



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DOCUMENTO DE TRABAJO N°19/2010

**LOS ALCANCES DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO
31 DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS
ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL
(LEY N° 20.084)**

Mauricio Duce J.

Agosto de 2010

Consulta sobre este documento a:

udpj@dpp.cl

Unidad de Defensa Penal Juvenil

LOS ALCANCES DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL (LEY N° 20.084)

Mauricio Duce J.

Abogado, Universidad Diego Portales
Master of the Science of Law, Stanford University
Profesor Titular Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

El presente trabajo corresponde a un informe en derecho solicitado por la Defensoría Penal Pública con el objetivo de precisar los alcances del inciso primero del artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (Ley n° 20.084, en adelante “LRPA”).¹ En especial, se me ha pedido que me pronuncie sobre dos temas que han generado un cierto debate en la escasa doctrina y jurisprudencia existente respecto al uso de esta norma que se derivan de una de las frases de dicho inciso que indica que “*El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad*”. En primer lugar, se pide mi pronunciamiento acerca si esta cláusula cubre sólo los casos en que el imputado se encuentra en situación de flagrancia o incluye también toda hipótesis de investigación en donde participe el joven imputado aún sin estar en tal caso. En segundo término, se me pide me pronuncie acerca de las consecuencias procesales que debiera tener el que se lleve adelante una declaración o se realicen diligencias en incumplimiento de la exigencia que el defensor del joven imputado esté presente.

Sostendré que la norma en análisis constituye una regla de especialidad de la LRPA establecida centralmente con el propósito de proteger el derecho de los jóvenes imputados a no autoincriminarse. Por dicha razón debe cubrir no sólo situaciones conflictivas con tal derecho al momento de practicarse detenciones flagrantes, sino también en todos los otros casos en que la investigación de la policía o un fiscal pongan en riesgo tal derecho fundamental. Además, sostendré que la sanción procesal adecuada para el incumplimiento de esta norma debiera ser la exclusión de la prueba obtenida debido a que en estos casos se infringe una garantía fundamental.

¹ El artículo 31 de la LRPA es una norma compleja que contiene diversas reglas y estándares. Su inciso primero señala textualmente: “Artículo 31.- Detención en caso de flagrancia. Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3° del Título V del Libro I del Código Procesal Penal. Si se diere lugar a la ampliación del plazo de la detención conforme al artículo 132 de dicho Código, ésta sólo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la presente ley.”

Para justificar mis respuestas el presente informe se dividirá en cuatro secciones. En la primera de ellas realizaré una reflexión general sobre la necesidad que tienen los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes de contar con un conjunto de normas especializadas destinadas a proteger sus derechos individuales. Se trata de una reflexión indispensable para contextualizar las funciones que cumple el inciso primero del artículo 31 de la LRPA en nuestra legislación. En ella me detendré especialmente en cómo se regula el derecho a no autoincriminarse y su renuncia en el derecho internacional de los derechos humanos y cómo ello ha sido recogido también en el ámbito comparado.

En la segunda sección realizaré un breve análisis de los contenidos de la norma en análisis de manera de precisar el ámbito de protección que ella cumple en el nuevo sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. En la tercera sección responderé a la primera de las cuestiones sobre las que se me ha solicitado pronunciamiento en este informe referida a los alcances de la protección que ofrece la norma en estudio. Finalmente, en la cuarta responderé la segunda interrogante planteada, es decir, cuáles debieran ser las sanciones procesales que se derivan de su infracción.

1.- El Derecho a un Juzgamiento Especializado y los Sistemas de Responsabilidad Adolescente por Infracciones a la Ley Penal

1.1.- El Derecho de los Jóvenes a un Juzgamiento Especializado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Hoy existe un consenso amplio respecto a que el punto de partida básico en la configuración de un sistema de justicia juvenil está en la necesidad que el juzgamiento y sanción de los niños y jóvenes por infracciones de carácter penal sean llevados adelante por un sistema especial de responsabilidad que cuente con algunas características diversas a la de los adultos. Este tratamiento especial se basaría en las diferencias de hecho que presentan los niños y jóvenes respecto a los adultos, lo que justificaría que los ordenamientos jurídicos establezcan reglas especiales a favor de los primeros. Así, por ejemplo, uno de los teóricos más influyentes en la materia ha señalado sobre este punto que:

“El ordenamiento jurídico tiene que otorgarle un estatus especial normativo a los menores y menores adultos que se encuentran en el período de desarrollo respecto de los mayores...ello resulta ya del hecho que la gente joven muestra una menor competencia de acción (social) y un déficit de estatus social condicionado por la edad...de ello se siguen consecuencias para el procedimiento penal de menores. Esto es, menor competencia de acción significa justamente para la criminalización de gente joven, que “ellos”, en el transcurso ulterior de la persecución penal, dominan poco las situaciones de interacción, pues oponen menos resistencia a las instancias... Las consecuencias de estos conocimientos de investigación instancial y criminológica de menores tienen que ser un fortalecimiento de los derechos procesales de protección en el procedimiento penal de menores”.²

La idea de que el juzgamiento a jóvenes infractores debe ser especializado ha sido

² Véase, Peter-Alexis Albrecht, *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 406 y 407.

recogida y consagrada como un derecho fundamental por el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, una revisión general del derecho internacional de los derechos humanos permite concluir que el derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes -o como lo llamaré para efectos de este informe el “principio de especialidad”- encuentra una fuerte regulación y reconocimiento tanto en los instrumentos internacionales especializados en materia de infancia como en los generales, ya sea universales o de carácter regional. Asimismo, diversos órganos internacionales que aplican dichos instrumentos se han pronunciado reforzando la necesidad de la especialidad del sistema juvenil en materia procesal.

En materia de instrumentos especializados el documento universal base es la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la CDN). La CDN establece desde su preámbulo la idea de la necesidad de un tratamiento especial de los jóvenes y niños infractores. Así, en su párrafo noveno, haciendo referencia a la Declaración de los Derechos del Niño, señala que *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*. Esta idea luego se desarrolla explícitamente en el artículo 40.3 del mismo texto que establece la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas apropiadas para promover el *“...establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue han infringido las leyes penales...”*.

Este mandato ha sido reforzado por la opinión que sobre la materia ha elaborado el Comité sobre los Derechos del Niño.³ Este ha señalado recientemente en su Observación General n° 10 de enero/febrero del año 2007 (en adelante OG/10) referida precisamente a “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores” que:

*“Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como en sus necesidades emocionales y educativas. Estas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia separada de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños.”*⁴

No se trata del único instrumento internacional especializado que se refieren a la materia. Así, una regla similar a la de la CDN puede encontrarse en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (en adelante “Reglas de Beijing”), que señala en su regla n° 2.3 *“En cada jurisdicción nacional se procurará un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores...”* También en las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (conocidas como las Directrices de Riad) de 1990 es posible encontrar una norma similar. Así, en el capítulo VI sobre legislación y administración de la justicia de menores la Directriz 52 señala *“Los gobiernos deberán*

³ El Comité de los Derechos del Niño es un órgano dependiente de la Organización de Naciones Unidas creado bajo el alero de la Convención sobre los Derechos del Niño con la función de supervisar y verificar su cumplimiento de parte de los Estados signatarios.

⁴ Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 10, Enero/Febrero de 2007, párrafo 10.

promulgar y publicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y bienestar de los jóvenes”.

