciones que hace el Comité, el cual en su párrafo 81 señala “*El Comité recomienda que los Estados Partes velen por que se ponga en libertad, lo antes posible, a los menores que se encuentren en prisión preventiva, a reserva de ciertas condiciones si fuera necesario*”. Las Reglas de Beijing, por su parte, señalan en su artículo 13.1 que la prisión preventiva se aplicará “*durante el plazo más breve posible*”. En la misma dirección apuntan las Reglas de Protección de Menores Privados de Libertad en su regla N° 17, que señala que cuando se recurra a la prisión preventiva “*los tribunales de 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*”.

⁷² Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 88.

⁷³ Artículo 7.5 de la Convención Americana, artículo 9.3 del Pacto de San José de Costa Rica. Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 88.

Puede apreciarse que la normativa internacional refuerza la garantía de que la prisión preventiva tenga una duración razonable en el caso de los jóvenes y adolescentes, estableciendo la brevedad del plazo como idea central, lo que no se encuentra contemplado en la normativa internacional que se aplica a los adultos. Lo anterior nuevamente entrega directrices a las legislaciones nacionales, que debieran, por ende, adoptar criterios más estrictos para aquellos casos en que se prive de libertad a los menores de edad.⁷⁴

A lo ya señalado deben añadirse las sugerencias del comité de derechos del niño, que en su párrafo 80 recomienda a los estados parte que adopten dos mecanismos con el fin de limitar la duración de la prisión preventiva. El primer mecanismo recomendado es la limitación por ley de la duración de esta medida; el segundo mecanismo es que sea objeto de revisión periódica. Incluso va más allá en sus recomendaciones procesales, estableciendo que dicha revisión debe realizarse cada dos semanas y que en caso de decidirse la procedencia de la prisión preventiva, debe establecerse un plazo de 30 días para realizar una imputación formal y para poner al menor de edad a disposición de un tribunal imparcial. Por último, insta a los Estados a adoptar las disposiciones jurídicas necesarias para que la decisión definitiva de las causas de menores se adopte en un plazo no superior a los seis meses⁷⁵.

En nuestra legislación nacional, el primero de estos mecanismos recomendados por el Comité -establecer límites temporales a la duración de la medida cautelar de internación provisoria- no se encuentra regulado explícitamente. Lo que si encontramos son normas que establecen que el procedimiento penal de los jóvenes es de menor duración que el de los adultos en sus diversas etapas, lo cual incide directamente en el plazo de duración de la internación provisoria. En este orden de ideas, el artículo 38 de la LRPA establece que el plazo de investigación es de seis meses desde que se formaliza ésta, ampliable por dos meses más, siendo, por ende, el plazo máximo de investigación en el caso de los adolescentes de ocho meses, dieciséis meses menos que en el caso de los adultos. Por otro lado, el artículo 39 de la LRPA establece que el juicio oral debe realizarse entre 15 y 30 días a contar de la notificación

⁷⁴ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 88-90.

⁷⁵ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 88-90.

del auto de apertura del juicio oral, es decir, establece como límite máximo 30 días menos que en el caso de los adultos, en que el juicio oral debe realizarse entre 15 y 60 días a contar de la notificación del juicio oral.

El segundo de estos mecanismos para proteger la garantía de libertad individual - establecer un sistema de revisión periódica para evaluar si procede mantener la medida de internación provisoria- nuevamente no se encuentra regulado por la LRPA. En ella no encontramos ninguna norma que establezca la obligación de evaluar la pertinencia de la medida de internación provisoria cada cierto lapso; sólo contamos con el artículo 145 inciso segundo del CPP, que establece que seis meses después de haberse ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el Tribunal debe citar de oficio a una audiencia con el objeto de que se discuta su prolongación o cesación. Si bien este mecanismo regula una revisión periódica de la prisión preventiva, en el caso de la internación provisoria resulta del todo insuficiente debido a la poca periodicidad respecto de la cual se contempla su revisión; recordemos que el Comité de Derechos del Niño recomendó que el sistema de revisión periódica debía ser preferentemente cada dos semanas, y recordemos los efectos desocializadores que produce la privación de libertad en los menores de edad⁷⁶.

Este pequeño análisis nos permite concluir que en el ámbito de limitación temporal de la internación provisoria nuestra legislación es deficitaria, siendo completamente insuficiente según los parámetros establecidos por la normativa internacional. Si bien podríamos considerar no tan relevante este déficit presente en nuestra legislación debido a que los plazos del procedimiento aplicable a los jóvenes son bastante reducidos en comparación con los plazos del procedimiento aplicado a los adultos, lo cual tiene consecuencias directas en el tiempo de duración de la prisión preventiva, esto no debe nublar el hecho de que nuestra legislación no protege de forma adecuada los derechos e intereses de los jóvenes adolescentes. Si entendemos que, debido a que los jóvenes se encuentran en pleno estado de desarrollo de su personalidad, los efectos de privarlos de su libertad tiene grandes consecuencias negativas al afectar de forma directa la forma en que dicho desarrollo puede darse, impidiéndoles mantener

⁷⁶ Fagan y Kupchik, *Juvenile Incarceration and the Pains of Imprisonment*.

contacto con aquellos ambientes que pueden resultar beneficiosos para que su personalidad se desarrolle de forma libre, y, más aún, manteniéndolos en ambientes con graves efectos desocializadores y criminógenos, entonces el reconocimiento de lo anterior debiese traducirse en normativa específica que limite la privación de libertad en todas sus formas. De esta forma, la limitación temporal de la internación provisoria no debiese dejarse de lado simplemente porque en la práctica se vea beneficiada por los límites generales contemplados para la duración del proceso, situación que, por lo demás, podría eventualmente ser distinta⁷⁷.

2.3.3.3 Condiciones de cumplimiento de la internación provisoria

La tercera manifestación del principio de especialidad la encontramos en el reconocimiento de ciertas garantías y derechos reconocidos a los adolescentes en las condiciones de cumplimiento de la prisión preventiva. Una primera garantía que se reconoce a favor de los adolescentes es la de separación de los menores de edad de los adultos sometidos a prisión preventiva. Esto se encuentra reconocido tanto a nivel de instrumentos especializados en la materia como a nivel de instrumentos generales, como la es la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece en su artículo 5.5: “*Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos...*”. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por otro lado, establece en su artículo 10.2 letra b): “*Los menores procesados estarán separados de los adultos*”. Entre los instrumentos especializados contamos con la Convención de Derechos del Niño, que establece en el artículo 37 letra c): “*En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño...*”. Dicha norma se ve reforzada por el Comité de Derechos del Niño, que en el párrafo 85 de su ordenanza general N° 10, señala que esta garantía tiene como justificación que “*Hay muchas pruebas de que el internamiento de niños en prisiones u otros centro de detención de adultos pone en peligro tanto su seguridad básica y bienestar como su capacidad futura de no reincidencia y de reintegración social*”. Por su parte, las Reglas de Beijing, en su artículo 13.4, disponen que “*Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en*

⁷⁷ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno*, 293-296.

establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.”

Encontramos la justificación del establecimiento de dicha garantía en el reconocimiento de los jóvenes como personas en desarrollo, que por lo mismo presentan un especial estado de vulnerabilidad y susceptibilidad ante posibles influencias negativas de parte de los adultos. Así, lo que se busca con estas normas es la protección de los menores de edad ante posibles contagios criminógenos y ante la posibilidad que sus derechos se vean vulnerados de mantenerlos en contacto con adultos⁷⁸.

También encontramos en las normas de derecho internacional una preocupación especial porque las condiciones en que se encuentran los adolescentes privados de libertad sean aquellas que permitan reconocer y respetar sus derechos y garantías. Si bien a los jóvenes se les reconocen los derechos y garantías mínimas contempladas en los instrumentos internacionales para las personas privadas de libertad⁷⁹, su condición especial al ser menores de edad hace que exista una preocupación especial por parte de la normativa internacional por proteger ciertos espacios e intereses inherentes a su condición, y que se consideran necesarios para que los jóvenes moldeen y desarrollen de forma correcta su personalidad. Así, la Convención de Derecho del Niño establece en su artículo 37 c) que todo niño *“tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”* y en su artículo 37 d) que *“Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada...”*. En el mismo sentido se expresa tanto la regla N° 13.5 de las Reglas de Beijing como la Regla N° 18 de las Reglas de Protección de Menores Privados de Libertad, las que regulan diversos derechos que deben guiar el tratamiento penitenciario de los menores de edad, al igual que el Comité de Derechos del Niño en sus párrafos 87 y 89⁸⁰.

⁷⁸ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 90-91. Vid. Fagan y Kupchik, *Juvenile Incarceration and the Pains of Imprisonment*.

⁷⁹ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores N° 13.4.

⁸⁰ Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, 90-92.

En nuestra legislación nacional, el principio de separación se ve fuertemente consagrado en el artículo 48 de la LRPA que establece que las personas privadas de libertad en conformidad a alguna medida o sanción de la presente ley “...deberán permanecer siempre separadas de los adultos privados de libertad”, estableciendo incluso que los organismos o instituciones que intervengan en el proceso para determinar la responsabilidad penal de los jóvenes “adoptarán las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior. El incumplimiento de esta obligación constituirá una infracción grave a los deberes funcionarios.” También refuerza dicho principio el artículo 31 de la LRPA, el que, al hablar de la detención en caso de flagrancia, hace referencia expresa al artículo 37 letra c) de la Convención de Derechos del Niño, que regula específicamente el principio de separación, y al artículo 17 de la Ley 16.618, que regulaba dicho principio con anterioridad a la entrada en vigencia de la LRPA.

Nuestra legislación, por otro lado, también regula diversos derechos y garantías de los jóvenes sujetos a internación provisoria. Así, el artículo 31 de la LRPA hace referencia tanto al artículo 37 de la CDN como al artículo 94 del CPP, los cuales regulan diversas garantías contempladas para las personas privadas de libertad. Por otro lado, el artículo 34 de la LRPA regula un permiso de salida diaria para aquellos jóvenes sujetos a la medida de internación provisoria. Finalmente, diversas garantías se contemplan entre los artículos 50 a 61 y 139 a 142 del Reglamento de la Ley 20.084⁸¹.

3 La internación provisoria en el proceso penal juvenil

Hasta aquí hemos logrado fundamentar la pena juvenil y su especialidad desde una perspectiva retribucionista, así como el alcance de dicha especialidad y su traducción en la medida cautelar de internación provisoria según lo establecido tanto en la normativa internacional como nacional. Resta, sin embargo, realizar un análisis en profundidad de la

⁸¹ Duce, *El derecho a un Juzgamiento especializado de los jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno*, 296-299.

regulación de esta medida cautelar en nuestro ordenamiento interno; tema que abordará este capítulo.

3.1 Las medidas cautelares en el proceso penal

La imposición de una pena, como expresión de un reproche merecido por un comportamiento defectuoso, debe necesariamente, en una sociedad democrática, ser el resultado de una decisión formalizada y adoptada en un procedimiento legalmente establecido. El problema surge porque este procedimiento no es, de ninguna forma, inmediato, si no que por el contrario, requiere de tiempo. De esta manera, las medidas cautelares en el proceso penal buscan evitar que una eventual sentencia pierda su eficacia debido a la demora del procedimiento. Podemos definir, entonces, a las medidas cautelares dentro del proceso penal como *“resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa (...) por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles, de la sentencia”*⁸²⁻⁸³.

3.1.1 Clasificación

Se han distinguido diversas formas de clasificar las medidas cautelares dentro del proceso penal, obedeciendo las dos primeras maneras de clasificación a dos maneras distintas de comprender su finalidad. Es así que podemos distinguir una primera clasificación que divide las medidas cautelares en medidas cautelares penales, que buscan garantizar que una sentencia condenatoria pueda ser satisfecha en su contenido penal, y en medidas cautelares civiles, que buscan garantizar que una sentencia condenatoria pueda ser satisfecha en su contenido civil⁸⁴. La segunda manera de clasificarlas, atendiendo a su finalidad, distingue entre medidas cautelares conservativas, que buscan que pueda llevarse a efecto una eventual ejecución forzada, evitando la dispersión de los bienes sobre los que puede recaer dicha

⁸² Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal* (Madrid: Editorial Colex, 1997), 480, en Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 343.

⁸³ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 341-343.

⁸⁴ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 343.

ejecución, y medidas cautelares innovativas, que buscan anticipar de manera provisoria la pretensión buscada, evitando la ineficacia de la sentencia que resuelve el conflicto⁸⁵. Ya una tercera forma de clasificación de estas medidas en el proceso penal atiende a su objeto; serán medidas cautelares personales aquellas que imponen limitaciones al derecho de libertad personal y medidas cautelares reales aquellas que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes⁸⁶.

Como la internación provisoria es el objeto de nuestro estudio, nos ocuparemos aquí de las medidas cautelares personales del proceso penal, utilizando para ello la tercera forma de clasificar las medidas cautelares.

3.1.2 Medidas cautelares personales

Entendemos como medida cautelar personal *“aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento”*⁸⁷. Como señalamos anteriormente, en una sociedad democrática, la imposición de una pena viene condicionada porque previamente haya sido adoptada una resolución que la permita en un procedimiento previo y legalmente establecido. En este contexto las medidas cautelares personales no pueden, de ninguna manera, ser consideradas como un adelantamiento de la pena; más bien obedecen a sus propios fines y se encuentran, por lo mismo, sujetas a que su imposición sea sólo en atención a ellos. Surge la pregunta entonces, de cuáles son los fines penales del procedimiento cautelados por estas medidas, es decir, surge la pregunta por su fundamento. Doctrinalmente se ha sostenido que los fines tutelados son dos: una correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal⁸⁸. Mientras que la correcta averiguación de la verdad puede verse vulnerada por la no comparecencia del

⁸⁵ Juan Carlos Marín González, *Tratado de las medidas cautelares* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 32-29.

⁸⁶ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 343-344.

⁸⁷ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 344. Los autores realizan también una distinción entre medidas cautelares personales y medidas de coerción procesal, entendiendo que las primeras son aquellas dirigidas sólo en contra del imputado y cuyo objeto sea sólo el aseguramiento de los fines del procedimiento, por lo que se encontrarían con las últimas en una relación de especie a género.

⁸⁸ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 346.

imputado a los actos del procedimiento o por la destrucción u ocultamiento de medios de prueba por parte del imputado, el fin de actuación de la ley penal puede verse vulnerado en aquellos casos en que existe un riesgo de que no pueda imponerse y ejecutarse la sanción penal sobre el imputado.

3.1.3 Principios

Las medidas cautelares personales tienen como efecto la restricción o privación total del derecho de libertad ambulatorio de la persona del imputado, derecho reconocido ampliamente tanto en nuestra legislación interna como en la normativa internacional⁸⁹. Lo cual tiene como consecuencia que la imposición de dichas medidas debe necesariamente verse sujeta a la observancia de ciertos principios consagrados en nuestra legislación.

En primer lugar, el artículo 5 del CPP consagra el *principio de legalidad*, que restringe la imposición de medidas restrictivas de libertad sólo a aquellas especialmente consagradas en la ley, principio que a su vez tiene rango constitucional, según lo establecido por el artículo 19 N 7 letra b) de la CPR.

El *principio de jurisdiccionalidad* establece que la imposición de dichas medidas sólo puede deberse a una decisión judicial fundada y emitida por un órgano jurisdiccional competente, principio contemplado en el artículo 122 CPP. A pesar de la consagración de este principio, nuestra legislación actualmente tolera que la adopción de estas medidas pueda ser autorizada por un órgano administrativo, lo cual daña este principio, dificultando que podamos reconocerlo de manera plena en nuestro derecho⁹⁰. Por otro lado, su consagración exige que la decisión debe contener una fundamentación que nos permita dilucidar porqué resulta indispensable su imposición.

Los *principios de excepcionalidad e instrumentalidad* se encuentran recogidos conjuntamente en el artículo 122 del CPP. La instrumentalidad hace referencia a los fines que

⁸⁹ Un mapa completo sobre el tema podemos encontrarlo en Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 347-349.

⁹⁰ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 351.

se ven cautelados por las medidas cautelares; no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran orientadas a la satisfacción de fines de carácter procesal (la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal)⁹¹, encontrándose por ende sujetas a dichos fines. Esto explica su carácter de excepcionales, ya que sólo deben ser impuestas en aquellos casos en que resulte indispensable su imposición para satisfacer los fines del procedimiento.

Como consecuencia directa de estos principios nos encontramos con el *principio de provisionalidad*, que exige que las medidas cautelares se mantengan sólo en la medida que su aplicación continúe siendo necesaria y en la medida que continúe en marcha el procedimiento en el cual fueron dictadas, es decir, tienen una duración limitada al periodo de tiempo que va desde la providencia cautelar hasta la providencia definitiva o principal, perdiendo su finalidad una vez que esta última adquiere firmeza. Este principio se encuentra regulado en el artículo 122 inciso final del CPP y en materia de prisión preventiva se ve fortalecido por el artículo 152 inciso primero del mismo cuerpo legal, que prescribe: “*el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado.*”

Finalmente, el artículo 124 del CPP regula el *principio de proporcionalidad*, según el cual, la imposición de las medidas cautelares debe ser proporcional a los fines del procedimiento que se busquen resguardar con su imposición y con la gravedad del hecho objeto de investigación⁹². Dicho artículo señala que “*cuando la imputación se refiere 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*”.