Esta idea de especialidad del sistema juvenil no es propia o exclusiva de los instrumentos internacionales especializados en la materia sino que un principio sólidamente establecido en el sistema internacional en general. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “Pacto”), el principal tratado internacional de reconocimiento de derechos de carácter universal, establece explícitamente en su artículo 14.4, referido a las garantías del debido proceso, que “4. *En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social*”.⁵ A partir de esta norma el Comité de Derechos Humanos del Pacto (órgano que interpreta y aplica sus disposiciones) ha reconocido la necesidad que los procesos para el establecimiento de responsabilidad penal de los jóvenes sean conducidos de manera diferente a la de los adultos tomando en consideración a sus características especiales.⁶ Esto ha llevado a que se sostenga que el Pacto impone en ciertas circunstancias garantías extras en favor de los jóvenes en comparación con los adultos en los procesos juveniles.⁷

En nuestro ámbito regional, el instrumento de mayor relevancia es la Convención Americana Sobre Derechos Humanos conocida también como el Pacto de San José de Costa Rica (en adelante “Convención Americana”).⁸ Ella establece en su artículo 5.5 que “*Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento*”.⁹ Junto con este reconocimiento normativo explícito la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la materia, tanto como parte de su competencia consultiva como en uso de sus facultades jurisdiccionales. La Corte elaboró la Opinión Consultiva n° 17 del año 2002 (en adelante OC-17/2002) cuyo tema central fue “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”¹⁰. En ella señaló que

⁵ Recordemos que el Pacto ha sido ratificado por Chile e incorporado a la legislación interna mediante su publicación en el Diario Oficial el día 29 de abril de 1989.

⁶ Véase Manfred Nowak, U.N Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary, N.P. Engel Publisher, Germany, 2005, p. 347. Más recientemente el propio Comité ha enfatizado esta idea en su Observación General n° 32 de 2007 párrafos 42 a 44.

⁷ Véase, Dominic McGoldrick, The Human Rights Committee, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 411.

⁸ La Convención ha sido incorporada a la legislación interna por medio de su publicación en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

⁹ Cabe señalar que una norma prácticamente idéntica está recogida en el artículo 10.2 b) del Pacto.

¹⁰ Se trata de una opinión solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de marzo de 2001. La solicitud busca que la Corte se pronuncie “sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana”. Según se consigna en la opinión de la Corte, la preocupación de la Comisión por el tema tiene como antecedente que: “[e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también

los niños: “*En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.*”¹¹ La Corte agregó, además, que:

“Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”.¹²

Conceptos similares han sido reiterados con posterioridad por parte de la Corte Interamericana a propósito del conocimiento de casos en materias propias de sus facultades jurisdiccionales. Uno de los casos más paradigmático ha sido el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” del año 2004.¹³ En el párrafo 209 la Corte, citando a su OC-17/2002, señala que:

“Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.

Luego de revisado este conjunto de normas y opiniones emanadas en distintos órganos del sistema internacional me parece que es pacífico concluir acerca del reconocimiento y existencia del derecho a un juzgamiento especial de los jóvenes y la importancia que este tiene como guía para la construcción y análisis de los sistemas de justicia juvenil.

El gran desafío que impone el sistema internacional a los ordenamientos jurídicos internos es recoger estos mandatos pero sin que necesariamente exista una guía completamente desarrollada de cómo debe hacerse este proceso. La lógica general del sistema internacional de derechos humanos es regular un conjunto de normas y principios generales, entregándole un margen de apreciación a los Estados para decidir luego cómo pueden incorporar estas normas y principios generales en sus propios ordenamientos.

1.2. - El Principio de Especialidad y la Necesidad de Reforzar las Garantías del Debido Proceso (en especial el Derecho a No Autoincriminarse)

En este contexto, un primer eje temático en donde el principio de especialidad tiene un impacto relevante en materia procesal penal es en el reforzamiento de ciertas garantías

otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.” Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n° 17 (OC-17/2002) Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, párrafos 1 y 2.

¹¹ Idem párrafo 93.

¹² Idem párrafo 96.

¹³ Véase Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 2004.

que integran al debido proceso. Hoy me parece pacífica la idea que la construcción de cualquier sistema procesal se debe hacer sobre la base de respetar las garantías mínimas del debido proceso. El supuesto básico en la legislación internacional para la existencia de un proceso legítimo es el debido proceso¹⁴, el cual se encuentra ampliamente regulado tanto en el Pacto Internacional (fundamentalmente artículos 9 y 14) y tratados regionales como la Convención Americana (fundamentalmente artículos 7 y 8) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 5 y 6).¹⁵

Una característica central de la noción del debido proceso reconocida en el sistema internacional, es que ésta constituye una garantía compleja, compuesta por múltiples garantías específicas, todas las cuales deben estar presentes al momento en que se determinan judicialmente derechos y obligaciones de las personas, no importando la calidad que tengan esas personas.¹⁶

En este contexto argumentar que el piso de garantías procesales para los jóvenes está constituido por el debido proceso debiera ser una cuestión obvia que ni siquiera requeriría mención.¹⁷ Con todo, la evolución histórica de los sistemas de responsabilidad juvenil da cuenta que se trata de una idea muy reciente que incluso no se ha instalado con la misma fuerza en todas las legislaciones nacionales. De hecho, baste recordar que la OC/17 de la Corte Interamericana surge precisamente como consecuencia de la preocupación manifestada por la Comisión Interamericana sobre este punto. En efecto, la Comisión señala en su petición a la Corte que son diversos los países del continente que desconocen la plena aplicación de las garantías procesales de la Convención Americana “...por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías...”¹⁸ Es por

¹⁴ En este sentido véase la opinión de la Corte Interamericana en OC-17/2002 que señala en su párrafo 115 que “Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en que la libertad individual de un individuo está en juego”.

¹⁵ Una visión detallada de las principales garantías penales reconocidas en el ámbito internacional, pero con especial énfasis en la jurisprudencia de la Convención Europea, puede verse en Stephanos Stavros, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1993, 388 pp.; y, Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2006, 611 pp.

¹⁶ Esta idea es recogida, entre otras, por la Corte Interamericana que al definir el debido proceso lo ha caracterizado como un “Conjunto de condiciones que deben cumplirse para la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial”. Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 9/1987 (“Suspensión de las Garantías en Estados de Excepción”). Debe señalarse que la cita se refiere a la primera vez que la Corte precisó esta idea, pero luego se reproduce en prácticamente todos los fallos que se refieren al tema.

¹⁷ Maier gráfica con claridad esta idea al señalar “El niño o el joven es, sin discusión, una persona humana y, por lo tanto, ese reglamento básico (refiriéndose al debido proceso) es aplicable a él cuando se trata de resolver sobre limitaciones a sus derechos, sea cual fuere la excusa bajo la cual tal limitación de derechos se lleva a cabo”. Julio Maier, *Los Niños Como Titulares del Derecho al Debido Proceso*, en *Justicia y Derechos del Niño* n° 2, Buenos Aires, 2000, p. 12 (el paréntesis es mío).

¹⁸ El párrafo completo señala: “[e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos

ello que distintos organismos internacionales se pronuncian específicamente sobre el punto, con el objeto de asentar una idea que ha estado ausente en muchas de las legislaciones sobre responsabilidad juvenil. Así, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional ha señalado en su Observación General n° 32 que a los jóvenes se les debe reconocer al menos las mismas garantías y protecciones que a los adultos contenidas en el artículo 14 del Pacto.¹⁹ La Corte Interamericana ha hecho para sí esta misma argumentación en su OC-17/2002 al citar de manera textual el párrafo respectivo del Comentario General n° 13²⁰ y luego la ha reforzado en su jurisprudencia al indicar, en un caso referido precisamente a la situación de niños infractores, que “...las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual...”²¹

Con todo, como señalaba, desde el punto de vista del derecho a un juzgamiento especializado, no basta con que se reconozcan a favor de los jóvenes imputados las garantías generales del debido proceso comunes a todos, sino que además es necesario reforzar algunas de ellas tomando en especial consideración las particularidades que presentan los jóvenes.

En esta dirección, uno de los derechos básicos del debido proceso que requieren un fortalecimiento significativo de los jóvenes imputados es el derecho a no autoincriminarse, el que en su base central significa que el imputado no debe ser compelido, forzado o engañado para entregar información que lo incrimine a las agencias de persecución penal.²² En términos de Binder, refiriéndose al imputado “Nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y, en consecuencia, que él desea retener”.²³ Bacigalupo lo frasea también en términos similares e identifica la fuente de la cual se deriva esta garantía al señalar que “Se trata de un derecho del inculpado o imputado que se concreta como el derecho a negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir como consecuencia de ello ninguna consecuencia negativa, derivado del respecto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso de un Estado de Derecho.”²⁴

En definitiva, se trata de un derecho que busca evitar que el Estado pueda hacer un uso abusivo de su poder de investigación en un contexto en el cual las diferencias de

reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.” Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002 párrafo 2.

¹⁹ Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 32 de 2007, párrafo 42. Esto ya había sido objeto de reconocimiento previo en la Observación General n° 13 de 1984, párrafo 16.

²⁰ Véase OC17/2002 párrafo 100.

²¹ Véase Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 2004, párrafo 209 (caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay).

²² Si bien existe bastante debate en la literatura especializada acerca de la forma de identificar correctamente a este derecho, me parece claro que hay un cierto consenso en entender que “el derecho a no autoincriminarse” es más preciso ya que marca el alcance más amplio que tiene esta garantía en relación a la nomenclatura de el “derecho a guardar silencio” la que sólo cubriría una parte de los alcances de esta garantía. En este sentido y refiriéndose al derecho internacional de los derechos humanos véase Stefan Trechsel, ob. cit. p. 342. En todo caso su formulación original en latín es “*Nemo tenetur se ipsum accusare*” o conocido abreviadamente como la garantía o principio del “*Nemo tenetur*”.

²³ Véase Alberto Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos 1993, p. 182.

²⁴ Enrique Bacigalupo, El Debido Proceso Penal, Editorial Hammuriabi, Buenos Aires 2005, p. 69.

posición y poder con el imputado son muy significativas. En los Estados Unidos, lugar en donde éste derecho encuentra un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial, se estima que uno de los fundamentos centrales de este derecho es precisamente el que su inexistencia facilitaría en extremo al Estado abusar de los derechos individuales en el desarrollo de sus investigaciones penales. De esta forma, este derecho cumple un rol central en establecer un sentido de juego justo entre el Estado y los particulares.²⁵

Como señalaba al inicio, las competencias de un joven para evaluar su situación procesal y tomar decisiones acerca de cómo comportarse en un proceso son menores que un adulto y ello supone que el Estado deba preocuparse especialmente de dotarlo de información y asesoría permanente en la toma de decisiones en el proceso que puedan afectarlo decisivamente, tal como ocurre por ejemplo con la renuncia al derecho a no autoincriminarse. Albrecht da cuenta precisamente que las características especiales de los jóvenes hacen que estos “...están antes dispuestos a una declaración, confiesan antes y tienen menos conocimientos de los derechos que les competen...Por eso facilitan las instancias de conducción de la prueba y por eso se les comprueba antes su culpabilidad y son antes sancionados”.²⁶ En este contexto, la renuncia al derecho a no autoincriminarse supone riesgos importantes debido a la posibilidad que tienen los sistemas de justicia penal de generar renunciaciones que solo son formalmente voluntarias e informadas, como por ejemplo, cuando el niño no comprende con claridad el significado y consecuencias jurídicas de la renuncia o cuando la decide producto de presiones psicológicas o engaños de parte de las autoridades de persecución penal que un adulto normalmente está en condiciones de resistir. En este escenario, el gran desafío que impone la legislación internacional a los Estados es el de reforzar el derecho a no autoincriminarse por vía de establecer los mecanismos de aseguramiento de la voluntariedad e información que deben tener los jóvenes al momento de renunciar a este derecho tomando especialmente en consideración que por su madurez y estado de desarrollo personal no tienen las mismas capacidades que un adulto. Se trata de una exigencia adicional o reforzada del debido proceso respecto a los adultos que emana precisamente de la situación diferente en que se encuentran los niños para enfrentar un proceso.

En esta dirección la CDN regula en general este derecho en su artículo 40.2 b) iv que señala que todo niño imputado tiene derecho a no ser “...*obligado a prestar testimonio o declararse culpable...*”. Las diferencias de alcance de esta garantía respecto a los adultos no queda establecida con el puro análisis de los textos legales. En efecto, tanto el Pacto -en su artículo 14.3 g)- como la Convención Americana -en su artículo 8.2 g)- regulan este derecho de una manera muy similar a la CDN señalando que el imputado tiene derecho “...*a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.*” (el Pacto utiliza la palabra “confesarse” en vez de la palabra “declararse”).

Las diferencias están, consecuentemente, en los alcances de esta regla tratándose de niños o jóvenes. En esta dirección el Comité de los Derechos del Niño ha señalado en su OG/10 varias cuestiones de interés. La primera de ellas es reconocer que la idea de ser

²⁵ Véase Joshua Dressler y Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure Volume 2*, Lexis Nexis, 2006, p. 262.

²⁶ Véase Peter Alexis Albrecht, *ob. cit.* pp. 406 y 407.

“obligado” debe entenderse de manera amplia no sólo incluyendo las situaciones de violencia física (tratos crueles, inhumanos o degradantes) sino que también de carácter psicológico. El Comité recalca que para determinar los casos de violación de este derecho fuera de las hipótesis más obvias debe considerarse especialmente “*la edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el temor a las consecuencias desconocidas...*”.²⁷ En consecuencia, es necesario incluir aspectos muy particulares que sólo están presentes tratándose de niños y jóvenes para evaluar la violación al derecho a no autoincriminarse. Eso debiera traducirse en situaciones en las cuáles una declaración prestada en condiciones equivalentes por un niño y por un adulto podría tener resultados diversos respecto a su legitimidad (por ejemplo en relación a su duración o las condiciones físicas del lugar en que se prestan).

De manera de reforzar lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño establece como obligación para los Estados Partes de permitir que a los interrogatorios a los que se somete al niño deben tener acceso los representantes legales u otros apropiados e incluso la posibilidad que se solicite la presencia de los padres.²⁸ Esta exigencia es un poco más estricta que tratándose de adultos, en donde no existe una regla equivalente en la legislación internacional de requerir la presencia de un defensor para darle legitimidad a la declaración policial de un imputado. Finalmente, el Comité recomienda que policías y otros agentes encargados de tomar las declaraciones de los niños sean entrenados especialmente para evitar la obtención de confesiones de baja credibilidad o producto de coacción.²⁹

1.3.- El Derecho a No Autoincriminarse de los Jóvenes Imputados en el Derecho Comparado:

Las mayores exigencias en materia del ejercicio del derecho a no autoincriminarse y su renuncia han sido reconocidas ampliamente en el derecho comparado referido a la situación de jóvenes infractores. En lo que sigue analizaré en forma breve el cómo ha sido regulado este tema en tres países: Costa Rica y España (los cuáles han sido influencia muy directa en nuestra regulación actual), y los Estados Unidos.

En Costa Rica como en España se reconoce específicamente el derecho a no autoincriminarse de los jóvenes imputados y se les permite también la posibilidad que presten declaración en el desarrollo del proceso, lo que incluye potencialmente la declaración en el momento inicial en que han sido detenidos. Con todo, esta declaración sólo es admisible en la medida en que sea prestada con la asistencia de un abogado, lo que establece un sistema de control bastante fuerte destinado a asegurar que el joven tome la decisión de declarar informado acerca de las consecuencias de la renuncia a su derecho. A continuación revisaré con algo más de detalle como se articulan normativamente estas regulaciones.³⁰

²⁷ OG/10 párrafo 57. Esto es complementado también en el párrafo 58.

²⁸ Idem párrafo 58.

²⁹ Ibid.