3.1.4 Requisitos

Un rasgo común que comparten todas las medidas cautelares es la necesidad de que éstas respeten la concurrencia de dos presupuestos normativos, a saber, la apariencia del buen

⁹¹ Vid. Supra 3.1.2.

⁹² Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 353-354.

derecho *-fumus boni iuris-* y el peligro de retardo *-periculum in mora-*. Debido a que las medidas cautelares importan ya sea una restricción al derecho de libertad o a la libre disposición de los bienes, se considera que son de carácter excepcional, por lo que sólo deben imponerse en aquellos casos en que su imposición sea estrictamente necesaria. En efecto, nuestro ordenamiento exige la concurrencia de estos dos requisitos para que su imposición sea procedente. El primero de ellos impone la obligación de hacer un juicio de probabilidad acerca de la pretensión que se busca cautelar, mientras que el segundo de ellos exige que exista un riesgo de que la ejecución de una eventual sentencia condenatoria se vuelva ilusoria de no existir medidas que resguarden dicha pretensión.⁹³ En el derecho procesal penal el *fumus boni iuris* se configura desde la probabilidad de que el sujeto a quien se le impone la medida tenga responsabilidad penal (haya sido partícipe) en un hecho que sea constitutivo de delito y el *periculum in mora* se configura desde situaciones que pueden impedir o dificultar la imposición de una pena definitiva, esto es, la amenaza de peligro de fuga y que se ponga en peligro el éxito de la investigación⁹⁴.

3.2 Prisión preventiva e internación provisoria en el derecho procesal penal chileno

Como señalamos anteriormente, el artículo 27 de la LRPA establece que en lo relativo al procedimiento, en lo no regulado por ella se estará a lo dispuesto en el Código Procesal Penal chileno. Como la regulación de la medida cautelar de internación provisoria es deficiente en la LRPA, debemos pues, abocarnos al estudio de la medida cautelar de prisión preventiva contemplada en el CPP, complementando dicho análisis con las disposiciones pertinentes contempladas en la LRPA, para simplificar el estudio, se hablará de internación provisoria.

3.2.1 Concepto y principios

La internación provisoria consiste en la “*privación por tiempo indefinido de libertad de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, dirigida a asegurar en última*

⁹³ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 344, 354-355.

⁹⁴ Juan Carlos Marín González, “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia* 1 (2002): 14.

*instancia la efectividad de la eventual sentencia condenatoria con que pueda finalizar el proceso penal*⁹⁵. Como medida cautelar del procesal penal, la internación provisoria se encuentra sujeta a la observancia de los principios comunes a toda medida cautelar personal. Sin embargo, existen dos principios estrictamente regulados tanto en el CPP como en la LRPA en los que debemos detenernos.

En primer lugar el *principio de proporcionalidad* regulado para toda medida cautelar cobra especial importancia en la internación provisoria, ya que, como señalamos con anterioridad, es la medida cautelar que más fuertemente afecta el derecho de libertad ambulatoria, por lo que su imposición debe ir en estricta relación con la gravedad del hecho investigado. Es en este sentido que el artículo 141 del CPP establece dos casos en los que, por aplicación de este principio, no resulta procedente esta medida cautelar. El primer caso de improcedencia será “cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos”. Si la pena máxima aplicable al hecho investigado no es restrictiva del derecho de libertad ambulatorio, resultaría del todo desproporcionado imponer una medida cautelar más gravosa que la pena misma, por lo mismo, el ordenamiento impone la restricción de esta medida en aquellos casos. El segundo de estos casos es “*cuando se trate de un delito de acción privada*”; al no ser grave la pena máxima aplicable a estos delitos es que, por las mismas razones anteriores, resultaría desproporcionado aplicar la medida cautelar de prisión preventiva⁹⁶. A ello debe agregársele que en estos casos no existe un interés público en la persecución penal, debido a que los intereses involucrados en estas acciones no son de igual valor para el legislador que los involucrados en la acción penal pública⁹⁷, lo que tiene como consecuencia que el desistimiento de la acción penal privada dependa enteramente del particular que la pone en movimiento⁹⁸.

Finalmente, este artículo presenta ciertas situaciones que excepcionalmente permitirían la imposición de esta medida. La primera de estas excepciones dice relación con el quebrantamiento de otras medidas cautelares que limiten la libertad del imputado, en aquellos

⁹⁵ Marín, *Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno*, 34.

⁹⁶ Marín, *Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno*, 35.

⁹⁷ Marcelo Hadwa Issa, *La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 162.

⁹⁸ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003), 263.

casos el juez estará autorizado para decretar una medida cautelar más gravosa: la prisión preventiva. La segunda hipótesis de excepción opera “*cuando el tribunal considerare que el imputado puede incumplir con su obligación de permanecer 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*”; esta hipótesis sólo puede proceder en aquellos casos en que el juez tiene antecedentes serios de que aquello puede acontecer. Marín utiliza como ejemplos de antecedentes serios que el imputado haya vendido sus propiedades, haya renunciado a su trabajo o viaje al extranjero⁹⁹. Por último, la tercera hipótesis de excepción se plantea en aquellos casos en que el imputado no hubiere asistido a la audiencia de juicio oral. En este caso ya ha tenido lugar la no comparecencia del imputado a los actos del procedimiento, por lo que el juez estará autorizado a decretar dicha medida.

Estas excepciones se regulan como sanciones al no cumplimiento por parte del imputado a ciertas obligaciones previstas por la ley, lo que autoriza al juez a imponer esta medida cautelar en desmedro del principio de proporcionalidad¹⁰⁰.

Por otro lado, según señalamos en el primer capítulo, podemos observar cómo el principio de especialidad determina una mayor aplicación del principio de proporcionalidad en la medida de internación provisoria. En efecto, el artículo 33 de la LRPA señala que “*En ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable aplicar en caso de condena*”¹⁰¹. Como podemos observar, este artículo refuerza significativamente el principio de proporcionalidad, ya contemplado como principio general, imponiéndole al juez la obligación de realizar un juicio prospectivo sobre cuál será la pena más probable de imponer. Es importante detenerse sobre este punto, para dilucidar qué tipo de prognosis debe realizar el juez. Podría llegar a sostenerse al respecto que el juez realiza un juicio prospectivo al calificar jurídicamente el hecho, ya que dicha calificación se encuentra asociada a un rango determinado de pena. Sin embargo, a nuestro juicio esta prognosis sería incompleta o deficitaria, puesto que si bien cumple el objetivo de

⁹⁹ Marín, *Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno*, 36.

¹⁰⁰ Marín, *Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno*, 37.

¹⁰¹ El subrayado es nuestro.

determinar cuáles son las penas posibles de imponer dentro del marco penal establecido en el artículo 23, no logra determinar, dentro de cada tramo ubicado en dicho artículo, cuál de todas ellas es la que resulta *probable* aplicar¹⁰². Sostener lo contrario no se condice con la redacción del artículo. Es por esto que se vuelve imperativo para el juez realizar en su razonamiento un ejercicio preliminar de determinación de la pena en concreto, analizando las particularidades del caso en cuestión, para efectos de poder establecer si la medida es o no proporcionada en relación a la sanción que resulte más probable de aplicar. Es entonces cuando debemos remitirnos a las normas de determinación de pena contempladas en el Código Penal y en la LRPA.

Sin realizar un análisis acucioso sobre el procedimiento de determinación de sanciones regulado en la LRPA¹⁰³, podemos señalar que, en primer lugar, el juzgador debe establecer la duración de la pena a imponer. Luego, debe determinar su naturaleza y, para ello, deberá ubicar la duración establecida en alguno de los tramos contemplados en el artículo 23 de la LRPA. Cada uno de estos tramos, sin embargo y con excepción del primero, contempla diversas penas que pueden ser impuestas por el juez, por lo que la ley le impone la obligación al juzgador de justificar la selección de la misma mediante los criterios mencionados en el artículo 24 de la LRPA, dejando constancia de ello en su fallo¹⁰⁴. Estos criterios, por otro lado, permiten que la selección de la pena a imponer provenga de un análisis más refinado respecto de la valoración de la conducta antijurídica del joven imputado, sin que esto devenga en arbitrariedad judicial¹⁰⁵⁻¹⁰⁶.

¹⁰² Debemos recordar que cada tramo del artículo 23 de la LRPA, con excepción del primero, contempla varias sanciones posibles a imponer, debiendo el juez determinar cuál de todas ellas es la que debe aplicarse.

¹⁰³ Si bien la determinación de la pena juvenil permite un análisis mucho más profundo del dado anteriormente, no se profundiza en esta tesis por quedar fuera de su ámbito de estudio. Para un estudio más acabado vid. María Inés Horvitz Lennon, “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, *Revista de Estudios de la Justicia* 7 (2006): 97-119 y Raúl Núñez Ojeda y Jaime Vera Vega, “Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho Penal de adolescentes chileno”, *Política criminal* vol. 7 N° 13 (2012): 168-208. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A5.pdf

¹⁰⁴ Horvitz, *Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable*, 112.

¹⁰⁵ Núñez y Vera, *Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho Penal de adolescentes chileno*, 187.

¹⁰⁶ Para un análisis acabado de cada uno de los presupuestos contemplados en el artículo 24 de la LRPA, vid. Núñez y Vera, *Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho Penal de adolescentes chileno*, 186-198.

De esta manera, una correcta prognosis judicial en torno a la sanción probable a aplicar debiese seguir los pasos establecidos en la normativa nacional para la determinación de las sanciones, prognosis que de todas formas se entiende como preliminar y más deficiente, atendida la etapa procesal en la que se realiza.

El segundo principio recogido expresamente tanto en la LRPA como en el CPP para la aplicación tanto de la internación provisoria como de la prisión preventiva es el *principio de subsidiaridad*. En el CPP este principio es recogido en el artículo 139, el cual señala 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*”, es decir, consagra a la prisión preventiva como medida cautelar de *ultima ratio*. Este principio también se encuentra regulado, de forma indirecta, por el artículo 32 de la LRPA que señala que la medida cautelar de internación provisoria en régimen cerrado sólo será aplicable “*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*”. Es decir, refuerza la idea de que esta medida cautelar, por ser la más gravosa, procede sólo en aquellos casos en que la aplicación de las demás medidas cautelares resulte insuficiente para tutelar los fines del procedimiento.

3.2.2 Fines

Como señalamos con anterioridad, las medidas cautelares personales en el proceso penal tienen como finalidad cautelar dos fines; la actuación de la ley penal y la correcta averiguación de la verdad. Es así que nuestro ordenamiento contempla como fines procesales de la prisión preventiva, por un lado, asegurar la presencia del imputado en el juicio oral y asegurar la ejecución de la pena; los cuales se manifiestan en el *peligro de fuga*, y por otro lado, evitar la destrucción, modificación o alteración de los medios de prueba que puedan ser utilizados en el juicio oral; el cual se manifiesta en nuestro ordenamiento en la necesidad de asegurar el *éxito de la investigación*.

3.2.2.1 Internación provisoria y presunción de inocencia

Ha sido largamente discutido en la doctrina la (aparente) contradicción que existe entre la medida cautelar de prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia. La afectación al derecho de libertad ambulatorio producida por la prisión preventiva no se distingue en nada de la medida de afectación producida por la pena privativa de libertad, lo que no se condice con el derecho del imputado a ser tratado como inocente hasta la existencia de una sentencia condenatoria en su contra, por lo que la imposición de dicha medida cautelar equivaldría a un adelantamiento de la pena¹⁰⁷. El dilema radicaría, entonces, en compatibilizar los derechos del imputado con los derechos de la sociedad, los que se encontrarían en una (aparente) tensión¹⁰⁸. Como solución a este dilema surgen las llamadas tesis incompatibilistas y compatibilistas: las primeras buscan resolver este dilema ya sea desde la negación del principio de presunción de inocencia como trato procesal o desde la negación de las medidas cautelares como la internación provisoria, mientras que las segundas buscan la sobrevivencia tanto de los derechos del imputado como de los derechos de la sociedad mediante la limitación de la utilización de la medida de prisión preventiva sólo a aquellos casos en que ésta sea estrictamente necesaria. En la presente tesis defenderemos la idea de que ambas instituciones son compatibles, pero bajo el presupuesto de que dicha compatibilidad es precisamente debido a que la prisión preventiva y la presunción de inocencia no comparten un mismo espacio¹⁰⁹.

Siguiendo a Ferrer, el ámbito en que entraría en conflicto la prisión preventiva y la presunción de inocencia es en su dimensión como regla de trato procesal. En este ámbito, dicho principio impone la obligación de tratar al imputado como inocente hasta que recaiga una sentencia condenatoria, por tanto el juez *“no puede someter al imputado a ningún trato ni tomar ninguna resolución en el marco del proceso que suponga la anticipación de su culpabilidad y, en consecuencia, de la pena”*¹¹⁰.

¹⁰⁷ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 390.

¹⁰⁸ Jonatan Valenzuela, “Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el Derecho Procesal Chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia* 14 (2011): 59.

¹⁰⁹ Valenzuela, *Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el Derecho Procesal Chileno*, 59.

¹¹⁰ Jordi Ferrer Beltrán, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* vol. 4 N° 1 (2010): 8.

Ahora bien, siguiendo con las teorías retributivas de la pena, la justificación de su imposición está dada por el merecimiento de ésta, a través de la cual se hace justicia. Estas teorías se hacen cargo tanto del aspecto sustancial como del procesal del inocente, y desde esta perspectiva no podemos castigar a los inocentes, no podemos imponerles una pena, pero nada nos dice de aplicarles una medida cautelar. La pena se impone retrospectivamente, mirando el merecimiento, es este el momento en que la inocencia está en juego, el juicio retrospectivo de imposición de la pena. Pero, por otro lado, las medidas cautelares, como señalamos anteriormente, cumplen otros propósitos dentro del ordenamiento penal. La prisión preventiva, más específicamente, tiene la finalidad de asegurar que pueda realizarse de forma efectiva el procedimiento. En su aplicación hacemos un juicio prospectivo, no retrospectivo, de aseguramiento de la diligencia procesal. Estas instituciones apuntan, entonces, a ámbitos completamente diferentes dentro del proceso penal. Así concluimos que *“La inocencia es un dato que debe ser tenido en cuenta en tanto expresión de las cuestiones sobre fundamentación de la pena, en cambio en la prisión preventiva deben satisfacerse estándares prospectivos de racionalidad propios de las medidas cautelares”*¹¹¹. No corresponde, por ende, hablar de presunción de inocencia en el ámbito de la prisión preventiva.

3.2.3 Presupuestos

La LRPA en su artículo 32 no determina los presupuestos de la internación provisoria, por lo que debemos remitirnos al artículo 140 del CPP, que contempla tres requisitos que deben cumplirse de forma copulativa para poder determinar su imposición.

3.2.3.1 Fumus boni iuris

Los dos primeros requisitos contemplados por el artículo 140 del CPP corresponden al presupuesto material de la prisión preventiva y se refieren a la exigencia del *fumus boni iuris*. Estos dos numerales, a saber:

- a) *Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;*

¹¹¹ Valenzuela, *Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el Derecho Procesal Chileno*, 64.

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

Se exige para que pueda ser decretada dicha medida, por ende, que la imputación a realizar sea lo suficientemente seria como para que pueda esperarse la realización de un juicio futuro y una eventual condena; en consecuencia, debe estar fundamentada en base a antecedentes que sean significativos¹¹². Por otro lado, el artículo 143 del CPP exige que la resolución judicial que la dicta debe ser *fundada* y debe expresar *claramente los antecedentes calificados*. En este contexto es que surge la pregunta de qué es lo que se entiende por “*antecedentes que justificaren la existencia del delito*” y por “*antecedentes que permitieren presumir fundadamente*” y cuál es el grado de convicción exigido por la norma al tribunal para que pueda decretar dicha medida, es decir, surge la pregunta por el estándar de prueba.

3.2.3.1.1 La prueba en el presupuesto material de la internación provisoria

Lo primero que podemos observar a partir de las normas tanto del CPP como de la LRPA es que en ellas no se regula cuál es el estándar de prueba requerido para la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva y, mucho menos, de internación provisoria. Esto podría hacernos concluir que en este caso la decisión judicial obedece al principio de íntima convicción, es decir, es de aquellas cuyo razonamiento no puede ser objeto de revisión, por lo que no podríamos determinar si la prueba aportada ha permitido superar el umbral mínimo de corroboración de la hipótesis planteada por el ente persecutor. Este razonamiento, sin embargo, no sería correcto por dos razones fundamentales. En primer lugar, el texto mismo del artículo 140 del CPP según el cual se requiere de “antecedentes”, nos permite determinar que la decisión judicial no puede basarse simplemente en las creencias del juzgador, sino que deben estar apoyadas por información que permita sustentar la hipótesis de culpabilidad. Ello se ve corroborado por el artículo 143 del CPP, ya mencionado, que establece que la decisión judicial debe ser fundada y apoyada en antecedentes calificados. La segunda razón dice relación con los derechos involucrados en dicha decisión. Resultaría difícil sostener, siendo

¹¹² Ramón Beltrán, “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, *Política Criminal* vol. 7 N° 14 (2012): 467. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A6.pdf

que la afectación de esta medida al derecho de libertad de las personas es de tal magnitud que incluso ha sido equiparada a la afectación producida por la pena misma, que la resolución judicial que la impone no debe superar un umbral mínimo de corroboración de hipótesis. Dicho lo anterior, resta determinar que estándar resultaría acorde, según la normativa vigente, a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva¹¹³. Para resolver este punto, es que se referirá en primer lugar al razonamiento probatorio, para posteriormente determinar que es un estándar de prueba y cuál debe aplicarse en la institución de internación provisoria del derecho penal juvenil.