³⁰ Estas legislaciones establecen también la obligatoriedad de informar derechos a los jóvenes al momento de su detención o previo a su declaración (incluyendo el derecho a guardar silencio), pero como se trata de una garantía hoy día reconocida también en forma bastante amplia para los adultos no me detengo en ella.

La Ley de Justicia Penal Juvenil de 1996 de Costa Rica (en adelante la LJPJ) reconoce el derecho a no autoincriminarse del joven imputado en su artículo 17 al establecer que “*Ningún menor de edad está obligado a declarar en contra suyo*” y en el artículo 81 inciso segundo que establece que “*Los menores de edad pueden abstenerse a declarar*”.³¹ A su vez, el procedimiento contenido en la LJPJ se estructura sobre de la existencia de una declaración del joven imputado desde etapas tempranas del procedimiento.³² En efecto, el artículo 81 establece que una vez que el joven sea puesto a la disposición del Juez Penal Juvenil, éste debe –dentro de las 24 horas- proceder a tomarle declaración.³³ En este escenario, la LJPJ establece diversas regulaciones que pretenden asegurar que el joven pueda ejercer su derecho a no autoincriminarse o renunciar al mismo. El artículo 37 establece que no puede recibirse ninguna declaración a un joven sin que cuente con la asistencia de un abogado. Dicha regla es luego desarrollada con mayor especialidad en los artículos 82 y 83. Ambos artículos se ocupan de la declaración prestada por el niño o joven haciendo una diferenciación si estos tienen más de 12 y menos de 15 (caso en el cual se aplica el artículo 82) y más de quince y menos de 18 (se hace aplicable el artículo 83). La principal diferencia entre ambos estatutos es la aplicabilidad de las reglas de la declaración de adultos o no. Básicamente la LJPJ señala que ellas no se aplican a los menores de 15 y sí a los mayores. Esto ha generado una polémica importante ya que podría ser leído como una restricción de garantías en favor de los niños que se encuentran en una posición más vulnerable. Con todo, como sostiene un autor, la lectura más lógica de la misma no es que se reducen las garantías sino que la declaración debe realizarse en un ambiente de distensión.³⁴ Además, ambas normas establecen que la declaración debe producirse -además de en presencia de los abogados- de los padres, tutores, guardadores o representantes.³⁵

En España, la Ley Orgánica 5/2000 (Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en adelante “LO 5/2000”) presenta una regulación más sencilla que la de Costa Rica, pero con bastante similitud. Así, el artículo 17.2, que regula la situación de los jóvenes detenidos, establece que declaraciones se llevarán a cabo en presencia de letrado y de aquellos que ejerzan patria y potestad (salvo que las circunstancias no aconsejen la

³¹ Refiriéndose al artículo 17 Tiffer señala que éste contiene uno de los derechos más importantes para el joven imputado y que, por lo mismo, ha sido reconocido en reiterados fallos de la Corte Suprema que ha anulado sentencias basadas en procesos en donde no se respetó adecuadamente este derecho. Véase Carlos Tiffer, *Ley de Justicia Juvenil*. 2ª Edición. San José: Juristexto, 2004, pp. 63 y 64.

³² Podría afirmarse que se trata de un elemento típico de la estructura de los modelos procesales inquisitivos que todavía perduran en la región como lo es la existencia de una declaración indagatoria inicial a partir de la cual se desarrolla el proceso con posterioridad. En todo caso, en Costa Rica se prohíbe que la policía realice cualquier tipo de interrogatorio al joven detenido. Véase Gary Amador, *La Detención Provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil*, Editorial Jurídica Continental, San José 2006, p. 203.

³³ Se critica esta disposición ya que ella en un sistema acusatorio debiera permitir que sea el fiscal quien toma las declaraciones al joven detenido. Véase Gary Amador, *ob. cit.* p. 305.

³⁴ Véase Javier Llobet, *Las Garantías en el Proceso Penal Juvenil*, en *Derecho Penal Juvenil*, DAAD, San José 2002, p. 170.

³⁵ El artículo 82 nuevamente tiene una interpretación problemática ya que aparentemente permite la lectura que la participación de los padres, tutores, guardadores o representantes no podrían participar en la declaración a menos que el joven lo solicite de manera expresa, cuando la doctrina parece estar acorde que su presencia debiera ser obligatoria salvo que exista un interés contrapuesto del joven con el resto. Véase Gary Amador, *ob. cit.* p. 307.

presencia de estos últimos).³⁶ A falta de estas personas (por ejemplo porque no pudieron ser ubicadas) la LO 5/2000 establece que debe haber presencia de un fiscal distinto al responsable de la instrucción. Como se puede apreciar, se trata de establecer protecciones que son muy superiores a las previstas para adultos ya que involucran a terceros distintos al joven y su abogado.

En los Estados Unidos también es posible encontrar un reconocimiento fuerte del derecho a no autoincriminarse. En efecto, desde el caso *In re Gault* (1967) en adelante la Corte Suprema de dicho país ha reconocido que en los procesos penales en contra de jóvenes se hace aplicable el derecho a no autoincriminarse, debiendo tenerse presente que varios Estados habían llegado a la misma conclusión en forma previa a dicha decisión.³⁷ Las diferencias con los otros países que he revisado, en algunos casos significativas, se presentan en el conjunto de protecciones establecidas en favor de los jóvenes para hacer válida su renuncia. En principio, la principal protección está constituida por la obligación que tienen los agentes estatales de informar al joven de sus derechos *Miranda* antes de proceder a cualquier interrogación en condiciones de custodia.³⁸ Los derechos *Miranda* incluyen como elemento central la información del derecho a guardar silencio, de que todo lo que diga el joven pueda ser utilizado en su contra, del derecho que tiene de tener un abogado presente en el momento de la interrogación y que ese derecho corre por cuenta del Estado sino tiene medios para solventarlo.³⁹ En ese contexto, si el joven decide “voluntariamente” renunciar a sus derechos *Miranda*, la declaración prestada será legítima y podrá ser utilizada por el sistema. Para determinar la voluntariedad de una confesión, el tribunal respectivo debe ponderar la totalidad de las circunstancias en las que se produjo la declaración⁴⁰, considerando diversos factores vinculados a la madurez, nivel de educación, conocimiento y comprensión de los cargos, entre otros.⁴¹ Como se puede apreciar, en esta lógica no existe la obligatoriedad de la presencia del abogado u otro tercero como ocurre en España o Costa Rica a menos que el joven así lo exija. Como veré un poco más adelante, hay varios Estados que han establecido exigencias adicionales que se apartan de este estatuto.

³⁶ Sobre la legislación española véase en general María Rosario Ornos, *Derecho Penal de Menores*, Editorial Bosh, Barcelona 2007.

³⁷ Eugene Breitenbach, *Juvenile Court Proceedings*, *American Jurisprudence Trials* n° 137, 2008 (updated). párrafo 24.

³⁸ Una visión panorámica sobre los derechos *Miranda* puede revisarse en Andrés Baytelman, “Tiene Derecho a Guardar Silencio...” la Jurisprudencia Norteamericana sobre Declaración Policial, en Informe de Investigación n° 13, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2002.

³⁹ Véase Martin Gardner, *Understanding Juvenile Law*, Mathew Bender, New York 1997. p. 259.

⁴⁰ Se trata del mismo *test* que aplican los tribunales para verificar la admisibilidad de confesiones prestadas por adultos.

⁴¹ Una revisión de diversos factores que han sido ponderados en la jurisprudencia de los Estados Unidos para determinar la voluntariedad de las confesiones puede verse D. E. Evins, *Voluntariness and admissibility of minor's confession*, *American Law Reports ALR2d* n° 87, p. 624 (publicado originalmente en 1963 y actualizado hasta el año 2008).

La lógica descrita tiende a ser una reproducción de la forma es que está regulada la renuncia al derecho a guardar silencio en el caso de los adultos.⁴² Con todo, tanto la jurisprudencia como la doctrina, acuerdan que los estándares para analizar la voluntariedad de la renuncia del joven deben tener un cuidado mayor que tratándose de un adulto debido a la especial posición en que se encuentran los primeros.⁴³ Aquí aparece un elemento claro de especialidad en el tratamiento en favor de los jóvenes.

Como anticipaba, diversos Estados han establecido regulaciones más exigentes que la analizada hasta el momento para darle validez a la renuncia del derecho a guardar silencio, fundamentalmente por medio de establecer la necesidad de asesoramiento o la presencia del abogado o una persona adulta responsable del joven al momento de tomar la decisión de prestar declaración.⁴⁴ Un ejemplo a nivel legislativo es el Estado de Colorado en donde se establece como un requisito de admisibilidad de la declaración del joven la presencia de un padre o guardador en el interrogatorio.⁴⁵ Además, es posible identificar varios Estados donde es la jurisprudencia la que exige la presencia de un adulto responsable (padre, tutor o guardador) e incluso la de un abogado como requisito de validez de la renuncia al derecho a guardar silencio.⁴⁶ El Estado de Vermont es uno de aquellos en los cuales la jurisprudencia ha establecido exigencias adicionales al desarrollo a nivel federal, justificando su posición en el reconocimiento explícito de la diferencia existente entre jóvenes y adultos y la necesidad, a partir de dicha diferencia, de establecer protecciones especiales.⁴⁷ La Corte Suprema de dicho Estado ha sostenido que para renunciar al derecho a ser asesorado por un abogado y a guardar silencio se requiere previamente que el joven sea asesorado o reciba el consejo de un tutor o consejero responsable y que, además, se notifique a su representante antes de cualquier interrogatorio. Se ha establecido también que el adulto que cumple la función de consejero o asesor no sólo debe estar genuinamente interesado en el bienestar del joven sino que ser completamente independiente de la persecución penal y estar informado de los derechos de la persona a quien presta consejo.⁴⁸

Como se puede apreciar, a nivel de derecho comparado se consolida como una exigencia bastante común para asegurar el adecuado ejercicio del derecho a no autoincriminarse y su renuncia la presencia de un abogado del joven imputado desde

⁴² El caso paradigmático en que este criterio fue desarrollado por la Corte Suprema es *Fare v. Michael C.* 442 U.S 707 (1979).

⁴³ En este sentido véase Francisco Estrada, *La Renuncia del Derecho a Guardar a Silencio por un Adolescente en Nuestro Ordenamiento Jurídico y en el Estadounidense. Comentario a propósito del fallo In Re E.T.C Juvenile* 141 Vt. 375 (1982) Corte Suprema de Vermont 24 de junio de 1982, en *Revista de Derechos del Niño* n° 3/4, Santiago 2006, p. 184.

⁴⁴ Véase Francisco Estrada, ob. cit. pág. 189 quien sobre este punto cita a Kevin Morrison.

⁴⁵ *Idem*

⁴⁶ Véase Martin Gardner, ob. cit. 243.

⁴⁷ Este desarrollo se encuentra en el caso de la Corte Suprema de Vermont *In re E.T.C.*, 449 A 2d. 937 (Vt. 1982). Un análisis más detallado del mismo puede revisarse en Francisco Estrada, ob. cit.

⁴⁸ Véase Francisco Estrada, ob. cit. pág. 186. *In re E.T.C.* trató de un joven de 14 años respecto del cual el asesoramiento previo estuvo en manos del director del hogar comunitario donde era residente al momento de cometer el delito imputado. El director no le aconsejó sobre el significado y consecuencias de la renuncia a su derecho, en cambio le dijo que fuera “derecho” y “correcto” en la declaración que le tomó la policía en su oficina. Frente a la apelación del joven la Corte Suprema de Vermont estableció que el director del hogar no era un adulto interesado en el bienestar del joven ni completamente independiente de la persecución penal.

momentos tempranos de la persecución penal, aún cuando no se trate de situaciones en las que exista una detención por flagrancia. Costa Rica y España, ambos países signatarios de la CDN, representan un claro ejemplo de esta tendencia. Estados Unidos presenta un matiz en la materia, pero se observa una tendencia general de varios Estados de avanzar en esta misma dirección. Debe tenerse presente que esta mayor dispersión normativa en dicho país puede deberse a que precisamente se trata de un caso en el que no se ha suscrito la CDN y, por lo mismo, la exigencia que hemos revisado previamente no constituye una obligación internacional asumida por dicho país.

2.- El Inciso Primero del Artículo 31 de la LRPA: Estructura General y su Función en el Sistema

2.1.- La Lógica General de la LRPA:

Desde junio de 2007 ha comenzado a regir en nuestro país un nuevo sistema de responsabilidad de los adolescentes (jóvenes de entre 14 y 17 años de edad) por infracciones a la ley penal.⁴⁹ Dicho sistema fue establecido con el propósito, entre otros, de satisfacer las exigencias impuestas por los tratados internacionales de derechos humanos en la materia, especialmente por la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵⁰

En este contexto, el legislador nacional tomó una decisión de no regular en detalle la estructura del proceso penal juvenil contemplado en nuestra LRPA, sino más bien hacer depender a éste de las regulaciones establecidas para adultos y sólo referirse a algunos temas específicos en donde se reconoció de manera concreta la especialidad del sistema juvenil.

Es así como de acuerdo a lo que establece su artículo 27, la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se rige tanto por las normas de la propia LRPA como supletoriamente por la del Código Procesal Penal (en adelante el CPP). Una observación general de la LRPA muestra con claridad que la regulación específica procesal que contiene ésta es relativamente escueta. Las normas de procedimiento están contenidas en su título II que incluye sólo 15 artículos (desde el 27 al 41) destinados al procedimiento. En un análisis más detallado de estas normas se puede apreciar que los párrafos 1º y 2º, referidos a disposiciones generales y al sistema de justicia, no contemplan normas de regulación estrictamente procesal, por lo que la cantidad total de artículos destinados a regular el proceso penal juvenil disminuye a 11.

⁴⁹Véase Ley n° 20.084, publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2005 y sus posteriores modificaciones (Leyes n° 20.110 y n° 20.191).

⁵⁰ Así, el Mensaje del Presidente de la República cuando se envía el proyecto al Congreso el año 2002 indica “Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con las disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos”. Véase Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, 2 de agosto de 2002 (presentado ante la Cámara de Diputados).

Como se puede observar, se trata de una legislación relativamente escasa para desarrollar de manera completa y en detalle las complejidades de un proceso de carácter penal.⁵¹ Esto tiene como consecuencia que buena parte del proceso contemplado en la LRPA descansa en el diseño del CPP.⁵² Desde este punto de vista, es posible afirmar que, en términos generales, los niveles de especialidad recogidos en la LRPA son bastante limitados.⁵³ En este contexto, las normas de especialidad contenidas en la LRPA deben leerse especialmente teniendo en consideración que ellas representan un esfuerzo explícito del legislador por adaptar las reglas del nuevo sistema procesal penal juvenil a las exigencias establecidas por la legislación internacional. Las propias disposiciones de la LRPA (artículo 2º inciso segundo) establecen que los tribunales deben considerar en su aplicación todos los derechos y garantías que son reconocidos en la CDN y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

2.2.- El Inciso Primero del Artículo 31 de la LRPA y su Función en el Sistema:

En este contexto, debe entenderse al inciso primero del artículo 31 de la LRPA. Como indicaba al inicio de este informe, el inciso en análisis es una norma compleja que está integrada con varias reglas y estándares destinados a regular diversos problemas. El párrafo que es objeto de análisis en este informe es que el señala *“El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad”*.⁵⁴

En mi opinión el objetivo central de esta norma es resguardar el derecho del joven a no autoincriminarse o a renunciar al mismo de manera informada y válida.⁵⁵ Como ya

⁵¹ A modo de referencia puede tenerse presente el Código Procesal Penal, que regula el proceso penal para los adultos, contiene 485 artículos.