3.2.3.1.2 Razonamiento probatorio en el proceso penal.

Partiremos desde la base de que *“probar un hecho consiste en mostrar que, a la luz de la información que poseemos, está justificado aceptar que ese hecho ha ocurrido”*¹¹⁴, siendo por ende la finalidad de la actividad probatoria, la averiguación de la verdad¹¹⁵. Sin embargo, el conocimiento de los hechos que ocurre en el proceso penal es imperfecto por dos razones. En primer lugar, debido a razones institucionales o normativas; la prueba en el proceso penal no se produce de forma libre, más bien está sometida a ciertas normas o reglas que deben seguirse en su producción y que, muchas veces, no obedecen a fines epistémicos, yendo incluso en su detrimento. En segundo lugar, debido a razones epistemológicas. El hecho que se busca probar durante un juicio es ajeno al juez, *“es un hecho único e irrepetible que, ocurrido en un contexto espacio/temporal distinto al del juicio, el cual no ha sido presenciado por el juez directamente y que a priori este no sabe si ha ocurrido o no en el mundo real”*¹¹⁶. Por ende, las pruebas de los hechos no son resultado de la observación de los juzgadores, el razonamiento probatorio se basa en inferencias probatorias que descansan en leyes probabilísticas e, incluso, en generalidades sin ningún sustrato serio¹¹⁷. De esta forma podemos concluir que el grado de convicción que se adquiere en el proceso penal sobre el

¹¹³ Beltrán, *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*, 468.

¹¹⁴ Daniel González Lagier, "Hechos y conceptos", en Dialnet: *cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* (15 marzo 2007): 1.

¹¹⁵ Marina Gascón Abellán, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 128.

¹¹⁶ Sebastián Reyes Molina, "Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* vol. XXV N°2 (2012): 235.

¹¹⁷ Gascón, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, 128.

enunciado que describe los hechos respecto del cual se aporta prueba no es nunca igual a la certeza absoluta, sino más bien es un “grado de certeza” o una probabilidad respecto de la verdad de dicho enunciado. Es decir, la prueba busca que una determinada hipótesis que describe ciertos hechos mediante un enunciado, sea dada por verdadera o, más bien, por probada. Esta es la tarea de una valoración racional, “*evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera*”¹¹⁸.

Para entender el sistema de valoración racional de la prueba resulta útil tomar en consideración la diferencia analítica de los momentos que lo integran¹¹⁹. El primero de estos momentos es el de valoración de los elementos del juicio o pruebas, y se refiere al apoyo empírico que un elemento de prueba le aporta a la hipótesis planteada como enunciado que describe los hechos. Esta valoración se realiza a partir de los conocimientos científicos presentes en el mundo y a través de las generalizaciones empíricas aceptadas por la sociedad. Este momento concluye con la identificación de los diversos elementos probatorios aportados para la confirmación de una determinada hipótesis y de los factores que determinan su mayor o menor fuerza probatoria, en conjunto con la identificación de las pruebas desestimadas que, por carecer de relevancia o por adolecer de ciertos defectos, no constituyen un aporte de confirmación a la hipótesis planteada¹²⁰.

Sin embargo, como señalamos anteriormente, las pruebas aportadas no determinan un grado de confirmación igual a la certeza, si no que buscan que el grado de corroboración que aportan a la hipótesis que describe los hechos permita tenerla como verdadera, y es aquí donde, como segundo momento del sistema de valoración racional, cobran relevancia los estándares de prueba, ya que ellos determinan, “*los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho*”¹²¹. Es así que “*podemos definir el estándar de prueba*

¹¹⁸ Gascón, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, 129.

¹¹⁹ Diferenciación analítica propuesta en Jordi Ferrer Beltrán, “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en *Nuevas tendencias del derecho probatorio*, coord. Cruz Tejada (Bogotá: Universidad de Los Andes, 2011):1-25 y en Daniela Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 37 (2011): 483-511.

¹²⁰ Accatino, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, 486.

¹²¹ Gascón, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, 129.

*como aquella herramienta legal que contiene los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho*¹²².

3.2.3.1.3 Estándar de prueba en el proceso penal

Lo primero que debemos señalar es que no existe un único estándar de prueba, ya que el hecho de que existan diversos grados de probabilidad para tener por probado un hecho, implica que existan umbrales de corroboración más altos que otros para tener una hipótesis por verdadera¹²³. Ante esta situación los sistemas probatorios fijarán diversos umbrales mínimos de suficiencia probatoria atendiendo a su finalidad, ya que lo que subyace detrás de esta toma de decisión es la decisión por la distribución del riesgo del error de tener una hipótesis por verdadera¹²⁴. Sin embargo, para que pueda darse un hecho por probado, su nivel de corroboración debe necesariamente superar un umbral mínimo de suficiencia, éste nos señala que la hipótesis que se tenga por verdadera debe ser aquella que relativamente haya sido más corroborada por la prueba aportada que las otras hipótesis planteadas o, en caso de no existir hipótesis diversas, que sea más probable que su negación. Este estándar es estimado como el mínimo, ya que de ser posible que aplicáramos umbrales de suficiencia más bajos caeríamos en la irracionalidad de tener por probadas hipótesis que fueran menos probables que otras¹²⁵. Este estándar mínimo de suficiencia es el llamado estándar de preponderancia de prueba, aplicado en el derecho anglosajón en los juicios civiles.

Lo dicho hasta ahora, sin embargo, no obsta a que puedan fijarse umbrales de suficiencia más altos que la preponderancia de prueba (que es justamente lo que ocurre en el proceso penal), ya que establecer un umbral de suficiencia implica tomar una decisión respecto al reparto del riesgo del error de tener una proposición fáctica por probada. En el caso de la mayor preponderancia de pruebas se reparte el riesgo del error de forma equitativa; el error de tener una proposición fáctica por probada, y que ésta no lo sea, y el de tener una proposición fáctica por no probada, y que finalmente ésta sea verdadera, se distribuye de igual

¹²² Reyes Molina, *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*, 236.

¹²³ Accatino, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, 484.

¹²⁴ Accatino, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, 487.

¹²⁵ Accatino, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, 486-487.

forma¹²⁶. Sin embargo, si elevamos el umbral de suficiencia, disminuye el riesgo de que una proposición fáctica tenida por probada finalmente no sea verdadera, ya que se requiere para ello que dicha proposición se base en prueba considerablemente sólida, lo que conlleva, a su vez, un aumento del riesgo de que una proposición fáctica tenida por no probada sea, finalmente, cierta¹²⁷.

En el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, que rige en la etapa del juicio oral del sistema penal chileno, esto es justamente lo que se produce. Se eleva el riesgo de error de tener una hipótesis de inocencia por no probada, y que ésta finalmente sea verdadera, y se disminuye el riesgo de tener una hipótesis de culpabilidad por probada, y que ésta finalmente no sea verdadera. Esto podría ser cuestionable si consideramos, como señalamos al inicio de este capítulo, que el fin del proceso penal es averiguar la verdad y que el estándar más funcional a encontrar la verdad es el estándar de preponderancia de prueba. Sin embargo, la decisión del reparto del riesgo del error no es una decisión sobre la que deba pronunciarse la epistemología, más bien es una decisión sobre la que debe pronunciarse el derecho, ya que obedece a razones de carácter político-morales¹²⁸. Lo anterior se produce porque en el proceso penal se toman en consideración otros fines, los que están en directa tensión con la averiguación de la verdad, y que dicen relación con la protección de derechos fundamentales, haciendo eco de concepciones morales asumidas por la comunidad política. En el estándar de prueba aplicado en el proceso penal se considera, entonces, que una condena falsa afecta fuertemente ciertos derechos fundamentales del afectado, como la libertad y la honra, por lo que resulta más gravosa que una falsa absolución. Por estos motivos es que nuestro sistema procesal penal actual establece el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, que es más exigente que el estándar mínimo, buscando precisamente, como estándar de prueba aplicable en los juicios orales, evitar el error en la condena¹²⁹.

¹²⁶ Visto de otra forma, el riesgo de que se cometa un error al no tener una proposición fáctica por no probada y que esta sea falsa y de tener una proposición fáctica por probada y que esta sea falsa es igual en los dos casos.

¹²⁷ Accatino, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, 487.

¹²⁸ Ferrer, *La prueba es libertad pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*, 12.

¹²⁹ Dejaremos de lado, para efectos de esta exposición, el estado actual de la discusión en torno al estándar de prueba requerido en el caso de “más allá de toda duda razonable”. Para esta discusión vid. Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2013).

3.2.3.1.4 Estándar de prueba en el presupuesto material de la internación provisoria

Resta aún por resolver que estándar de prueba debemos utilizar para determinar que la hipótesis de culpabilidad presentada por el ente persecutor deba darse por cierta, volviéndose factible decretar la medida cautelar de internación provisoria.

Como ya señalamos anteriormente, en nuestra legislación no se encuentra regulado el estándar de prueba que debe alcanzar el juzgador para poder dictar la medida de internación provisoria o de prisión preventiva, lo que, sin embargo, no justifica que el juez pueda, de forma arbitraria, determinar que la hipótesis de culpabilidad se da por probada. Esto, en primer lugar, debido a que la norma exige la concurrencia de “antecedentes” y, en segundo lugar, por el grado de afectación de derechos fundamentales en juego a la hora de imponer esta medida.

Lo primero que salta a la vista es que en materia de internación provisoria no podemos aplicar el estándar de duda razonable, ya que la exigencia de antecedentes, si bien sólidos, no implica que pueda predicarse de ellos que el apoyo empírico que deben prestar a la hipótesis de culpabilidad deba ser de una certeza que no deje el espacio a dudas. En segundo lugar, en esta etapa procesal aún no se produce una evaluación total de la actividad probatoria, más bien se produce una apreciación temprana de la prueba, provisional y temporal, estando sujeta la misma a la posibilidad de sufrir cambios durante el procedimiento¹³⁰.

Por otro lado, predicar que el estándar exigido sería el de la preponderancia de pruebas resulta, a su vez, insatisfactorio. Señalamos anteriormente que el grado de afectación de la internación provisoria al derecho de libertad de las personas es de tal magnitud que incluso ha sido equiparada dicha afección a la producida por la pena, a pesar de esto, no resulta factible establecer un umbral de corroboración tan alto como el establecido en el juicio oral del proceso penal en esta etapa, aún preliminar, de valoración de la prueba. Sin embargo, esta alta afectación de derechos fundamentales debiese reflejarse en el reparto del riesgo del error. Sostenemos que es más grave ser privado de libertad -temporalmente- de manera errónea, que

¹³⁰ Beltrán, *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*, 468.

ser dejado en libertad -temporalmente- de manera errónea, lo que debiese reflejarse en un estándar que hiciera menos probable lo primero. Son precisamente estas razones -político morales- las que nos llevan a sostener que el estándar exigido debe superar el umbral de suficiencia mínimo, es decir, debe ser más que simplemente la hipótesis de culpabilidad sea más probable que una hipótesis compatible con la inocencia del afectado¹³¹.

Si consideramos que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable resulta ser un estándar demasiado alto para esta etapa procesal y, a su vez, consideramos que el estándar de la prueba prevalente resulta insatisfactorio debido a la afectación de derechos fundamentales, entonces, debemos buscar un estándar que no sea ni tan exigente ni tan insatisfactorio. Es decir, lo que se debe buscar es un estándar intermedio entre la duda razonable y la preponderancia de pruebas.

Siguiendo a Gascón, la construcción de un estándar de prueba implica construir los criterios objetivos que nos permiten determinar cuando tenemos por probado un hecho, lo que se relaciona directamente con los esquemas de valoración racional de la prueba. Actualmente existen dos grandes sistemas de valoración de la prueba, aparejados a dos grandes nociones de probabilidad; uno de estos sistemas se basa en la aplicación de instrumentos matemáticos y el otro se basa en esquemas de confirmación¹³². Actualmente, sin embargo, parece superada la discusión acerca de la aplicación de cálculos matemáticos en el razonamiento jurídico acerca de la prueba, debido a las dificultades que plantea¹³³. Es por esto que actualmente se aceptan los modelos de valoración basados en esquemas de confirmación, en los que el grado de aceptación de una determinada hipótesis dependerá del apoyo empírico prestado por los elementos de prueba, siendo medida la probabilidad de dicha hipótesis por el “grado de confirmación” o “grado de convicción”¹³⁴. Por tanto, un estándar objetivable construido según este sistema de valoración no debe indicarnos numéricamente el grado de probabilidad al que una determinada hipótesis debe llegar, sino más bien cuales son los criterios que nos permiten

¹³¹ En el mismo sentido se pronuncia Beltrán, en *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*, 470.

¹³² Gascón, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, 131-132.

¹³³ Vid Larry Laudan, “Porque un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 95-113.

¹³⁴ Gascón, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, 133.

determinar cuándo podemos tener dicha hipótesis por verdadera, y, por ende, cuando damos por probado un hecho. En términos generales, una hipótesis puede darse por verdadera si ha sido confirmada por las pruebas en grado suficiente y a la vez no ha sido refutada por éstas. En este sentido, un estándar de prueba “*se formulará mediante reglas o criterios de aceptabilidad de las hipótesis, que descansarán en última instancia en el grado de confirmación de las mismas*”¹³⁵.

Gascón plantea ciertas fórmulas mediante las cuales se pueden expresar los estándares de prueba que den cuenta del grado de confirmación considerado como suficiente. Sostiene que hay diferentes niveles de exigencia o severidad para cada estándar de prueba, dependiendo dicha exigencia de la distribución del error que se considere deseable. Ante una decisión judicial que lo que pretende medir es el grado de confirmación de una hipótesis de culpabilidad, es que se pueden construir estándares de prueba en torno al grado de confirmación suficiente para la hipótesis de culpabilidad y en torno al grado de confirmación tolerado para la hipótesis de inocencia. De este modo, Gascón plantea diversas variables, considerando una escala de valor de 0, 0,5 y 1, de acuerdo al grado de confirmación para las hipótesis de culpabilidad (Hc) e inocencia (Hi), en la que 0 será constitutiva de ausencia de confirmación, 0,5 una confirmación débil y 1 una confirmación sólida. De esta forma, la combinación de los grados de confirmación entre las hipótesis de culpabilidad e inocencia determinan el estándar de prueba (SP).

Podemos graficarlo de la siguiente forma:

SP1: Hc-0.5 exigido y Hi-1 tolerado

SP2: Hc-0.5 exigido y Hi-0.5 tolerado

SP3: HC-0.5 exigido y Hi-0 tolerado

SP4: Hc-1 exigido y Hi-1 tolerado

SP5: Hc-1 exigido y Hi-0-5 tolerado

SP6: Hc-1 exigido y Hi-0 tolerado

¹³⁵ Gascón, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, 134.

A nuestro entender, en el caso que nos ocupa, el nivel de confirmación de la hipótesis de culpabilidad debe ser sólido, debido al nivel de injerencia que tiene la medida de prisión preventiva en los derechos fundamentales del afectado. Es por esto que los primeros tres estándares de prueba listados, a nuestra consideración, no pueden plantearse como posibles estándares de prueba a ser utilizados para la imposición de esta medida. Queda la pregunta, entonces, de cuál es el nivel de confirmación que puede tolerarse para las hipótesis de inocencia. A mi juicio, el SP4, en el que se tolera que una hipótesis de inocencia sólidamente confirmada coexista con la hipótesis de culpabilidad, tampoco es un estándar satisfactorio, ya que se acerca peligrosamente al estándar de la prueba prevalente contemplada para los procesos civiles en el sistema anglosajón, lo cual, nuevamente y como señalamos con anterioridad, no nos parece razonable, de acuerdo a las consideraciones político-morales que nos inclinan a pensar que la posibilidad de imponer una medida cautelar que restrinja de forma total la libertad ambulatoria del imputado debe tener un grado de corroboración mayor que la simple preponderancia de pruebas.

Es así que nos quedan por evaluar los dos últimos estándares de prueba, siendo la pregunta si, para poder imponer esta medida cautelar, debemos exigirle al juez que se hayan desplazado completamente las hipótesis de inocencia que parezcan razonables; es decir, debemos preguntarnos si lo que se exige es que las hipótesis de inocencia se encuentren tan débilmente fundamentadas, o sean tan poco sólidas, que en definitiva el grado de confirmación de ellas sea 0 o cercano a 0. La respuesta a dicha interrogante, a nuestro entender, es negativa, ya que como señalamos con anterioridad, esta es una fase inicial del procedimiento penal en la que no se evalúa la totalidad de la prueba -y en estricto rigor no es la fase probatoria propiamente tal- sino más bien se evalúan antecedentes que justifiquen la existencia de un hecho punible y que justifiquen que el imputado haya tenido participación en él. Por otro lado, la decisión judicial que se adopta en esta etapa preliminar no es definitiva, sino más bien provisoria y temporal, por lo que está sujeta a revisión en caso de que se produzca un cambio en las circunstancias que motivaron su imposición. Finalmente, la decisión que se toma en esta etapa preliminar no es una decisión que se pronuncia sobre el estatus de culpable o inocente del imputado. Lo que se busca es imponer una medida provisional para asegurar el correcto averiguamiento de la verdad, pero que necesita para su imposición que tenga apariencia de

buen derecho, siendo entonces una medida que se impone, necesariamente, a una persona (hasta el momento) inocente, por lo que no se requiere que se desplace toda hipótesis de inocencia. Para que pueda imponerse esta medida, entonces, bastará aplicar el estándar de prueba número 5, el que “*exige que no existan pruebas que confirmen sólidamente la H_1 pero es tolerante con la existencia de pruebas que confirmen débilmente la H_1* ”¹³⁶.