⁵² Se trata de un elemento de diseño del sistema que viene desde la versión original del proyecto presentado por el ejecutivo en agosto del año 2002 para su tramitación legislativa. Sobre esta elección realizada por el legislador en Chile Bustos ha señalado críticamente que “...la LRPA ha sido sumamente tradicional, a pesar que ya existen diferentes modelos alternativos que podrían haberse utilizado y que son mucho más adecuados para un derecho penal del adolescente”. Véase Juan Bustos, *Derecho Penal del Niño-Adolescente*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago 2007, pp. 71 y 72.

⁵³ Un análisis del proyecto original en este mismo sentido, pero también recogiendo algunas ventajas del modelo escogido véase en Mauricio Duce, *El Proceso Establecido en el Proyecto de Ley que Crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal: Avances y Problemas*, en *Revista de Derechos del Niño* n° 2, Santiago 2004, pp. 99-113 (véase especialmente pp. 100-102). En el mismo sentido pronunciándose sobre la LRPA véase Mónica Cerda y Rodrigo Cerda, *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, Librotecnia, Santiago, 2007, p. 159.

⁵⁴ Cabe señalar que el artículo 31 fue modificado en la parte transcrita por la Ley n° 20.191 publicada en el Diario Oficial el 2 de junio de 2007. Hasta antes de esa modificación la norma sólo contenía la regla que establecía que la declaración del adolescente sólo podía producirse ante el fiscal y en presencia de un defensor. Dicha modificación se produjo en el contexto de una reconfiguración de la norma respecto a la extensión temporal máxima de la detención en sede policial. Con más detalle sobre esta modificación véase también *Historia de la Ley n° 20.191* en www.bcn.cl.

⁵⁵ La historia de la ley da cuenta de ello. En su redacción base el artículo 31 surgió como consecuencia del Segundo Trámite Constitucional en el Senado “...con el fin de garantizar la voluntariedad e inteligencia de la renuncia al derecho a guardar silencio...” es decir el derecho a no autoincriminarse del joven imputado. Véase *Historia de la ley n° 20.084*, p. 721. Sobre la evolución de esta disposición en su etapa legislativa véase

señalé, la particularidad de los sistemas de responsabilidad juvenil es que debido a la especial situación en que se encuentra los jóvenes no se considera que el mecanismo tradicional para asegurar el derecho a no autoincriminarse, como lo es la información previa de derechos, sea suficiente. Es por ello que he señalado que en el derecho internacional y comparado se exige algo más, la presencia del defensor o de un adulto que esté en condiciones de representar adecuadamente sus intereses. En esta dirección, la norma en estudio pretende constituir la respuesta nacional a las exigencias establecidas en la materia por el sistema internacional de protección de derechos humanos. De no existir esta disposición, los jóvenes carecerían de toda protección especial en comparación con los adultos, lo que los dejaría en una clara situación de desventaja y, peor aún, de serio riesgo para la vigencia de un derecho fundamental.

En este esquema, el defensor del imputado constituye el mecanismo concreto a través del cual el sistema se asegura que el derecho a no autoincriminarse no sea puesto en riesgo. Esto, como veré un poco más adelante, genera un error en buena parte de la escasa jurisprudencia nacional sobre esta norma en donde se identifica como derecho protegido por la misma el derecho de defensa. En mi opinión, pensar que lo que asegura la norma en estudio es el derecho a defensa confunde el mecanismo regulado en la ley con el derecho protegido. La exigencia de un defensor para darle validez a las declaraciones del joven no tiene que ver centralmente con permitir el derecho a la defensa letrada, sino que el joven pueda tomar decisiones informadas respecto al ejercicio su derecho a no autoincriminarse o a su renuncia. En este mismo sentido, la exigencia de la presencia de un fiscal para tomar la declaración constituye otro mecanismo para el mismo fin previsto en el mismo artículo, sin que nadie sostenga que esto cumple una función de aseguramiento del derecho a la defensa. Lo mismo ocurre en otros países cuando además se exige la presencia de los padres o tutores de los jóvenes imputados. Se trata en consecuencia de mecanismos de aseguramiento destinados a permitir el adecuado ejercicio del derecho a no autoincriminarse en personas que por su madurez y estado de desarrollo necesitan de una asesoría adecuada para tomar decisiones que tienen consecuencias normalmente decisivas en el curso de los procesos en su contra. Otra cosa, y esto es lo que eventualmente genera confusión, es que el mecanismo principal establecido en nuestro país (la presencia del defensor) también se traduzca en beneficios para el ejercicio del derecho de defensa.

Para comprender lo anterior, debe tenerse presente también que a diferencia de buena parte de las otras garantías específicas que integran al debido proceso, el derecho de defensa presenta diversas dimensiones. Por una parte, claramente tiene el carácter de derecho fundamental de las personas que son objeto de persecución penal, lo que podría ser considerado su dimensión más obvia. Pero además de ello, la doctrina procesal ha entendido que el derecho de defensa cumple la función instrumental, es decir, de ser una garantía o un mecanismo para hacer efectiva al resto de las garantías.⁵⁶ Particularmente se ha entendido que la defensa letrada, uno de los componentes del derecho de defensa,

también Gonzalo Berríos, Derecho de los Adolescentes y Actividad Persecutoria Previa al Control Judicial de la Detención, en Revista de Estudios de la Justicia n° 7, Santiago 2006, pp. 141-143

⁵⁶ Véase Alberto Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 151; y, Cristián Riego, El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos: Volumen I Aspectos Jurídicos, Cuaderno de Análisis Jurídico serie de publicaciones especiales n° 4, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1994, p. 52.

constituye uno de los mecanismos que de mejor manera aseguran la posibilidad del imputado de velar por el cumplimiento de otros derechos como los es el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a no autoincriminarse, que es el foco de este informe.

Esclarecido lo anterior, vuelvo a la regulación del inciso primero del artículo 31 de la LRPA. Sostengo que esta norma establece mecanismos de protección especiales que cubren los aspectos centrales que involucra el derecho del joven imputado a no autoincriminarse, pero además amplía el margen de protección a situaciones que el legislador ha considerado análogas o que producirían efectos similares a los que se buscan evitar con estas protecciones.

En su aspecto más nuclear el derecho a no autoincriminarse se refiere a la posibilidad que tiene el imputado de no declarar en contar de sí mismo o guardar silencio.⁵⁷ Respecto a esta dimensión básica, la LRPA reconoce la posibilidad del joven imputado de prestar declaración desde etapas tempranas en el procedimiento seguido en su contra, pero establece a la vez un conjunto de exigencias que marcan una diferencia importante con el tratamiento de adultos en la materia. En su base, la LRPA permite la declaración del joven, pero condiciona su validez a la presencia de un abogado defensor que cumpla con la función de asesoría, mecanismo que ofrece garantías que la renuncia que se haga al derecho sea efectivamente voluntaria.

La doctrina nacional concuerda que por esta vía se produce un elevamiento importante de los estándares de la LRPA en relación a nuestra legislación de adultos en donde no existe una exigencia equivalente.⁵⁸ Además, específicamente se hace cargo que la presencia del defensor no se exige simplemente para que cumpla una función de observador neutral que entregue validez a la declaración, sino para que cumpla una función específica de "...aconsejar legalmente a su cliente y asegurar así su derecho a defensa."⁵⁹ En consecuencia, esto supone que antes de decidir prestar su declaración el joven tiene que haber tenido la oportunidad de conversar con su abogado sobre la materia. El abogado no sólo debiera asegurarse que el joven conoce su derecho a no prestar declaración (el que debiera haber sido informado por la policía de acuerdo a las reglas generales en la materia previstas en el CPP), sino que también que comprende las consecuencias que podrían producirse a partir de decidir declarar o no. La función del abogado es asegurarse que el joven esté en condiciones de ejercer adecuadamente sus derechos, en este caso la posibilidad de guardar silencio o prestar declaración ante las autoridades de persecución penal.