Es mediante la aplicación de este estándar de prueba que se puede llegar a determinar, a la hora de imponer la medida cautelar de prisión preventiva, si podemos dar por probado sus presupuestos materiales, guardando a su vez el debido respeto por los derechos y garantías afectados.

3.2.3.2 Periculum in mora

Lo relevante a la hora de imponer la prisión preventiva es, como ya señalamos, determinar su imposición de acuerdo a la finalidad de la misma. Es por esto que el tercer numeral del artículo 140 cobra gran importancia. Éste señala que deben existir antecedentes calificados que permitan considerar que la prisión preventiva es indispensable para “*el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación*”, que exista “*peligro de que el imputado se dé a la fuga*” y que “*la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido*”. A continuación, revisaremos cada uno de estos presupuestos.

3.2.3.2.1 Peligro de obstaculización de la investigación

El peligro de que el imputado obstaculice las diligencias investigativas ha sido comúnmente aceptado como un fin que justifica la imposición de esta medida. Si se considera que una de las finalidades de las medidas cautelares personales en el procedimiento penal es el correcto establecimiento de la verdad y que, en este caso, existe un riesgo de que el imputado destruya o altere medios de prueba útiles para el descubrimiento de la verdad, entonces puede considerarse procedente la imposición de esta medida¹³⁷.

¹³⁶ Gascón, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, 137.

¹³⁷ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 408.

El inciso cuarto del artículo 140 del CPP, por otro lado, especifica qué se entiende por peligro de obstaculización de la investigación; señala que nos encontraremos en esos casos de “*existir sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente*”.

La norma, entonces, aporta criterios específicos para que pueda ser posible la interposición de esta medida. De esa forma, contempla que deben existir “*antecedentes calificados*”, “*diligencias precisas y determinadas*”, así como “*sospecha grave y fundada*”. Esto impone límites a la decisión del juzgador, ya que no puede justificar la imposición de la prisión preventiva por la simple aseveración de que la investigación corre un riesgo por parte del ente persecutor o porque exista la posibilidad. Sobre este punto volveremos más adelante.

3.2.3.2.2 Peligro de fuga

Que el imputado pueda no concurrir a los actos del procedimiento y que pueda, en definitiva, ausentarse de tal manera que no sea posible aplicarle una eventual condena, parece ser justificación suficiente para imponer la medida cautelar de internación provisoria, atendiendo que uno de los fines del procedimiento que se buscan tutelar con la imposición de medidas cautelares es que se permita la actuación de la ley penal¹³⁸.

Sin embargo, el carácter de medida cautelar subsidiaria de la prisión preventiva y el hecho de que existen otras medidas cautelares cuya finalidad es la permanencia del imputado en el lugar del juicio para que pueda llevarse a cabo el procedimiento, así como de diversas disposiciones del CPP que habilitan al juez a dictar la prisión preventiva en caso de que el imputado haya incumplido otras medidas cautelares o no se haya presentado a los actos del procedimiento, nos permite concluir que esta medida cautelar sólo puede ser dictada en caso de que exista evidencia de que la incomparecencia tiene por objeto eludir la aplicación de la

¹³⁸ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 409.

ley penal¹³⁹. Asimismo, no debe olvidarse que el CPP exige que deben existir “*antecedentes calificados*” para que pueda decretarse su imposición. Volveremos sobre este punto más adelante.

3.2.3.2.3 Peligro para la seguridad de la sociedad y la seguridad del ofendido

Que la medida cautelar de prisión preventiva pueda imponerse teniendo como justificación la peligrosidad social y la seguridad del ofendido ha sido algo fuertemente cuestionado por la doctrina, ya que su imposición deja de obedecer a razones de carácter procesal para satisfacer razones propiamente penales. Como señala Ferrajoli, la prisión preventiva deja de constituir un instrumento procesal y pasa a ser un “*instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos*”. Al basarse simplemente en la sospecha del delito cometido y al asimilar sus fines con los fines propios de la pena es que se convierte en una pena propiamente tal, perdiendo su carácter de medida cautelar¹⁴⁰.

Sin embargo, y como señala Marín, en el caso del peligro para la seguridad de la sociedad el legislador entrega ciertas guías para indicarle al juez cuando debe entender que existe dicho peligro, a saber “*la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla*”, “*cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere si sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley*”. Estos indicadores, señala Marín, cumplirían con la finalidad de las medidas cautelares en la medida en que lo que busca el legislador con la consagración de los motivos que debe tener en consideración es que quede de manifiesto el peligro de que el

¹³⁹ Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 412.

¹⁴⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 553, en Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 413.

imputado se dé a la fuga y que no pueda, en definitiva, aplicársele una pena. Así, tener en consideración la gravedad de la pena asignada al delito o si éste tiene asignada una pena de crimen resulta un indicador de cuando existirá mayor peligro de fuga por la pena arriesgada. Lo mismo ocurre con el número y carácter de los delitos, los antecedentes del imputado y las circunstancias mismas del hecho¹⁴¹. No obstante, esta interpretación es de todas formas discutible, pudiendo sostenerse que en realidad lo que se buscaría en este caso es evitar la reincidencia del imputado, siendo los párrafos señalados indicadores de la peligrosidad social de éste. Más aún si consideramos el motivo de *“cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no”*. Resulta difícil argumentar que lo anterior constituye un indicador de peligro de fuga en el caso en que el imputado efectivamente cumplió su condena anterior; más bien parecería que éste es un indicador de que la reincidencia es un riesgo cierto. Resulta, entonces, más coherente interpretar estas disposiciones como peligro de reincidencia y de esta forma ser críticos con la normativa actual, cuyas disposiciones actualmente permiten que se interponga la medida de internación provisoria por razones que están lejos de ser puramente procesales. Coincidimos con la postura que señala: *“Admitir que nuestro CPP reconoce el peligro para la seguridad de la sociedad, entendido como peligro de reincidencia y como necesidad de defensa social no es, entonces, más que una necesidad descriptiva. Ella constituye el punto de partida para dejar en evidencia que tal reconocimiento está en absoluta contradicción con los tratados internacionales ratificados por Chile y que representa un instrumento de control social ilegítimo, en cuanto nos aproxima a un derecho penal de autor y no de acto”*¹⁴².

Finalmente, en el peligro para la seguridad del ofendido la ley señala que *“se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes”*. A las críticas ya señaladas, debemos añadir que su utilización debe ser aún más excepcional, ya que la víctima cuenta con el derecho a solicitar medidas de protección y con el derecho de solicitar el

¹⁴¹ Marín, *Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno*, 38.

¹⁴² Horvitz y López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, 416.

abandono del hogar o la prohibición de acercamiento.¹⁴³ Estas últimas medidas que compatibilizan de mejor forma los derechos de la víctima con los derechos del imputado.

3.2.3.2.4 Prueba en la necesidad de cautela

Anteriormente señalamos que probar un hecho consistía en “*mostrar que, a la luz de información que poseemos, está justificado aceptar que ese hecho ha ocurrido*”¹⁴⁴, y, por otro lado, por hecho entendemos que es “*todo aquello que existe en el mundo espacio-temporal*”¹⁴⁵. La pregunta que surge, por tanto, es si puede probarse un hecho que no ha sucedido aún en el mundo.

El juez, en el presupuesto de necesidad de cautela no realiza un razonamiento de forma retrospectiva, estableciendo qué indicios o pruebas le dan suficiente apoyo a un enunciado sobre un hecho que ha ocurrido con suficiente fuerza como para tenerlo por probado, es decir, para tener por verdadera la proposición que establece que ese hecho ha tenido lugar en el mundo. Más bien, realiza un juicio prospectivo, sobre hechos que aún no han ocurrido y que podrían o no suceder. Sin embargo, es evidente que, respecto a la necesidad de cautela, el ordenamiento exige cierto nivel de actividad probatoria. En ese sentido, el artículo 140 del CPP exige la concurrencia de “*antecedentes calificados*” para que el juez considere indispensable esta medida cautelar para resguardar los fines del procedimiento (y aquellos otros fines, ya criticados, contemplados por el legislador). Lo anterior nos permite argumentar que se vuelve discutible que la prueba deba recaer sólo sobre hechos pasados, pudiendo sostenerse que puede recaer sobre hechos futuros, es decir, sobre hechos que aún no han ocurrido en el mundo. De esta forma, el enunciado “x se dará a la fuga”, puede ser un enunciado que, en tanto uno que describe un hecho -futuro- sobre el mundo, debe ser probado, es decir, debe aportarse información que nos permita llegar a la conclusión de que es más probable que ese hecho ocurra a que ese hecho no ocurra. En este sentido, el estándar

¹⁴³ Artículos 6º, 78, 83 letra a), 109 inc. 1º letra a), 171 y 155 inciso 1º letra g) del Código Procesal Penal.

¹⁴⁴ González Lagier, *Hechos y conceptos*, 1.

¹⁴⁵ Daniel González Lagier, “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”, *Jueces para la democracia* 46 (2003): 18. El autor a su vez realiza una distinción entre hecho entendido como objeto y hecho entendido como evento, siendo que el hecho-objeto no puede y no es materia de prueba, si no más bien la afirmación sobre la existencia de dicho objeto.

probatorio que nos permitirá tener por probado el hecho futuro será el de la prueba prevalente, ya que, de ser más probable que ocurra un hecho que pondría en riesgo el correcto establecimiento de la verdad o la aplicación de la ley penal, la imposición de esta medida se encontrará justificada. De esta manera, estableciendo un estándar de prueba para la necesidad de cautela, es que vemos protegido los derechos del imputado, ya que el juez deberá, mediante su razonamiento probatorio, señalar cuál fue la prueba aportada que le permitió concluir que en determinado caso es más probable, por ejemplo, que el imputado destruya x evidencias a que no y a la vez, vemos protegidos los fines del procedimiento que la medida de internación provisoria busca cautelar¹⁴⁶.

4 Análisis de jurisprudencia

Para finalizar el estudio de la internación provisoria en Chile, y como último capítulo de la presente tesis, pasaremos a analizar de qué manera ésta ha sido abordada por la jurisprudencia chilena, y si nuestros tribunales se han hecho cargo -o no- de los diferentes temas anteriormente desarrollados. Para ello, contamos con 31 sentencias de diferentes Juzgados de Garantía de Santiago, que corresponden a aquellas sentencias que, o decretaron la medida de internación provisoria, o la mantuvieron ante la solicitud de revisión de la misma por parte de la defensa, y que fueron apeladas por Defensoría Metropolitana Sur durante el año 2016¹⁴⁷. A su vez, se cuenta con las 31 sentencias que resuelven dichos recursos de apelación, emitidas por la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴⁸. De esta manera, en primer lugar se revisará si los jueces a la hora de aplicar la medida tuvieron en consideración los diversos principios que debiesen guiar la imposición de esta medida cautelar como traducción del principio de especialidad que rige el derecho penal juvenil y, en segundo lugar, se analizará el estándar de prueba utilizado por los Juzgados de Garantía y por la Corte, así como su

¹⁴⁶ Jonatan Valenzuela, *Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal en el derecho chileno: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva*, manuscrito proporcionado por su autor.

¹⁴⁷ Cabe señalar que el total de sentencias eran 47. Sin embargo, no fue posible obtener todos los audios de las audiencias en las que se dictó o mantuvo la medida, en algunos casos por ciertas fallas del sistema, y en otros porque la Defensoría ya no representaba a los jóvenes imputados, habiendo pasado las causas a defensores privados.

¹⁴⁸ En adelante, simplemente Corte. Asimismo, por tratarse de sentencias en que se argumenta de forma somera, sólo se hará referencias a aquellas que sean de interés para evaluar los temas desarrollados en la presente tesis.

razonamiento probatorio, tanto en lo que respecta al presupuesto material como a la necesidad de cautela de la medida cautelar.

4.1 Principios

Lo primero que se puede observar del análisis de sentencias es la total falta de aplicación de los principios de especialidad del derecho penal juvenil. Como señalamos en el primer capítulo de la presente tesis, la imposición de la medida cautelar de internación provisoria debe, necesariamente, guiarse por ciertos principios que buscan precisamente la limitación de la misma, y que se fundan en el nivel de afectación que ésta supone a ciertos derechos fundamentales. Es por esto que el análisis se centra en identificar si tanto los Juzgados de Garantía como la Corte hicieron eco de dichos principios, teniendo sobre todo en consideración que se trata de jóvenes que se encuentran en proceso de desarrollo.

4.1.1 Principio de excepcionalidad

Uno de los principios imperantes tanto en la normativa internacional como en la nacional, es que la imposición de la medida cautelar de internación provisoria debe ser de *ultima ratio*, es decir, dicha medida sólo será procedente en casos excepcionalísimos en los que las demás medidas cautelares resulten insuficientes para salvaguardar los fines del procedimiento. Dicha limitación se ve acentuada en el caso de los jóvenes, debido precisamente a la mayor afectación que implica para ellos su privación de libertad. Esto se ve reflejado en la amplia normativa internacional ya mencionada, artículo 37 letra b) de la Convención de Derechos de Niño, complementada por la Ordenanza General N° 10 del Comité de Derechos del Niño, las Reglas de Beijing N° 13. 1 y N° 13. 2, así como el artículo 17 de las Reglas de las Naciones Unidas, y reforzado en el ámbito nacional por el artículo 32 de la LRPA. Sin embargo, y como ya fue adelantado, ninguna de las 31 sentencias estudiadas hace eco de esta amplia normativa, nacional e internacional; en ninguna de ellas se hace referencia a que esta medida cautelar es de carácter excepcional, debido a la grave afectación que supone su imposición, debiendo siempre privilegiarse otras medidas cautelares. Podría sostenerse que esto se debe a que el universo de sentencias estudiadas corresponde sólo a

sentencias que hubieran decretado o mantenido la medida de internación provisoria, siendo que los jueces hacen aplicación de este principio precisamente en aquellos casos en los que no se decreta o mantiene dicha medida cautelar. Sin embargo, lo que se cuestiona es precisamente que muchos de los casos estudiados son merecedores de su aplicación. En efecto, de los 31 casos estudiados, 25 de ellos corresponden a casos en que los jóvenes imputados (o al menos uno de ellos), no registra condena alguna; aún más, de todos ellos, 17 corresponden a casos en que los jóvenes no han tenido ningún tipo de contacto previo (como imputados) con el sistema, siendo estos casos su primer acercamiento con la justicia.

Es así que en la mitad de los casos podemos encontrar fuertes razones para sostener que la internación provisoria resulta en exceso perjudicial para los jóvenes imputados, atendida su calidad de adolescentes, habiéndose debido buscar evitar los efectos desocializadores y criminógenos que produce su internación. Es por esto que los jueces debiesen haber buscado alternativas a su imposición, resguardando los fines del procedimiento mediante otras medidas cautelares y conciliando, de esta forma, los intereses de la sociedad con los de los jóvenes imputados.

La falta de razonamiento judicial en torno a la mayor intensidad de efectos negativos que la privación de libertad le genera a los jóvenes, en comparación con los adultos, se vuelve aún más evidente si consideramos que en muchos de estos casos nos encontramos con coimputados adultos a los que se les aplicó la medida cautelar de prisión preventiva y, en ninguno de los casos, se puede observar que el razonamiento judicial tenga en consideración que tanto las razones para imponer esta medida cautelar así como los efectos que la misma genera, varían si el imputado es un adulto o un joven. Es por todo esto que se considera una grave falta en el razonamiento judicial el hecho de no considerar el principio de especialidad a la hora de imponer esta medida cautelar.

Cabe señalar que, de todas las sentencias apeladas, tan sólo 4 fueron revocadas por la Corte por aplicación del principio de *ultima ratio*. A modo de ejemplo, la Corte, en la causa RIT 4859-2016, ROL Corte 2460-2016, señaló que: “*siendo la internación provisoria un último recurso a utilizar cuando otras medidas cautelares no permiten asegurar los fines del*

*procedimiento, teniendo presente que la imputada carece de antecedentes pretéritos y que goza de un arraigo social, y atendido lo dispuesto en el artículo 122 del Código Procesal Penal, esta Corte estima que la necesidad de cautela puede ser satisfecha con otras medidas cautelares de menor intensidad*¹⁴⁹. De esta forma, la Corte hace aplicación del principio de excepcionalidad, estableciendo que la medida cautelar de internación provisoria se vuelve innecesaria al ser posible que los fines del procedimiento sean salvaguardados mediante medidas cautelares menos gravosas. En el mismo sentido argumenta en otras tres causas¹⁵⁰.

Por otro lado, otras tres causas¹⁵¹, si bien no fueron revocadas por la Corte, contaron con un voto en contra en el cual se argumentaba precisamente que existirían otras medidas cautelares de menor intensidad que permitirían satisfacer los fines del procedimiento.

4.1.2 Principio de proporcionalidad

Otro de los principios a evaluar en las sentencias analizadas es el de proporcionalidad, principio que se encuentra regulado de forma especial en el artículo 33 de la LRPA, estableciendo que el juez, para poder imponer esta medida, tiene la obligación de realizar un ejercicio de pronóstico sobre la pena probable a imponer. Ejercicio que debe realizar para que, en aquellos casos en que se determine que la pena no será privativa de libertad, quede proscrita la imposición de la medida cautelar de internación provisoria, ya que de lo contrario se estaría infringiendo dicho principio. Respecto a este principio, entonces, se identificaron tres problemas en el razonamiento judicial.

4.1.2.1 Omisión de pronóstico

En primer lugar, en causas de robo con intimidación y robo en lugar destinado a la habitación, nos encontramos con casos en que los Juzgados de Garantía no realizan pronóstico

¹⁴⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2460-2016, 16 de noviembre de 2016.

¹⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 171-2016, 28 de enero de 2016; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2425-2016, 11 de noviembre de 2016, sólo respecto de uno de los imputados; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1542-2016, 23 de julio de 2016.

¹⁵¹ Corte de Apelaciones, Rol 1062-2016, 26 de mayo de 2016; Corte de Apelaciones, Rol 1465-2016, 14 de julio de 2016; Corte de Apelaciones Rol 719-2016, 13 de abril de 2016.

alguna sobre la pena a imponer¹⁵², siendo que, en todos ellos, haciendo aplicación de los criterios contemplados en el artículo 24 de la LRPA, existían elementos para sostener que la pena probable a imponer no sería privativa de libertad.

En efecto, en los casos en comento, los jóvenes cuentan con la atenuante de irreprochable conducta anterior; o haciendo aplicación del criterio de extensión del mal causado, se utilizan armas a fogeo, no reales, para efectuar la intimidación; o no se utiliza arma alguna, no verificándose íntegramente una situación de pluriofensividad¹⁵³. Resulta especialmente interesante el caso de la causa RIT 814-2016, en la que fueron formalizados dos adolescentes por robo en lugar destinado a la habitación, contando uno con irreprochable conducta anterior y el otro no. El Juzgado de Garantía sólo realizó una prognosis respecto del joven que mantenía condenas anteriores, señalando que: *“en este caso necesariamente concurrirá la circunstancia agravante prevista en el artículo 12 número 16 del CP y además la prevista en el 456 bis del Código Penal, osea, dos circunstancias agravantes, ninguna atenuante, se trata de un delito grave, a esta juez le parece que la pena que se le va a aplicar será necesariamente privativa de libertad, dado que incluso anteriormente ha sido condenado en régimen semi cerrado”*¹⁵⁴. Sin embargo, el Juzgado de Garantía omite, sin fundamento alguno, la realización del mismo ejercicio respecto del imputado sin antecedentes penales.

En otros dos casos¹⁵⁵, nos encontramos con jóvenes que efectivamente contaban con antecedentes, por lo que, de haberse realizado la prognosis, podría haberse determinado que la pena más probable a imponer sí resultaría privativa de libertad. No obstante, resulta igualmente cuestionable y reprochable que los Juzgados de Garantía, en estos casos, no realicen el ejercicio de prognosis, estimando como suficiente para decretar la medida cautelar de internación provisoria, la acreditación de la necesidad de cautela.

¹⁵² 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 5944-2016, 26 de julio de 2016; 14° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 6116-2016, 14 de junio de 2016; 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 814-2016, 26 de enero de 2016; 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 3221-2016, 6 de julio del 2016.

¹⁵³ Criterio propuesto en Núñez y Vera, *Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho Penal de adolescentes chileno*, 193-195.

¹⁵⁴ 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 814-2016, 26 de enero de 2016.

¹⁵⁵ 10° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 2071-2016, 09 de mayo de 2016; 14° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 6560-2016, 29 de junio de 2016.

4.1.2.2 Prognosis incompleta

En un segundo grupo de casos¹⁵⁶, los Juzgados de Garantía, si bien realizan una prognosis de pena, lo hacen de manera incompleta. Son casos de delitos de robo con intimidación, robo en lugar habitado y tráfico de droga. En estos casos, los jueces estimaron suficiente establecer que, tras la rebaja necesaria del artículo 21 de la LRPA, el tramo de pena correspondiente a aplicar correspondía al tramo segundo del artículo 23 de la misma ley, en el cual se contemplan como penas a imponer la internación en régimen cerrado, la internación en régimen semi cerrado y la libertad asistida especial. En efecto, según el razonamiento judicial, resultaría procedente que se les impusiera a los imputados una pena privativa de libertad, no resultando, por ende, desproporcionada la medida cautelar de internación provisoria; sin embargo, los jueces en ningún caso establecieron cuál de todas aquellas penas sería finalmente la más probable de imponer. Debemos recordar que el artículo 33 de la LRPA le impone al juez la obligación de realizar una prognosis de pena en concreto, ya que esta es la única manera de poder establecer si esta medida cautelar en cuestión estaría siendo o no proporcional a la sanción probable de aplicar (no posible). Lo anterior resulta aún más evidente si consideramos que, nuevamente, en todos estos casos nos encontramos con elementos que, por aplicación del artículo 24 de la LRPA, podrían determinar la imposición de una pena no privativa de libertad. Es así que en todos estos casos los adolescentes contaban con una atenuante de responsabilidad, la irreprochable conducta anterior; en cuanto a la calidad en que el adolescente participó en el hecho, en algunos casos no ostentaron el dominio del hecho¹⁵⁷ y, en otros, en cuanto a la extensión del mal causado, la intimidación se produjo con pistolas a fogueo¹⁵⁸.

¹⁵⁶ 14° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 5169-2016, 20 de mayo de 2016; 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 4859-2016, 8 de noviembre de 2016; 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 7021-2016, 29 de agosto de 2016; 14° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 11854-2016, 6 de diciembre de 2016; 15° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 2088-2016, 8 de abril de 2016; 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 5641-2016, 16 de julio de 2016; 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 7338-2016, 9 de septiembre de 2016; 15° Juzgado de Garantía de Santiago, 7201-2015, 20 de enero de 2016; 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 6704-2016, 19 de agosto de 2016.

¹⁵⁷ 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 4859-2016, 8 de noviembre de 2016. Numeral b) del artículo 24 de la LRPA, calidad en que el adolescente participó en el hecho. Raúl Nuñez y Jaime Vera, resaltan que este criterio a tener en cuenta en la determinación de la pena se vuelve relevante sobre todo debido al modelo que adopta nuestro Código Penal, que equipara a la calidad de coautoría ciertos supuestos que en doctrina son considerados como mera participación en los hechos. Este criterio, entonces, permite imponer penas de menor gravedad a aquellos adolescentes que si bien son considerados como autores por el Código Penal, en el hecho no ostentaron

Las deficiencias señaladas son aún más evidentes en la causa RIT 7021-2016, en la cual el joven imputado declara voluntariamente haber obtenido un celular mediante un robo con intimidación (declaración sin la cual jamás se habría iniciado un procedimiento). En este caso nos encontramos con que el joven tiene dos atenuantes, la de irreprochable conducta anterior y la de cooperación (calificada) en el esclarecimiento de los hechos. Es decir, una prognosis adecuada habría necesariamente concluido que el joven no resultaría acreedor de una pena privativa de libertad.

4.1.2.3 Abierta contravención del principio de proporcionalidad, desconociendo la prognosis efectuada

Finalmente, el último problema que se identificó respecto de la obligación de realizar una prognosis de pena, dice relación con una contravención abierta por parte de los jueces del principio de proporcionalidad.

En la causa RIT 5669-2016¹⁵⁹, un adolescente fue encontrado en posesión de diez plantas de cannabis sativa, un revólver a fogeo con su cañón y cilindro perforado y cinco municiones, siendo formalizado por cultivo de especies vegetales del género cannabis sativa,¹⁶⁰ y tenencia de arma prohibida¹⁶¹. En la audiencia de control de detención y formalización, al solicitar el Ministerio Público la internación provisoria, la defensa alegó que a ambos delitos les correspondería una pena que parte de 3 años y un día, por lo que, tras aplicar la rebaja del artículo 21 de la LRPA, la pena aplicable al adolescente se situaría en el tercer tramo del artículo 23 de la LRPA, siendo la pena más gravosa de dicho tramo la de internación en régimen semicerrado. Esto tornaría desproporcionada la internación provisoria, ya que el adolescente no sería candidato a una pena privativa de libertad en régimen cerrado. El Juzgado de Garantía, si bien concuerda con la defensa en torno a que resultaría poco probable que el adolescente sufriera una pena privativa de libertad, toma en consideración

un dominio directo o funcional. Núñez y Vera, *Determinación judicial de la pena, Motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno*, 189-191.

¹⁵⁸ 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 7338-2016, 9 de septiembre de 2016.

¹⁵⁹ 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 5669-2016, 7 de diciembre de 2016.

¹⁶⁰ Infracción al artículo 8 de la ley 20000.

¹⁶¹ Infracción al artículo 13 en relación al artículo 3 inciso primero de la ley 17778.

otros aspectos para imponer dicha medida cautelar, como la existencia de una condena anterior, vulnerando de esta manera el artículo 33 de la LRPA. En efecto, señala que *“si bien tal como señalaba la defensa, es poco probable que se llegue a imponer a este imputado una pena privativa de libertad, por el tramo en que quedarían las mismas atendidas lo dispuesto en el artículo 23 y en relación con el artículo 21 de la ley 20084, igualmente se debe tomar en consideración al momento de decretarse la Internación Provisoria, que en este caso...”*¹⁶². De esta forma, a pesar de hacer una prognosis y concluir que la pena más probable a imponer no será de aquellas privativas de libertad, la jueza impone dicha medida cautelar, yendo abiertamente en contra del principio de proporcionalidad.

Lo mismo ocurre en las causas RIT 1092-2016 y 913-2016¹⁶³, correspondientes a causas de robo con intimidación, en las que la pena aplicable correspondía a la del segundo tramo del artículo 23 de la LRPA, y en las cuales a los adolescentes les era aplicable la atenuante de irreprochable conducta anterior. En la primera causa, el Juzgado de Garantía sostuvo que: *“sin perjuicio de la eventual prognosis de pena, por ahora se justifica la necesidad de cautela”*¹⁶⁴. A su vez, en la segunda, el Juzgado de Garantía sostuvo que: *“independiente de la prognosis de pena, el tribunal entiende que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad”*¹⁶⁵. Como se aprecia, en estos casos se impone la medida a pesar del resultado que pudiese arrojar el ejercicio de una prognosis de pena, contraviniendo expresamente lo señalado en el artículo 33 de la LRPA.

Por otro lado, respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Corte, nos encontramos con que en la causa RIT 1904, la Corte hizo eco del principio de proporcionalidad, estableciendo que: *“se estima que atendido a que no registra antecedentes pretéritos, la medida cautelar de internación provisoria resulta desproporcionada y en consecuencia, estos sentenciadores estiman como suficiente la imposición de otra cautelar personal menos gravosa”*¹⁶⁶. En este caso, si bien la Corte no hace propiamente tal una

¹⁶² 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 5669-2016, 7 de diciembre de 2016.

¹⁶³ 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 1092-2016, 2 de marzo de 2016; 14° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 913-2016, 16 de junio.

¹⁶⁴ 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 1092-2016, 2 de marzo de 2016

¹⁶⁵ 14° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 913-2016, 16 de junio.

¹⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1131-2016, 01 de junio de 2016.

prognosis de pena, podemos intuir que la referencia a la irreprochable conducta anterior se debe precisamente a su aplicación como atenuante, lo cual afectaría necesariamente la eventual imposición de una pena.

Finalmente, en la causa RIT 814, la Corte revocó la medida cautelar apelando a ambos principios, tanto el de proporcionalidad como el de *ultima ratio*, señalando que: “*la privación de libertad se establecerá como último recurso y teniendo especialmente los fines que busca el citado texto legal, es necesario considerar la reinserción del menor, [...] lo que redundaría en que otras medidas cautelares distintas de la internación provisoria, resultan suficientes para asegurar los fines del procedimiento*”¹⁶⁷. Se destaca también de la sentencia que los jueces efectivamente realizan una prognosis de pena, señalando: “*Que en la especie el menor imputado, atendida su edad y el hecho que no registra anotaciones prontuariales pretéritas, según se ha hecho presente en la presente audiencia y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley 20.084, especialmente que la medida de internación provisoria en estos autos resulta desproporcionada, en relación a la sanción probable a aplicar en caso que el menor imputado fuese condenado por el delito por el cual ha sido formalizado, según la forma de comisión del ilícito, a su grado de desarrollo y a la participación específica del menor imputado en tal conducta*”¹⁶⁸. En este caso, podemos observar como los jueces efectivamente toman en consideración elementos del artículo 24 de la LRPA para determinar si la sanción probable a imponer será o no de aquellas consideradas como privativas de libertad.

Si bien consideramos que la Corte, en ciertos casos, recoge los principios contemplados en la legislación como limitación a esta medida cautelar, se echa en menos que en su razonamiento no se haga referencia a la amplia normativa internacional, así como a la normativa nacional que contempla estos principios, los cuales constituyen una expresión directa de que el sistema penal juvenil es y debe ser diverso al de los adultos.

¹⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 241-2016, 5 de febrero de 2016, considerando primero.

¹⁶⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 241-2016, 5 de febrero de 2016, considerando segundo.

4.2 Estándar de prueba

4.2.1 Presupuesto material

Como señalamos anteriormente en la presente tesis, actualmente nuestra legislación no establece ningún estándar de prueba para la medida cautelar de internación provisoria que deba ser aplicado por los juzgadores para dar por acreditada la hipótesis de culpabilidad en grado suficiente, permitiendo la imposición de dicha medida cautelar. El análisis de las sentencias se realizó, entonces, aplicando el estándar de prueba ya propuesto.¹⁶⁹

De esta forma, consideramos que en la mayoría de los casos analizados, la resolución judicial que dio por probada la hipótesis de culpabilidad lo hizo acorde con el estándar de prueba propuesto, al encontrarse dicha hipótesis debidamente fundamentada, sin que existiera conflicto con una hipótesis de inocencia fuerte defendida por la defensa. No ocurre lo mismo, sin embargo, en algunos de los casos y, para efectos de ilustrar cómo debería operar el estándar de prueba propuesto, se analizarán precisamente aquellos casos en que se estima vulnerado dicho estándar.

4.2.1.1 Causa RIT 424-2016¹⁷⁰

a.1) Hechos:

En este caso, dos mujeres señalan haber sido abordadas por dos sujetos, uno de los cuales vestía pantalón color rojo, chaqueta color negra y un jockey, quienes las intimidaron y les sustrajeron varias pertenencias. Tras denunciar las víctimas el asalto a Carabineros, personal policial inició un patrullaje por las calles en donde habría ocurrido el hecho, divisando a un sujeto con las vestimentas antes señaladas, quien, al realizarle un control de identidad, no portaba su cédula de identificación, por lo que fue conducido a la unidad policial en donde se encontraban las dos víctimas, que lo reconocieron en el momento en que

¹⁶⁹ Vid. Supra capítulo 3.2.3.1.4.

¹⁷⁰ 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 424-2016, 15 de enero de 2016.

descendía del furgón policial. El joven, al momento de ser detenido, no portaba consigo ninguna de las especies sustraídas a las víctimas y señaló haber estado ahí porque estaba esperando a que llegara su polola.

a.2) Hipótesis inculpatoria y prueba que la fundamenta:

Así las cosas, el Ministerio Público sostiene que el imputado sería autor de un delito de robo con intimidación en grado de consumado y para probar la hipótesis de culpabilidad, cuenta con el reconocimiento de las víctimas y el hecho de que el joven estuviera vestido de la misma forma que uno de los asaltantes, en un lugar cercano y poco tiempo después de haber transcurrido el hecho.

a.3) Grado de corroboración de las hipótesis y estándar de prueba:

Si bien el reconocimiento por parte de las víctimas a simple vista constituiría una prueba que le da sustento a la versión que explica los hechos de manera inculpatoria, para determinar si efectivamente constituye un fuerte apoyo empírico debemos considerar las circunstancias en que dicho reconocimiento se produjo. En efecto, el reconocimiento se produce cuando el imputado bajaba del furgón policial; las víctimas reconocen a una persona detenida por carabineros y vestida de la misma forma en que lo hacía su asaltante. Esto constituye un reconocimiento inducido o viciado desde sus inicios, ya que el reconocimiento se produce cuando la persona ya está detenida por Carabineros, lo que tiene como efecto que haya una predisposición a que las víctimas consideren que esa persona es culpable por haber cometido un delito. Esta predisposición es aún mayor si consideramos que el imputado vestía de manera parecida o igual a como lo hacía el asaltante, por lo que resulta muy fácil que las víctimas inmediatamente lo relacionen con su agresor, existiendo la posibilidad de que se produzca una equivocación. Distinto hubiera sido si lo hubieran reconocido en un set fotográfico, entre varias personas, o en el medio libre, sin ninguna sugestión previa. Siendo los medios de prueba con los que se cuenta para presumir la participación del imputado o dudosos, en el caso del reconocimiento, o irrelevantes por sí mismos, como la cercanía del

imputado con el momento delictual, es que se concluye que el nivel de confirmación de la hipótesis de culpabilidad es bastante débil.

a.4) Estándar de prueba y razonamiento judicial:

Al tener una hipótesis de culpabilidad fundamentada de forma débil, concluimos que en el caso en cuestión no se alcanza el estándar probatorio propuesto, por lo que se considera errado el razonamiento del Juzgado de Garantía que señala que *“estos elementos también permiten formar presunciones fundadas de participación del imputado en este delito, con el estándar propio de las medidas cautelares, efectivamente existe un reconocimiento, no un reconocimiento, una descripción exacta que del imputado hacen ambas víctimas, la detención del imputado es realizada a muy poca distancia y en muy poco tiempo después de efectuados los hechos, por lo que me parece que no hay dudas, en este momento, de la participación que el imputado ha tenido en esto.”*¹⁷¹. Cabe señalar que queda la duda sobre cuál es este estándar de prueba *propio de las medidas cautelares* al cual se hace referencia.