Junto con la presencia del abogado, el artículo 31 de la LRPA establece una que la declaración del joven debe ser prestada ante el fiscal. Con esto se agrega una exigencia adicional destinada a asegurar la voluntariedad de la decisión a no guardar silencio, lo que "...resta toda validez inculpativa a declaraciones prestadas ante la policía".⁶⁰ La idea

⁵⁷ En nuestro CPP dicho aspecto se consagra, entre otros, en el artículo 93 letra g) que señala todo imputado tiene derecho a "Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento".

⁵⁸ Véase Francisco Estrada, ob. cit., p. 191; Gonzalo Berríos, ob. cit. pp. 150-151; y, Mónica Cerda y Rodrigo Cerda, ob. cit, p. 173.

⁵⁹ Véase Gonzalo Berríos, ob. cit. p. 152.

⁶⁰ Idem p. 150.

detrás de esta exigencia tiene que ver con el mayor riesgo que existiría al entregar en forma autónoma a la policía la posibilidad de obtener declaraciones autoinculporatorias del joven, aún con abogado presente.

Como se puede observar, en este aspecto del derecho a no autoincriminarse, nuestro legislador ha establecido garantías fuertes a favor del joven imputado. Ello me parece no sólo se explica como consecuencia de los mandatos internacionales, sino que también por el reconocimiento de que ésta ha sido un área en donde tradicionalmente existió abusos importantes en nuestro país, especialmente en el sistema inquisitivo previo a la reforma.⁶¹

Pero además de esto, como señalé el legislador amplía el ámbito de protección de la norma en estudio a casos análogos en donde el sistema obtiene información a partir de la colaboración del imputado. Se trata de situaciones en que más allá de la declaración formal del imputado se le pide su colaboración o que presten su conformidad para que los órganos de persecución penal puedan acceder prueba en contra suya.⁶² Por ejemplo, cuando el imputado autoriza la revisión de su domicilio sin que las autoridades tengan una orden judicial previa.⁶³

Para estos casos, el inciso primero del artículo 31 de la LRPA en estudio también contempla un mecanismo especializado de protección. Este pasa por establecer que la participación del abogado defensor es necesaria en cualquier actuación que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Como se puede apreciar, se trata de una norma que regula como condición de validez de diligencias en donde se requiera contar con la cooperación del adolescente imputado la presencia de su defensor. Por lo tanto, apunta a una cuestión distinta al derecho a guardar silencio. En efecto, lo que busca esta norma es evitar que se obtenga la cooperación del imputado (por ejemplo en permitir un registro de su domicilio) sin previamente contar con la asesoría de su abogado defensor en los términos que hemos explicado respecto al derecho a guardar silencio. El imputado podría contribuir, sin necesidad de estar obligado, con información perjudicial sin tomar una decisión voluntaria permitiendo, por ejemplo, que la policía ingrese a su domicilio e incaute material que luego pueda ser ocupado como prueba en su contra en el caso. En muchas ocasiones el poder incriminatorio de estas actividades incluso puede ser superior al de una confesión y es por eso que el legislador ha extendido el ámbito de las protecciones no sólo a la declaración del joven imputado.

⁶¹ En esta dirección me parece también apuntan los textos de Francisco Estrada y Gonzalo Berríos ya citados.

⁶² Se trata de una extensión que no es desconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado en donde se ha establecido que el derecho a no autoincriminarse también cubre situaciones tales como la producción de documentos que dispone el imputado. En el sistema internacional véase Stefan Trechsel, ob. cit. pp. 353 y 354 y en el caso de los Estados Unidos véase Joshua Dressler y Alan C. Michaels, ob. cit., pp. 276 a 280.

⁶³ Este tipo de situaciones tienen múltiples manifestaciones en el CPP, por ejemplo en el artículo 197 inciso segundo que establece la posibilidad al imputado de negarse a la realización de exámenes corporales, el artículo 203 referido a la posibilidad de negarse a escribir palabras o frases para la realización de pruebas caligráficas o el artículo 205 inciso final que permite negar la entrada y registro en lugares cerrados.

Se trata de un aspecto de la norma en estudio que no ha sido abordado sistemáticamente por parte de la doctrina nacional.⁶⁴ Con todo, es posible afirmar que la LRPA establece una protección bastante amplia ya que la presencia del defensor se exige para la realización de “cualquier diligencia investigativa” que vaya más allá de la simple identificación. El legislador ha intentado trazar una línea divisoria clara. En la medida en que la actividad investigativa ponga en riesgo al imputado se debe necesariamente contar con un defensor. En esta misma dirección se puede citar a modo ejemplar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique.⁶⁵ Se trata de un caso en que el Ministerio Público apela de un auto de apertura de juicio oral en el cual el juez de garantía excluyó como prueba para el juicio oral dos fotografías de la planta de la zapatilla del adolescente imputado al momento en que se encontraba detenido en situación de flagrancia sin la presencia de su abogado. La fiscalía justifica la legalidad de la prueba argumentando que se trata de una actividad amparada por la facultad de la policía de registrar a los detenidos y que, en todo caso, se trataría de una diligencia realizada de buena fe. La Corte rechaza la apelación ya que considera que se trata de una diligencia que va más allá de la simple identificación del imputado, por lo cual al haberse practicado sin la presencia del defensor se han vulnerado garantías y resulta una prueba obtenida en forma espuria. La Corte aplica bien la norma en estudio, pero la garantía que se identifica vulnerada es el derecho de defensa y a una investigación racional y justa.

Como ya señalaba, me parece que la norma en estudio se vincula estrechamente con la función de proteger el derecho a no autoincriminarse y las decisiones que puede tomar el imputado de colaborar en casos en que podría resultar perjudicado.⁶⁶ Por lo mismo, cuando dicha garantía fundamental no está en juego o cuando no hay presente una contribución voluntaria del imputado que pueda estar viciada por la falta de asesoría del abogado no se trata de una regla aplicable. En este contexto, existe un fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó⁶⁷ que especifica el tipo de actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público o la policía se exige la presencia del defensor. El caso se origina por un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del adolescente en contra de la sentencia condenatoria basado en diversas infracciones de la causal del artículo 373 b) del CPP, es decir, por errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En la infracción relevante para este punto, la defensa alega infracción al artículo 31 de la LRPA por haberse admitido a juicio la introducción de las prendas de vestir incautadas al joven al momento de su detención sin la presencia de su defensor que contenían ciertas manchas y que dieron origen a otra prueba derivada de la misma (fotografías y pruebas de ADN). La Corte no admite el argumento señalando que:

⁶⁴ El único texto que se refiere con alguna extensión sobre el tema es el de Gonzalo Berríos que ha sido citado previamente. Desafortunadamente se refiere a la versión previa a la reforma del artículo 31 de la LRPA por lo que sus argumentos no se aplican directamente al actual estándar normativo.

⁶⁵ Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique en causa rol n° 110-2007 de 11 de diciembre de 2007.

⁶⁶ En estos casos no se trata de la única garantía fundamental en juego ya que la obtención de un consentimiento sin asesoría del defensor para la realización de medidas intrusivas podría afectar diversos derechos fundamentales como por ejemplo la inviolabilidad del hogar, la privacidad y el derecho de propiedad.

⁶⁷ Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó en causa rol n° 307-2008 de 16 de marzo de 2009.

“...ciertamente se está refiriendo a diligencias de investigación que, sin autorización judicial, pueden ser practicadas previo consentimiento del imputado, como, por ejemplo, declaraciones voluntarias, práctica de exámenes corporales, pruebas caligráficas, entrada y registro de lugares cerrados, pues sólo en la medida que se asegura al menor imputado una correcta información de sus derechos y las consecuencias de su autorización, lo que, evidentemente se logra con la presencia de un abogado defensor, puede estimarse que su consentimiento resulta válido.