4.2.1.2 Causa RIT 1575-2016¹⁷²

b.1) Hechos:

El caso se inicia con la denuncia de un hombre sordomudo quien, a través de su hermana, señala que el hijo de su pareja, un joven de 15 años, lo habría asaltado junto a otros jóvenes, golpeándolo y sustrayéndole su bicicleta, por lo que en audiencia de formalización el juez decreta la internación provisora del joven. En audiencia de revisión de la medida cautelar, la defensa presentó nuevos antecedentes.

¹⁷¹ 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 424-2016, 15 de enero de 2016.

¹⁷² 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 1575-2016, 19 de mayo de 2016.

b.2) Hipótesis inculpatoria y prueba que la fundamenta:

El Ministerio Público sostiene que el imputado sería autor de un delito de robo con violencia en grado de desarrollo de consumado, y para probar su versión de los hechos cuenta con una primera declaración de la víctima, prestada por medio de su hermana actuando de intérprete, más un informe médico de lesiones.

b.3) Hipótesis exculpatoria y prueba que la fundamenta:

La defensa sostiene la inocencia del joven imputado y para probar esta hipótesis cuenta con diversos antecedentes; el primero de ellos es la declaración del joven imputado, quien señala que no le robó la bicicleta a la víctima si no que se la pidió prestada y luego la vendió, por lo que posteriormente se pelearon, de ahí las lesiones de “la víctima”. El otro antecedente sería un nuevo testimonio de la víctima, quien señala que efectivamente le prestó su bicicleta al hijo de su pareja, el joven imputado, y que otras personas, en otro momento, lo intentaron asaltar.

b.4) Grado de corroboración de las hipótesis:

Para la hipótesis de culpabilidad la versión de la víctima en torno a que fue el joven imputado quien lo asaltó resulta un medio probatorio que le otorga un grado de certeza bastante fuerte a la hipótesis de culpabilidad, en tanto se considera que no habría razones para que la víctima mintiera al respecto, pero se torna débil si tomamos en consideración tanto la declaración del imputado, que explicaría la inculpación (en tanto a la víctima le habría molestado que el imputado vendiera su bicicleta sin su consentimiento), como el hecho de que ambos, víctima y victimario tengan una relación cercana, ya que resulta inverosímil, según las máximas de la experiencia, que una persona le robe a otra con la que tiene lazos familiares. Por otro lado, el informe médico de lesiones no le otorga apoyo empírico alguno a la hipótesis de participación del imputado en el mismo. Es decir, tenemos una hipótesis débil de culpabilidad.

En cuanto a la versión exculpatoria, se cuenta con la declaración sobre los hechos del imputado y una versión exculpatoria por parte de la víctima, que se torna débil si consideramos que esta nueva versión podría deberse a la relación de cercanía entre víctima y victimario. La hipótesis de inocencia es, por ende, bastante débil.

b.5) Estándar de prueba y razonamiento judicial:

Tenemos, entonces, que ambas hipótesis, tanto la de culpabilidad como la de exculpación, son hipótesis que se ven pobremente acreditadas, es decir, no se logra cumplir con el estándar de prueba propuesto para poder establecer la medida de internación provisoria, ya que el estándar planteado exige la concurrencia de una hipótesis sólida de culpabilidad. De esta forma, consideramos errado el razonamiento del Juzgado de Garantía que, en audiencia de revisión de la medida cautelar, resolvió mantener la internación provisoria al considerar que los nuevos antecedentes aportados por la defensa, las declaraciones prestadas, no hicieron variar las circunstancias que se tuvieron en cuenta en un inicio para justificar la existencia del delito y la participación, puesto que la retractación de la víctima se debió a un interés por cercanía o parentesco con los familiares del imputado. A nuestro entender y por los argumentos señalados, el Juzgado de Garantía debió haber revocado la medida cautelar, sustituyéndola, si es que así lo consideraba procedente, por una medida cautelar de menor intensidad que permitiera cautelar los fines del procedimiento.

4.2.1.3 Causa RIT 7396-2015¹⁷³

c.1) Hechos:

El Ministerio Público formalizó a un joven por la comisión de 5 ilícitos. El joven, junto a un coimputado adulto, en la comuna de San Ramón, alrededor de las 23:15 horas del día 10 de diciembre, habría intimidado a la víctima con pistolas para sustraer su automóvil. Posteriormente, con ese mismo automóvil y en compañía a veces del mismo adulto y otras veces en compañía de otra persona, el joven habría cometido otros cuatro delitos de robo con

¹⁷³ 15° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 7396-2015, 1 de julio de 2016.

intimidación, en las comunas de Santiago centro los primeros dos y en la comuna de San Miguel los últimos, siendo el último de ellos cometido a las 00:15 horas del día 11 de diciembre del 2015. Los imputados, por otra parte, fueron detenidos en la comuna de San Ramón, cerca del automóvil robado.

c.2) Hipótesis inculpatoria y prueba que la fundamenta:

El Ministerio Público sostiene que el joven imputado es autor de 5 ilícitos de robo con intimidación, todos ellos en grado de consumados. Para probar dicha hipótesis cuenta con reconocimientos en kárdek fotográfico por parte de las cinco víctimas, todos quienes están seguros en un 100% que el joven imputado es autor de los hechos. En algunos casos también reconocen al coimputado adulto en un 100 % como otro de los asaltantes.

c.3) Hipótesis exculpatoria y prueba que la fundamenta:

La defensa cuestiona la participación del imputado en los hechos, y para fundar su hipótesis de exculpación cuenta con testimonios de diez personas diferentes, las que fueron contestes en señalar dónde se encontraban los coimputados al momento de la ocurrencia de los delitos, describiendo las circunstancias y dando razones de sus dichos. A ello se agrega la circunstancia de que no fueron hallados en posesión de ninguna de las especies sustraídas, así como de ningún arma.

c.4) Grado de corroboración de las hipótesis:

El Ministerio Público cuenta con medios de prueba que le otorgan un apoyo empírico bastante fuerte a su hipótesis sobre los hechos ocurridos, los cinco reconocimientos en kárdek fotográfico por parte de las cinco víctimas vuelve a la hipótesis de culpabilidad en una hipótesis bastante sólida, ya que son cinco personas diferentes, desconectadas entre sí, que reconocen a la misma persona como autor de los hechos.

Sin embargo, la hipótesis de exculpación planteada por la defensa también es una hipótesis bastante sólida, ya que para corroborarla se cuenta con diez testimonios de diferentes personas, algunas con cierto grado de cercanía con los imputados, pero otras no, siendo todos ellos contestes en cuanto a cómo ocurrieron los hechos. A su vez, se cuenta con las circunstancias de la detención; los imputados no fueron encontrados ni con armas ni con especies robadas, lo cual viene a reforzar la hipótesis exculpatoria.

c.5) Estándar de prueba y razonamiento judicial:

Tenemos, entonces, dos hipótesis sólidas y contrapuestas entre ellas, la de inocencia y la de culpabilidad. Ante esta situación, podría llegar a sostenerse que la hipótesis inculpatoria es más plausible o más probable que la hipótesis exculpatoria, ya que, si bien son menos testigos los que corroboran la hipótesis de culpabilidad que la de inocencia, éstos son cinco testigos no relacionados entre sí y que realizaron el reconocimiento mediante set fotográfico, a contrario de lo que ocurre con los testigos de la hipótesis de inocencia, que no sólo se conocen entre ellos si no también conocen a los imputados. En base a estos argumentos podría llegar a sostenerse que los testigos de la hipótesis inculpatoria son más creíbles, volviendo dicha hipótesis más probable, debiéndose, por ende, dar por probada. Sin embargo, y como señalamos precedentemente, si considerásemos que el estándar a aplicar es aquel que entre ambas hipótesis da por probada aquella que es más probable o que tiene un grado de corroboración mayor, nos encontraríamos aplicando un estándar de prueba muy cercano al de la prueba prevalente y que ya desechamos anteriormente. Es por esto que, al aplicar el estándar propuesto, debemos necesariamente concluir que en este caso no se ha visto satisfecho, ya que nos encontramos ante un caso en que ambas hipótesis tienen un grado de corroboración bastante sólido, por lo que no debiese ser procedente la aplicación de esta medida cautelar, debiendo el Juzgado de Garantía haber revocado la medida cautelar en atención a los nuevos antecedentes, lo cual no ocurrió en este caso, puesto que determinó que los antecedentes no eran suficientes para desvirtuar la participación del imputado en los hechos.

4.2.1.4 Causa RIT 2926-2016¹⁷⁴

d.1) Hechos:

En esta causa se formaliza a un joven por el delito de robo con intimidación, más porte ilegal de arma de fuego y porte de municiones. El caso inicia con la denuncia de la víctima, quien sostiene que el joven imputado, junto a otros 15 jóvenes, lo habría rodeado a él y a unos amigos para sustraerles especies, intimidándolos para ello con un arma y efectuando unos disparos. Ante esto la víctima huye, encontrando a personal de carabineros, quienes persiguen al imputado y lo detienen.

d.2) Hipótesis inculpatoria y prueba que la fundamenta:

En esta causa, para probar la hipótesis de culpabilidad del joven, el Ministerio Público cuenta con la declaración de la víctima, en conjunto con la declaración de un funcionario policial, quien señala, tras escuchar el relato de la víctima, haber perseguido al imputado, a quien ve acercarse a un poste de luz y depositar algo en el suelo para luego correr en otra dirección, siendo finalmente detenido. Señala que en dicho poste de luz, posteriormente, encuentran un arma de fuego prohibida, en conjunto con una munición de guerra. Esta declaración se ve corroborada por la declaración de otro funcionario policial.

d.3) Hipótesis exculpatoria y prueba que la fundamenta:

Ahora bien, la hipótesis exculpatoria presentada por la defensa indica que los hechos no fueron constitutivos de un robo con intimidación, sino más bien fueron constitutivos de una riña. Para confirmar esta hipótesis la defensa cuenta con la declaración del imputado, quien señala que con su grupo de amigos se encontraron con otro grupo de jóvenes con los que se trabaron en una riña, y es en esa situación que él sacó una pistola a fogeo, disparando unas veces al aire. La declaración del imputado se ve reforzada con varios elementos. En primer lugar, las declaraciones de los funcionarios de carabineros, quienes señalan que efectivamente

¹⁷⁴ 14° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 2926-2016, 9 de junio de 2016.

concurrieron al lugar debido a un llamado por parte de la Central de Comunicaciones de Carabineros, en la que les comunicaron que en ese lugar se estaba produciendo una riña y que, al llegar al lugar, vieron a unos 25 sujetos corriendo en diferentes direcciones, siendo en ese momento cuando la víctima se les acercó para contarles lo sucedido. Por otro lado, el joven imputado efectivamente se encontraba en posesión de un arma a fuego con municiones al momento de su detención.

d.4) Grado de corroboración de las hipótesis:

De esta forma, la hipótesis inculpatoria se ve débilmente confirmada en cuanto al robo con intimidación, ya que sólo se cuenta con el testimonio de la víctima, que no deja de ser contrario a las máximas de la experiencia si consideramos que no le sustrajeron pertenencia alguna a pesar de haber sido rodeado por 15 sujetos. Por otro lado, la hipótesis que plantea que los hechos fueron constitutivos de una riña tiene un alto grado de corroboración, ya que cuenta con la declaración del imputado en conjunto con las declaraciones de carabineros. Sin embargo, la hipótesis de culpabilidad que plantea el ilícito de porte de arma de fuego prohibida y municiones resulta fuertemente confirmada si personal de carabineros señala haber visto cómo el sujeto dejaba algo en un lugar, habiendo encontrado posteriormente en ese mismo lugar un arma prohibida junto a municiones prohibidas.

d.5) Estándar de prueba y razonamiento judicial:

Es así que, en torno al delito de robo con intimidación, tenemos una hipótesis de culpabilidad débil, contrapuesta con una hipótesis de exculpación fuerte, que explica que los hechos fueron constitutivos de una riña. Por otro lado, en torno al delito de porte ilegal de arma prohibida y municiones prohibidas, tenemos una hipótesis de culpabilidad fuerte contrapuesta con una hipótesis de exculpación débil. Es decir, solo el delito de porte de arma prohibida y municiones debiese ser considerado por el Juzgado de Garantía para efectos de evaluar la imposición de la medida cautelar de internación provisoria, mas no el delito de robo con intimidación, ya que no se cumple con el estándar propuesto para dar por acreditado tanto el delito como la participación del imputado en el mismo. Esto se vuelve relevante en la

medida que el delito de porte de arma prohibida y municiones no permite la imposición de la medida cautelar de internación provisoria al no llevar aparejada una pena de crimen. Sin embargo, en audiencia de revisión de medida cautelar, el Juzgado de Garantía decidió no dar lugar a la sustitución de la medida por no contar con nuevos antecedentes, a pesar de que fue en esa a misma audiencia en donde se le tomó declaración al joven imputado.

d.6) Razonamiento de la Corte:

En este caso, la sentencia que dictó la medida cautelar fue revocada por la Corte de Apelaciones, la que en su razonamiento señaló: “...*el asunto se ha desdibujado completamente puesto que partió como robo con intimidación y ya los antecedentes que se han expuesto en esta audiencia dan cuenta que dicha calificación, independientemente de la existencia de armas, es bastante discutible*”¹⁷⁵. Así, la Corte estima que la hipótesis inculpativa no se encuentra fuertemente fundamentada, no siendo procedente, por tanto, la imposición de la medida cautelar de internación provisoria.

4.2.1.5 Causa RIT 3221-2016¹⁷⁶

e.1) Hechos:

Este caso inicia con el relato de la víctima, quien señala que 5 individuos le sustrajeron su automóvil, amenazándola con pistolas a fogeo. Posteriormente, aproximadamente una hora después de ocurrido el hecho, carabineros divisó el automóvil y, tras una persecución, detuvieron a los 4 ocupantes del automóvil, dos jóvenes de 17 años de edad, un joven de 16 y otro de 13, todos ellos portando pistolas a fogeo y, uno de ellos, de iniciales LPMN, municiones.

¹⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1873-2016, 13 de junio de 2016.

¹⁷⁶ 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 3221-2016, 6 de julio del 2016.

e.2) Hipótesis inculpatoria y prueba que la fundamenta:

Los 3 jóvenes mayores de 14 años fueron formalizados como autores de un delito de robo con intimidación y el menor LPMN adicionalmente fue formalizado como autor del delito de porte de municiones. Para acreditar la hipótesis de culpabilidad en torno al robo con intimidación, entonces, el Ministerio Público cuenta con la declaración de la víctima, las declaraciones de personal aprehensor y, sólo respecto del menor BSV, cuenta con un reconocimiento fotográfico por parte de la víctima, ya que fue el único imputado que ésta última logró reconocer.

e.3) Grado de corroboración de la hipótesis:

Para determinar el grado de corroboración de la hipótesis de culpabilidad debemos analizar el grado de apoyo empírico de forma separada, ya que los medios de prueba varían respecto a cada uno de los imputados. De esta manera, en cuanto al menor BSV podemos tener por acreditada de manera sólida su participación en el robo con intimidación, ya que se cuenta con un reconocimiento fotográfico por parte de la víctima, medio de prueba que permite ligar de manera fehaciente al joven imputado con la comisión del hecho ilícito, una hora después de haber ocurrido el mismo. A ello se agrega el hecho de que fue detenido una hora después de haber ocurrido el ilícito a bordo del automóvil, que en su interior tenía especies de la víctima.

Sin embargo, respecto de los otros dos jóvenes imputados no se cuenta con un reconocimiento fotográfico y el resto de las pruebas, por si solas, no permiten ligar a los jóvenes con la comisión del hecho ilícito. Sostenemos que el hecho de que los jóvenes hayan estado en posesión del vehículo robado una hora después de ocurrido el hecho, y en compañía de uno de los jóvenes que cometió el ilícito, no es prueba suficiente de que ellos también hayan tomado participación en el robo. Es por esto que, respecto de los dos jóvenes que no fueron reconocidos por la víctima, la hipótesis de culpabilidad no es sólida sino más bien débil, ya que para establecer su grado de corroboración solo se cuenta con prueba circunstancial, que podría servir de apoyo para establecer una culpabilidad, pero que por si misma no es suficiente para darla por establecida.

e. 4) Estándar de prueba y razonamiento judicial:

Establecido lo anterior, podemos concluir que sólo se alcanzó el umbral probatorio respecto del joven que fue reconocido por la víctima. Respecto de los otros dos jóvenes no se alcanzó dicho umbral respecto del delito de robo con intimidación para poder imponer la internación provisoria. Lo anterior no obsta a que si se logra alcanzar el umbral probatorio en un delito de receptación, y de porte de municiones en su caso. Pero como ninguno de esos delitos trae aparejada una pena de crimen, no es posible decretar esta medida cautelar en base a ellos. Este razonamiento, sin embargo, no fue compartido por el Juzgado de Garantía, que determinó que la forma en que habría ocurrido el ilícito, el horario de la detención (un poco menos de una hora después de la ocurrencia del robo con intimidación), la forma en que ésta ocurrió (los jóvenes huyeron de carabineros), y el hecho de que al interior del automóvil fueron encontradas especies de la víctima, eran elementos suficientes para tener por acreditada la participación de los tres imputados en el robo con intimidación.

4.2.1.6 Causa RIT 2549-2016¹⁷⁷

f.1) Hechos:

En este caso se formalizó a dos jóvenes y a un adulto por entrar a un supermercado y sustraer una caja registradora, así como dinero en efectivo, intimidando para ello a las víctimas con armas y golpeando a una de ellas, para huir luego en un automóvil color rojo. Posteriormente, todos ellos fueron detenidos por personal de Carabineros, junto al automóvil en cuestión.

f.2) Hipótesis inculpatoria y prueba que la fundamenta:

El Ministerio Público formalizó a los dos jóvenes y al adulto por el delito de robo con violencia e intimidación en calidad de autores. Para acreditar la participación de los jóvenes en el hecho delictivo, presentó la declaración de personal aprehensor, dos funcionarios de

¹⁷⁷ 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 2549-2016, 20 de mayo de 2016.

carabineros, quienes señalaron que detuvieron a los imputados por encontrarse junto a un joven de 13 años que bajaba una caja registradora de un automóvil color rojo¹⁷⁸. También se cuenta con la declaración de tres de las víctimas, quienes relatan cómo habrían ocurrido los hechos, señalando una de ellas que reconoció a los imputados cuando bajaban del carro policial. Asimismo, se cuenta con un acta de incautación de especies, ya que dos de los imputados portaban dinero en efectivo al momento de su detención¹⁷⁹.

f.3) Grado de corroboración de la hipótesis:

La defensa controvertió la hipótesis de culpabilidad señalando las debilidades de los medios de prueba presentados por el Ministerio Público. Señaló, en primer lugar, que la declaración de carabineros resulta poco fiable si atendemos a que en ella se consigna que un solo carabinero detuvo a los tres jóvenes que estaban junto al auto, y que salieron huyendo al ver la presencia policial, lo cual atenta contra los principios de la lógica. En ese entendido, cobra más sentido la versión de los imputados, quienes señalaron que ellos estaban pasando por el lugar a la llegada de carabineros, quienes les realizaron un control de identidad y los detuvieron, no oponiendo ellos oposición alguna al arresto. En segundo lugar, la defensa hace notar que, si bien una de las víctimas señala haber reconocido a los imputados cuando descenden del retén policial, dicho reconocimiento está agregado al final de la declaración con un lápiz y letra diferente al utilizado en el resto de la declaración de la víctima, por lo que se cuestiona el hecho de que la víctima efectivamente los haya reconocido. Por otro lado, la víctima que supuestamente habría reconocido a los imputados era la administradora del supermercado, quien además señaló que al momento de producirse el robo se encontraba en su oficina en el segundo piso del supermercado y al asomarse es que vió cómo se producían los hechos, observando a los imputados desde lejos, por lo que resulta poco fiable su testimonio¹⁸⁰. Por último, si bien a los imputados se les encuentra con dinero en efectivo, este

¹⁷⁸ Mientras que un carabinero detuvo al joven que transportaba la caja registradora, los otros tres fueron detenidos por el otro funcionario policial. Carabineros señala también que, posteriormente, al descender los imputados del furgón policial en el cuartel policial, fueron reconocidos por las víctimas.

¹⁷⁹ Al momento de su detención uno de los jóvenes portaba 28.000 pesos en efectivo y otro 60.000 pesos en efectivo.

¹⁸⁰ No es, entonces, una de las víctimas que se enfrenta directamente a los sujetos (como el cajero del supermercado), volviéndose cuestionable su reconocimiento si tenemos en consideración que ella vio a los imputados desde lejos. Lo anterior, unido a la declaración de otra de las víctimas (la encargada de seguridad),

es un bien que no deja de ser genérico, y que resulta del todo insuficiente para ligar a los jóvenes con el robo.

De esta forma, tenemos que lo único que une a los jóvenes imputados con el hecho delictivo son declaraciones poco fiables, más la incautación de especies que no pueden ser reconocidas, lo que nos hace concluir que el grado de corroboración de la hipótesis de culpabilidad es débil.

f.4) Estándar de prueba y razonamiento judicial:

Al tener una hipótesis de culpabilidad débilmente fundamentada es que debemos concluir que no se alcanza el estándar probatorio propuesto para poder dar por acreditada dicha hipótesis, resultando improcedente la medida cautelar de internación provisoria. Diferente es, sin embargo, el razonamiento judicial, a pesar de compartir las aprehensiones en cuanto a la prueba presentada por el Ministerio Público. De esta manera, el Juzgado de Garantía esgrime que: *“voy a tener en consideración que el nivel requerido por el artículo 40 del CPP para decretar medidas cautelares, y entre ellas la prisión preventiva e internación provisoria, es sustancialmente inferior al contenido en el artículo 340 del mismo texto legal para dictar sentencia condenatoria. Que en este entendido y sin perjuicio de lo que se pueda determinar en el transcurso de la investigación y a raíz de las diligencias, que me imagino la defensa pedirá, para aclarar las inconsistencias que ya advierten en los componentes del parte policial, creo que se encuentran al día de hoy suficientemente satisfechos los presupuestos de existencia de un delito de robo con violencia e intimidación y la participación de estos tres jóvenes en el mismo”*¹⁸¹.

Este razonamiento judicial evidencia el problema de no contar con un estándar de prueba objetivable para la interposición de medida cautelares. En efecto, en este caso se utiliza

quien señaló que los sujetos entraron al supermercado cubriendo sus rostros con sus casacas. Adicionalmente a todo lo ya señalado, la defensa hizo notar que las víctimas no pudieron haber reconocido a los imputados ya que, según las horas contempladas en las declaraciones y en las actas de constatación de lesiones, al momento en que las víctimas se encontraban declarando ante carabineros, los imputados se encontraban constatando lesiones y que, tras la declaración, se llevó a las víctimas a constatar lesiones a otro lugar.

¹⁸¹ 12° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 2549-2016, 20 de mayo de 2016.

un estándar de prueba bastante bajo ya que, a pesar de coincidir el Juzgado de Garantía en que existen inconsistencias en los medios de prueba presentados por el ente persecutor, de todas formas tiene por acreditada la hipótesis de culpabilidad.

4.2.1.7 Causa RIT 13090-2015¹⁸²

g.1) Hechos:

En esta causa, una joven de 15 años fue formalizada por la comisión de tres ilícitos. En ella, se sostiene que la imputada, en conjunto con un grupo de jóvenes de su edad, algunos no identificados, todos ellos pertenecientes a un grupo de amigos llamados “Seneca”, golpearon a las víctimas y les sustrajeron especies. En el tercero de estos ilícitos golpearon a dos jóvenes, uno de los cuales logró escapar, mientras que el otro quedó en el piso producto de los golpes, falleciendo posteriormente.

g.2) Hipótesis inculpatoria y prueba que la fundamenta:

El Ministerio Público formalizó a la joven por tres ilícitos: (i) un robo con violencia e intimidación, ocurrido en agosto del 2015; (ii) un robo con violencia e intimidación, ocurrido en noviembre de 2015; y (iii) un robo con homicidio, también ocurrido en noviembre del 2015. Para probar la hipótesis de culpabilidad de la joven en todos los ilícitos, el Ministerio Público cuenta con el reconocimiento de las víctimas del hecho N° 1 y del hecho N° 3, quienes la señalan como autora de estos ilícitos en conjunto con otros jóvenes, así como el reconocimiento por parte de la misma imputada de pertenecer al grupo de jóvenes autodenominados “Seneca”.

g.3) Hipótesis exculpatoria y prueba que la fundamenta:

La defensa, en audiencia de revisión de la medida cautelar, presentó una teoría alternativa del caso en cuanto a la participación de la joven imputada en los hechos N° 2 y N°

¹⁸² 9° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 13090-2015, 28 de junio de 2016.

3, sosteniendo que la joven al momento de ocurrencia de los hechos se encontraba en la casa de unos familiares, en la comuna de La Pintana, junto a su hermana y una amiga. Para apoyar su teoría del caso presentó dos medios de prueba, siendo el primero de ellos la declaración de la imputada ante Fiscalía. El segundo de ellos, un peritaje informático realizado al “Facebook” de la joven imputada, al “Facebook” de su hermana y al celular de su madre, donde constan dos conversaciones, una mediante “chat de Facebook” y otra mediante mensajes de texto enviados a través de celular, así como un “estado de Facebook”, los cuales dan a entender que la joven estaba en la casa de sus familiares la noche en que ocurrieron los hechos¹⁸³.

g.4) Grado de corroboración de las hipótesis:

Si bien el Ministerio Público cuenta con reconocimientos por parte de dos víctimas para dar por acreditada su hipótesis de culpabilidad, la defensa controvierte dichos reconocimientos señalando sus debilidades¹⁸⁴. En efecto, señala que son poco fiables debido a que se producen tras una investigación que las víctimas realizaron por Facebook, en la cual vieron fotos de la joven junto al grupo de los “Seneca”, y es tras realizar esta investigación que se realiza un reconocimiento mediante kárdek fotográfico. La defensa hizo notar, asimismo, que dentro del mismo grupo de los “Seneca” hay varias otras jóvenes parecidas a ella, de lo cual también se da cuenta en las declaraciones de las víctimas, con las cuales la podrían haber confundido, y que no se incluyeron fotografías de ninguna de ellas en los kárdek fotográficos.

Respecto del hecho N° 1, a su vez, la defensa sostuvo que existe discrepancia en cuanto a la fecha señalada en la formalización y la fecha en que las víctimas señalan que

¹⁸³ El peritaje en cuestión da cuenta de los siguientes antecedentes: conversaciones mediante “chat de Facebook” en que la joven le pregunta a un amigo de los “Seneca” quién fue el autor de los hechos N° 3; un “estado de Facebook” de la hermana de la imputada, de la noche anterior a la madrugada en que ocurrieron estos hechos, en que señala que iría de fiesta a La Pintana, donde su prima, junto a su hermana, la imputada, y una amiga, Ashley; y, finalmente, el peritaje da cuenta de una conversación mediante mensaje de texto entre la madre de la imputada y la madre de su amiga Ashley, en que ésta última, el día de los hechos, pero ya en la tarde, le pregunta a la madre de la imputada si su hija Ashley habría vuelto de casa de sus familiares, siguiendo la madre de la imputada con la conversación.

¹⁸⁴ Para profundizar en torno al tema de errores en la práctica de reconocimientos en Chile vid. Mauricio Duce, “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”, *Política criminal* vol. 12 N° 23 (Julio 2017). [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A9.pdf]

habría ocurrido el hecho, debido precisamente a que no hay claridad respecto de la misma, lo que le impide a la defensa recabar prueba exculpatoria, afectándose el derecho a defensa.

Por ende, La hipótesis de culpabilidad respecto de los tres ilícitos se ve débilmente acreditada si consideramos que lo único con lo que se cuenta es con reconocimientos poco fiables, al estar inducidos por una investigación previa llevada a cabo en la red social “Facebook”.

Por otro lado, respecto de los hechos N° 2 y N° 3, la defensa cuenta con una hipótesis de inocencia que también se ve débilmente acreditada si consideramos que solo cuenta con el apoyo de la declaración de la imputada, en conjunto con un peritaje informático que da cuenta de ciertos elementos que apoyan su versión, pero que a nuestro juicio no son pruebas que permitan acreditar de forma precisa que efectivamente la imputada el día de los hechos se encontraba en otro lugar. Sin embargo, de todas formas estos elementos vienen a reforzar la hipótesis de inocencia, otorgándole cierta plausibilidad.

g.5) Estándar de prueba y razonamiento judicial:

Es así como tenemos una hipótesis débil de culpabilidad en conjunto con una hipótesis débil de inocencia, es decir, ninguna de las hipótesis se encuentra suficientemente corroborada, lo que, de todas formas, según el estándar propuesto, tiene como consecuencia la improcedencia de la imposición (o mantención) de la medida cautelar de internación provisoria.

Si bien el Juzgado de Garantía consideró que los nuevos antecedentes aportados por la defensa no eran suficientes para hacer variar las circunstancias que se habrían tenido en consideración a la hora de decretar la medida cautelar de internación provisoria, negándose a sustituirla por otra medida de menor intensidad, la Corte fue de la opinión contraria. En efecto, el tribunal de alzada señaló que: *“las circunstancias que una adolescente de quince años, sin antecedentes previos, forme parte de una red social ‘Facebook’, y se parezca a otras jóvenes que la integran, no constituyen las presunciones fundadas que exige el artículo 140 letra b)*

*del Código Procesal Penal, aun cuando uno de los testigos, haya efectuado un reconocimiento fotográfico de ella, porque es usual que las adolescentes que forman parte de un grupo de este tipo, tiendan a parecerse o presenten rasgos similares*¹⁸⁵. Es decir, la Corte comparte el criterio de insuficiencia probatoria respecto de la hipótesis de culpabilidad de la imputada en esta etapa procesal.

4.2.1.8 Causa RIT 7338-2016¹⁸⁶

h.1) Hechos:

En esta causa un joven señala que habría sido víctima de un robo con intimidación por parte de cinco jóvenes, quienes lo habrían rodeado y lo habrían agredido con golpes de mano en la cabeza, además de intimidarlo con un arma de fuego, ante lo cual él huyó corriendo. Tras realizar la denuncia, la víctima realiza un patrullaje junto a personal de carabineros, logrando ubicar primero a tres sujetos, y luego a otros dos. Carabineros señala, a su vez, que antes de su detención uno de los imputados adultos arrojó una pistola a fogueo a un inmueble, siendo reconocido por la víctima como el que lo intimidó con el arma.

h.2) Hipótesis inculpatoria y prueba que la fundamenta:

El Ministerio Público formalizó a los jóvenes como autores del delito de robo con intimidación en grado de desarrollo de consumado. En este caso en particular, el Ministerio Público para acreditar la hipótesis de culpabilidad cuenta con la declaración de la víctima, la declaración de los funcionarios policiales y el acta de incautación del arma a fogueo.

h.3) Grado de corroboración de la hipótesis:

Si bien el imputado es formalizado por el delito de robo con intimidación consumado y en esta formalización se señala que al imputado le sustrajeron especies, la única prueba con la

¹⁸⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2197-2016, 8 de julio de 2016.

¹⁸⁶ 11° Juzgado de Garantía de Santiago, 7338-2016, 9 de septiembre de 2016.

que cuenta el Ministerio Público para acreditar dicha hipótesis es la declaración de la víctima. En esta declaración; sin embargo, la víctima no señala en ningún momento que efectivamente le hayan sustraído especies; tampoco se señala en el parte policial o en las declaraciones de los funcionarios policiales que los imputados hayan sido encontrados con especies de la víctima en su poder¹⁸⁷, ni se cuenta con actas de incautación de las mismas. Por otro lado, esta declaración resulta poco fiable si consideramos que al realizarse la constatación de lesiones a la víctima, ésta no presentaba lesión alguna. Si bien uno de los imputados portaba un arma a fuego, esto en sí mismo no constituye un delito y tampoco le otorga mayor apoyo empírico a la hipótesis del robo. De esta manera, la hipótesis inculpatoria resulta débilmente acreditada si consideramos que el único medio de prueba con el que se cuenta es la declaración de la víctima, sin que se cuente con otros medios de prueba que, en el caso en particular, debieran acompañar esta declaración, teniendo en consideración que se detuvo a los imputados tan sólo cinco minutos después de haber transcurrido el hecho.

h.4) Estándar de prueba y razonamiento judicial:

Al encontrarse acreditada sólo débilmente la hipótesis de inculpación, no se logra dar por cumplido el estándar de prueba propuesto, resultando improcedente la imposición de la medida cautelar de internación provisoria. Este criterio, sin embargo, no es compartido por el Juzgado de Garantía, que consideró que los antecedentes eran suficientes para dar por acreditado tanto el ilícito como la participación de los imputados en el mismo.

4.2.2 Necesidad de cautela

Finalmente, debemos señalar que en torno a la necesidad de cautela se realiza muy poca actividad probatoria. Más bien, se termina por establecer su procedencia puramente bajo criterios normativos, como la gravedad del ilícito cometido o la factibilidad de que la pena impuesta sea privativa de libertad. Sin embargo, en ciertos casos sí hay cierta actividad

¹⁸⁷ Lo cual resulta extraño si consideramos que las primeras detenciones ocurrieron, según las respectivas actas, sólo cinco minutos después de la ocurrencia del ilícito.

probatoria, la que gira en torno a antecedentes presentados, ya sea por la defensa, ya sea por el Ministerio Público, los cuales pasaremos a analizar a continuación.

4.2.2.1 Acreditación de falta de necesidad de cautela

En algunos casos¹⁸⁸, en materia de revisión de la internación provisoria, la defensa expuso informes de permanencia, en los cuales se acreditaba la buena conducta de los jóvenes en los centros en los cuales se encontraban cumpliendo la medida de internación provisoria. En ellos se señalaba que los jóvenes participaban activamente y de forma voluntaria en las diversas actividades del centro y que habían continuado con sus estudios dentro del mismo. Se señalaba, asimismo, en algunos casos, que los jóvenes cumplían con la normativa interna, que tenían una buena relación con sus pares y que eran capaces de responder ante las figuras de autoridad. También se acreditaba que los jóvenes contaban con arraigo familiar y social, siendo visitados por sus familiares en el centro; incluso respecto de un joven se señalaba que no sólo estaba escolarizado si no que antes de su detención se encontraba trabajando, recibiendo un sueldo fijo todos los meses, así como que otro joven participaba activamente en actividades deportivas en el medio libre.

Los Juzgados de Garantía, sin embargo, si bien reconocieron que estos antecedentes efectivamente acreditaban el buen comportamiento de los jóvenes en sus centros de detención, determinaron que esta acreditación era sólo respecto de un comportamiento normal, no siendo suficientes para “*desvirtuar las conclusiones normativas en torno a la necesidad de cautela*”¹⁸⁹ o “*modificar la medida cautelar*”¹⁹⁰.

Ahora bien, como se señaló anteriormente, es discutible plantear si en el presupuesto de la necesidad de cautela existe un ámbito probatorio, por tratarse de hechos futuros que no han acaecido aún. Sin embargo, y como se planteó precedentemente, en este ámbito efectivamente el juez debe realizar una evaluación sobre qué es más probable que ocurra. Lo

¹⁸⁸ 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 6425-2016, 4 de noviembre de 2016; 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 3159-2016, 3 de junio de 2016.

¹⁸⁹ 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 6425-2016, 4 de noviembre de 2016.

¹⁹⁰ 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 3159-2016, 3 de junio de 2016.

anterior se desprende de la propia jurisprudencia analizada. Así, por ejemplo, se ha señalado: *“la conducta que los imputados han desplegado denota que su libertad es un riesgo para el resto de las personas normales de la sociedad. Hay peligro de fuga en caso de que sean condenados a la pena respectiva en los antecedentes que se han expuesto, la forma de comisión y la pena de régimen cerrado que se arriesga, que es lo más probable que esa sea la decisión del tribunal por los antecedentes que se han expuesto, y por la extensión del daño, que se estima de que hay peligro de que los imputados no cumplan la pena”*¹⁹¹. Es decir, en estos casos los jueces efectivamente, teniendo a la vista los antecedentes del caso, emiten un juicio sobre la probabilidad de ocurrencia de, ya sea la reiteración del hecho delictivo (peligro para la seguridad de la sociedad) o el peligro de fuga, y es precisamente en este sentido que los antecedentes aportados por la defensa sí son relevantes a la hora de evaluar dicha probabilidad. Sobre todo en este tipo de casos, en que el peligro de la seguridad de la sociedad y el peligro de fuga son dos presupuestos que se evalúan según criterios normativos, cobran relevancia, por ejemplo, los informe de permanencia que acreditan buena conducta, ya que al reflejar la disposición por parte de los jóvenes imputados a cumplir y seguir las normas, disminuye la probabilidad de reiteración de una conducta antijurídica o de una conducta destinada a sustraerse de la acción de la justicia.

De esta forma, los antecedentes señalados debieron haber sido considerados por los Juzgados de Garantía a la hora de determinar si las circunstancias que se tuvieron a la vista en un inicio para decretar la internación provisoria han o no variado desde su dictación. Lo anterior, según nuestro parecer, por cuanto, en los casos señalados, la hipótesis que da por acreditada la necesidad de cautela se ve bastante debilitada con la presentación de estos informes, viéndose reforzada, por otro lado, la hipótesis contraria, hasta el punto de resultar más probable que la anterior.

Lo mismo ocurre en la causa RIT 7187-2016¹⁹², en la cual dos jóvenes fueron formalizados por la sustracción de una menor de edad desde un hogar del Sename, la cual era hermana menor y sobrina, respectivamente, de los jóvenes imputados. Dicha sustracción se

¹⁹¹ 11° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 6425-2016, 4 de noviembre de 2016.

¹⁹² 9° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 7187-2016, 4 de octubre de 2016.

habría llevado a cabo luego de una llamada por parte de la menor de edad, solicitando que fueran a buscarla porque en ese lugar la maltrataban psicológicamente. Adicionalmente, los jóvenes fueron formalizados por el delito de robo con violencia, ya que para poder retirar a la menor amarraron a la cuidadora a cargo y le sustrajeron su celular, con el objeto de que ésta no pudiera alertar en forma oportuna a carabineros. En la audiencia de revisión de internación provisoria, la defensa presentó dos informes de arraigo en los cuales se señalaba que los jóvenes tienen dinámicas familiares saludables que se desarrollan en condiciones de respeto, que sus familias demuestran preocupación por su situación, por lo que cuentan con un importante arraigo familiar, así como arraigo laboral y social, que garantizarían el cumplimiento de una medida cautelar en el medio libre.

Sin embargo, en este caso el razonamiento del Juzgado de Garantía ni siquiera hizo referencia a los informes para sostener la mantención de la medida cautelar, siendo que, al igual que en los casos anteriores, son antecedentes importantes que le otorgan un alto grado de probabilidad a la posibilidad de que los fines del procedimiento puedan ser correctamente tutelados mediante medidas cautelares en el medio libre, volviendo innecesaria la internación provisoria de los jóvenes.

4.2.2.2 Acreditación de la necesidad de cautela

Caso distinto de revisión de la internación provisoria lo encontramos en la causa RIT 913-2016¹⁹³, en la cual la defensa solicitó que se reemplazara la medida cautelar por un arresto domiciliario total y presentó un informe social en el que se da cuenta del arraigo familiar del imputado, señalando que mantiene buenas relaciones sociales con su entorno familiar, lo que le permite proyectarse a largo plazo con su familia. Sin embargo, el Juzgado de Garantía estimó y, a nuestro entender está en lo correcto, que dichos antecedentes no logran desvirtuar la necesidad de cautela, ya que se cuenta con antecedentes que permiten determinar que existe peligro de fuga cierto: el adolescente fue detenido cuando regresaba al país desde Canadá, contando con dos órdenes de detención. De esta manera, se cuenta con antecedentes de que el imputado puede llegar a sustraerse a la acción de la justicia (antecedentes que no están

¹⁹³ 14° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 913-2016, 16 de junio de 2016.

presentes en casos anteriores), por lo que resultaría procedente y justificado mantener la medida cautelar.

Otro caso en el que también se cuenta con antecedentes que hacen procedente la medida cautelar se presenta en la causa RIT 4782-2015¹⁹⁴, en la que un joven, en conjunto con un adulto, fue formalizado por el delito de robo en lugar habitado. En dicha causa, la defensa solicitó la revisión de la medida cautelar de internación provisoria tras el retracto por parte de la víctima, quien declaró ante Fiscalía que había habido un error por parte de Carabineros al detener a los imputados, que ellos no eran quienes habían entrado a robar a su domicilio, que los conoce puesto que son sus vecinos. Sin embargo, el juez consideró que dicho retracto sólo venía a confirmar un elemento central que se tuvo a la hora de decretar la medida cautelar: las víctimas se encontraban atemorizadas de los imputados. Lo anterior se concluyó a partir de la declaración inicial de la víctima, en la cual daba cuenta de forma bastante detallada de cómo se habría producido el robo, y de las declaraciones de los funcionarios aprehensores, quienes señalaron que detuvieron a los imputados al interior del domicilio de la víctima en posesión de especies. También sostuvieron los funcionarios que la segunda víctima señaló no querer prestar declaración por temor a las represalias que podría sufrir por parte de familiares de los imputados, misma situación que se dio en relación a posibles testigos, vecinos del lugar. Estos antecedentes constituyen medios de prueba que le otorgan un alto grado de corroboración a la hipótesis de que la libertad de los imputados es peligrosa para la seguridad de las víctimas, como de que su libertad puede obstaculizar las diligencias investigativas, incidiendo en las declaraciones tanto de víctimas como de testigos.

Los dos casos mencionados constituyen claros ejemplos de que, para sostener que la medida cautelar de internación provisoria es necesaria para tutelar los fines del procedimiento, se debe contar con antecedentes claros y precisos que permitan justificar el cumplimiento de alguna de las causales de la letra c) del artículo 140.

¹⁹⁴ 10° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 4782-2015, 5 de enero de 2016.

5 Conclusión

Una perspectiva retribucionista de la pena nos permite no sólo fundamentar la imposición de una pena juvenil, sino también nos permite establecer las bases de la especialidad de la misma. Si entendemos que la medida del reproche penal está sujeta a la medida de su merecimiento y que éste es diverso cuando hablamos de adolescentes debido a un reconocimiento parcial de sus espacios de libertad y a la falta de reconocimiento de su autonomía pública, podemos entender que el sistema de atribución de responsabilidad penal es y debe ser diferente para los adolescentes. Ello viene a ser complementado por ciertas consideraciones que permiten sostener que este sistema es cualitativamente diferente, a saber; la menor culpabilidad de los adolescentes, un efecto punitivo mayor y una tolerancia especial a sus comportamientos. Finalmente debemos considerar el principio educativo, que si bien nunca actuará como fundamento en el ámbito interno de la imposición de una pena, encuentra cabida en su ámbito externo, contrastando una conducta defectuosa con el comportamiento considerado como moralmente correcto.

La especialidad del sistema, con todo, no se acota simplemente a la atribución de una pena por un comportamiento defectuoso, sino que debe traducirse tanto en el ámbito sustantivo, como en el procesal y ejecutivo. En efecto, la normativa internacional vigente y ratificada por Chile, refleja que este principio debe permear todo el sistema que permite la atribución de responsabilidad a un menor de edad, lo que involucra las diversas instituciones del derecho procesal. En cuanto a un reforzamiento del debido proceso, este principio se traduce en un fortalecimiento del derecho de libertad y mayores restricciones a su privación en el proceso. Es aquí donde empezamos a entender de qué manera este principio rige la internación provisora contemplada en la LRPA. En este ámbito, podemos contemplar diversas disposiciones tanto a nivel internacional como nacional que vienen a concretizar este reforzamiento de garantías procesales; y que podemos sintetizarlas en tres ideas principales: el establecimiento de fuertes limitaciones a su imposición, consagradas en diversas disposiciones y principalmente recogiendo los principios de *ultima ratio* y de proporcionalidad; la consagración de límites temporales a su imposición, consagración lamentablemente deficitaria en nuestra legislación; y la consagración de ciertas condiciones mínimas que deben respetarse

en su cumplimiento, y que tienen por función asegurar un tratamiento digno a los adolescentes privados de libertad.

El estudio del tratamiento de la internación provisoria en Chile, sin embargo, no termina con la determinación de su especialidad, volviéndose necesario un análisis acabado de la normativa nacional que regula la internación provisora, esto es, la LRPA y el Código Procesal Penal, con el propósito de establecer los fines y principios que la regulan, así como los presupuestos que deben verificarse para poder decretarla. Al respecto, cabe destacar que si bien el CPP exige que para poder decretar dicha medida debe contarse con “antecedentes” que justifiquen la existencia del delito y que permitan presumir fundadamente la participación del imputado en los hechos, está lejos de establecer cuál es el nivel de convicción al que deben llegar los juzgadores respecto de la existencia del delito y la participación del imputado en los mismos. Lo anterior no deja de ser criticable si consideramos que las resoluciones judiciales deben ser fundadas y susceptibles de ser revisadas, sobre todo si su dictación implica afectar fuertemente ciertos derechos fundamentales, como el derecho de libertad. Por estas razones es que se plantea un umbral de corroboración mínimo para poder tener la hipótesis de culpabilidad por probada en esta etapa procesal previa, sin que pueda decretarse la internación provisoria de no cumplir con él, es decir, se plantea un estándar de prueba. El estándar de prueba planteado pretende compatibilizar el respeto por los derechos fundamentales de las personas con el interés social de que las conductas antijurídicas sean efectivamente castigados mediante un procedimiento justo, por lo que se plantea un estándar intermedio entre el de la prueba prevalente y el de la duda razonable. De esta manera, se propone que el nivel de corroboración de la hipótesis de culpabilidad debe ser siempre sólido para que pueda decretarse la internación provisoria, no admitiéndose contrastación con una hipótesis de inocencia que también sea sólida, pero si con una que se encuentre débilmente acreditada.

Por otro lado, según lo planteado, resulta cuestionable que no se rinda actividad probatoria en torno a los presupuestos de la necesidad de cautela, siendo que la normativa vigente exige la concurrencia de “antecedentes”. Entendemos que un enunciado sobre un hecho futuro es sostener, precisamente, que es más probable que ese hecho ocurra a que no y, para poder llegar a esa conclusión, debemos basarnos en cierto antecedentes o información. Es

en este sentido que la existencia de la necesidad de cautela debe basarse en actividad probatoria que concluya en un razonamiento que la de por probada, volviéndose necesario contar con un estándar de prueba. El estándar probatorio que a nuestro juicio tutela de forma correcta los fines del procedimiento es el de la prueba prevalente, en tanto de ser más probable que ocurra un hecho que pondría en riesgo el correcto establecimiento de la verdad o la aplicación de la ley penal, es que la imposición de esta medida se encontraría justificada.

Finalmente, el análisis crítico realizado a la jurisprudencia chilena ha venido a reflejar que aún queda camino por recorrer en cuanto a la comprensión de que sistema penal juvenil es un sistema penal especial que trasciende toda su estructura, lo cual debiera reflejarse en el razonamiento judicial de las decisiones que decreten o mantengan la medida de internación provisoria. Por otro lado, se viene a corroborar que la falta de consagración de un estándar de prueba tiene como consecuencia que no se tenga claridad respecto del umbral de convicción que debe alcanzar una hipótesis de culpabilidad en esta etapa procesal, lo que, naturalmente, deviene en arbitrariedades judiciales a la hora de tenerlas por acreditadas.

6 Bibliografía

- Accatino, Daniela. “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 37 (2011): 483-511.
- Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel. *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1992.
- Beloff, Mary “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. *Justicia y Derecho del Niño* 1 (1999): 9-22.
- Beltrán, Ramón. “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”. *Política Criminal* vol. 7 N° 14 (2012): 454-479.
http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A6.pdf
- Berríos, Gonzalo. “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”. *Revista y derechos de la Justicia* 6 (2005): 161-174.
- _____. “Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia”. En: *Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. 1a. ed. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008.
- Bustos, Juan. *Derecho penal de niño adolescente: estudio de la ley de responsabilidad penal adolescente*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
- Chacana Alegría, Nicolás. “Fundamentos teóricos para la regencia del principio de especialidad en la responsabilidad penal adolescente”. *Revista de derecho Consejo de Defensa del Estado* 34 (diciembre 2015): 105-136.
- Cillero Bruñol, Miguel. “Comentario a la ley de responsabilidad penal adolescente”. *Justicia y derechos del niño* 8 (2006): 105-112.
- Couso Salas, Jaime. “Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil”. *Justicia y derechos del niño* 9 (2007): 219-231.
- _____. “Los adolescentes ante el derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* vol XXV N° 1 (2012): 149-173.
- Cruz Márquez, Beatriz. “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”. *AFDUAM* 15 (2011): 241-269.
- Duce, Mauricio y Jaime Couso. “El derecho a un juzgamiento especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado”. *Política Criminal* vol 7 N° 13 (2012): 1-73.
http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A1.pdf }

Duce, Mauricio. “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”. *Revista Ius et Praxis* vol. 15 N° 1 (2009): 73-121.

_____. “El derecho a un juzgamiento especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”. *Política Criminal* vol 5 N° 10 (2010): 280-340, http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf.

_____. “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”. *Política criminal* vol. 12 N° 23 (Julio 2017): 291-379. http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A9.pdf.

Fagan, Jeffrey y Aaron Kupchik. “Juvenile Incarceration and the Pains of Imprisonment”. *Duke Forum for Law & Social Change* vol. 3:29 (2011): 29-61.

Ferrer Beltrán, Jordi. “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* vol 4 N° 1 (2010): 1-26.

_____. “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”. En *Nuevas tendencias del derecho probatorio*, coord. Cruz Tejada, 1-25. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2011.

Gascón Abellán, Marina. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 127-129.

González Lagier, Daniel. “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”. *Jueces para la democracia* 46 (2003): 17-26.

_____. “Hechos y conceptos”. En Dialnet: *cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* (15 marzo 2007).

Hadwa Issa, Marcelo. *La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.

Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Horvitz Lennon, María Inés. “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”. *Revista de Estudios de la Justicia* 7 (2006): 97-119.

Jakobs, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, Editoriales Jurídicas, S.A., 1997.

Laudan, Larry. “Porque un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 95-113.

_____. *Verdad, error y proceso penal*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

Maldonado Fuentes, Francisco. “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 (2004): 103-160.

_____ “Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes”. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* 5 (2014): 17-54.

Mañalich, Juan Pablo. “La pena como retribución”. *Estudios Públicos* 108 (2005): 117-205.

_____ “Norma e imputación como categoría del hecho punible”. *Revista de Estudios de la Justicia* 12 (2010): 169-190.

_____ “Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quater del Código Penal”. *Estudios de derecho penal juvenil* IV (2013): 213-232.

Marín González, Juan Carlos. “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia* 1 (2002): 9-54.

_____ *Tratado de las medidas cautelares*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.

Núñez Ojeda, Raúl y Jaime Vera Vega. “Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho Penal de adolescentes chileno”. *Política criminal* vol 7 N° 13 (2012): 168-208. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A5.pdf

Reyes Molina, Sebastián. “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* vol. XXV N°2, (2012): 229-247.

Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____ *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

Valenzuela, Jonatan. “La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil”. *Revista de Estudios de la Justicia* 11 (2005): 235-261.

_____ “Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el Derecho Procesal Chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia* 14 (2011): 53-70.