Por el contrario, tratándose de diligencias de investigación que la policía puede practicar sin mediar consentimiento del afectado, orden del fiscal o autorización judicial, como resulta ser precisamente la incautación de objetos conforme al artículo 187 del Código Procesal Penal, la presencia del abogado carece de sentido, como quiera que siempre la diligencia pueda efectuarse.

De aceptarse el predicamento del señor defensor, en orden a que siempre y para toda diligencia de investigación se requiere la presencia del defensor se llegaría a diversos absurdos lógicos y jurídicos como, por ejemplo, que aún mediando autorización judicial no podrían practicarse o dejar al arbitrio del abogado defensor la práctica de diligencias de investigación que, al mismo tiempo, son cuestiones de seguridad mínimas, como, por ejemplo y siempre dentro de lo dispuesto en el artículo 187 del Código Procesal Penal, la incautación de armas que menores detenidos en situación de flagrancia, portaren.”⁶⁸ (subrayado es mío).

Me parece que la Corte de Apelaciones de Copiapó cualifica adecuadamente los alcances de la regla del artículo 31 de la LRPA en análisis. En estos casos no existe una situación de ventaja del sistema obtenida producto de un consentimiento del adolescente, por lo mismo, la protección especial establecida en el artículo 31 de la LRPA no debiera regir. Dicho de otra forma, tal como he sostenido que la regla en estudio representa una decisión del legislador por proteger un derecho fundamental por medio de establecer exigencias altas al comportamiento de los órganos de persecución penal, no se puede vaciar de contenido a la misma y establecerla como una exigencia formal en casos en donde el derecho de fondo que se protege no se encuentre comprometido.

En conclusión, se puede apreciar que la norma en estudio cumple una función central en el reforzamiento de una de las garantías del debido proceso más relevantes tratándose de los jóvenes: su derecho a no autoincriminarse. Como se señaló al inicio de este informe, el desarrollo y madurez de los jóvenes hace que estos sean especialmente vulnerables en el ejercicio de este derecho. Es por eso que nuestro legislador ha establecido una protección fuerte al mismo extendiendo sus alcances a situaciones investigativas amplias, con lo cual ha seguido de cerca tanto las recomendaciones que provienen del derecho internacional de los derechos humanos como lo que ha sido desarrollado en países como Costa Rica, España y varios estados de los Estados Unidos de Norteamérica.

⁶⁸ Véase considerando 7°.

3.- Los Alcances del Inciso Primero del Artículo 31 de la LRPA ¿Sólo para Delitos Flagrantes o una Norma de Aplicación Amplia?

Establecido los aspectos anteriores, cabe preguntarse si la norma en análisis sólo cubre las situaciones en que el joven imputado se encuentra detenido en flagrancia o debiera ampliarse a todo tipo de situaciones en donde están en riesgo sus derechos fundamentales.

Me parece que la respuesta a esta interrogante no puede hacerse en base a consideraciones de carácter puramente formales sino que centralmente atendiendo el objetivo y finalidad de la norma en estudio y, especialmente, a la luz de las exigencias establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto, me parece que la respuesta es clara. La norma en estudio debe estar destinada a cubrir toda hipótesis en la que exista un riesgo que el derecho a no autoincriminarse de un joven imputado esté en juego. Esto se puede producir tanto como consecuencia que el joven se encuentre detenido por la policía por un delito flagrante como cuando la policía pide colaboración a un joven que tiene la calidad de imputado fuera de esta hipótesis. Recordemos que sobre este punto el sistema internacional de protección de derechos humanos no hace distinciones. Según ya he revisado, la exigencia internacional de protección del derecho a no autoincriminarse debe extenderse a todos los casos en donde dicho derecho está en riesgo. La situación de flagrancia es irrelevante para efectos de la necesidad de la protección especial en la materia. Así, un joven puede prestar una confesión tanto en el momento inicial de la detención por flagrancia, como cuando es detenido por orden judicial o incluso cuando no se encuentra detenido. En todo estos casos la protección al derecho a no autoincriminarse establece la necesidad de establecer resguardos adicionales que los que tienen los adultos.

El hecho que esta norma aparezca regulada en un artículo que en términos generales se refiera a las detenciones por flagrancia no altera esta conclusión. Sólo una lectura formal y desapegada de la lógica del sistema podría llevar a una conclusión contraria.

Me parece que la ubicación de la norma en estudio se explica debido a que nuestro legislador comprendió que es en las situaciones de privación de libertad en donde existe el mayor estado de vulnerabilidad de un joven imputado y, consecuentemente, se produce el mayor riesgo para el adecuado ejercicio de sus derechos. Es por esto que la LRPA ha puesto especial énfasis en regular dicho contexto. Además, es obviamente en los casos de flagrancia en donde la falta de una norma clara y explícita podría hacer más fácil obviar la presencia del defensor debido a las dificultades operativas e institucionales que existen para asegurar la designación y presencia del abogado en un lapso bastante breve de tiempo en los cuarteles policiales. Es por esta razón que hace sentido el que esta norma sea regulada en este contexto, de manera de establecer una exigencia muy alta que de otra forma no se cumpliría en los casos de flagrancia. Pero de ninguna forma ello significa que esto limite su aplicación sólo a dicho ámbito.

Por el contrario, fuera de los casos de flagrancia se dan habitualmente situaciones equivalentes de vulnerabilidad de los jóvenes imputados y en donde las dificultades

operativas e institucionales para designar un defensor y asegurar su presencia son mucho menores. En ese escenario no podría explicarse el porqué ese joven no contaría con los mecanismos que aseguren el adecuado ejercicio de sus derechos fundamentales cuando el riesgo es el mismo y la posibilidad de evitarlo está más a la mano para el sistema. No parece razonable que frente a riesgos igualmente serios al derecho a no autoincriminarse el sistema ofrezca mecanismos de protección menos eficaces o no ofrezca alguno del todo. Es lo que podría ocurrir, por ejemplo, en casos en donde se solicite a jóvenes que se encuentran en internación provisoria prestar declaraciones sin contar con asistencia de sus defensores. El nivel de vulnerabilidad de ese joven es equivalente al del detenido en flagrancia y, por lo mismo, no habría ninguna razón de fondo para no ofrecerle el mismo grado de protección. Incluso más, se podría pensar que en un caso concreto ese joven se encuentra en una situación de mayor riesgo debido al “ablandamiento” que podría producir una privación de libertad más extendida en el tiempo.

Junto con lo anterior, una interpretación restrictiva de la norma en análisis podría generar prácticas muy negativas para el sistema en su conjunto. Así, entender que la presencia del abogado sólo es necesaria en contextos de flagrancia constituiría un incentivo perverso a los agentes de la policía para realizar todo tipo de diligencias investigativas en la persona del joven antes de detenerlo formalmente, por ejemplo, tratándose de un joven de 14 años a quien la policía mediante engaño lo convence a que preste declaración o que consienta en la realización de medidas intrusivas de distinta naturaleza sobre sus bienes. El riesgo para los derechos de los jóvenes es evidente y serio.

Me parece que razones en esta misma lógica han llevado a que en diversas cortes de apelaciones de nuestro país se imponga la interpretación amplia de la norma en estudio. En esta dirección se pronuncia una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena recaída en una apelación de un auto de apertura de juicio oral presentada por el Ministerio Público frente a una exclusión de prueba por motivos de infracción de garantías fundamentales.⁶⁹ La Corte sostiene que la presencia del defensor exigida por el artículo 31 de la LRPA no es sólo para las detenciones en flagrancia, sino que se extiende a cualquier otra actuación en la que se requiere al adolescente tal cual lo señala su tenor literal. Desafortunadamente, la sentencia no contiene más información que permita ver el contexto concreto en el que se presentó el problema que dio origen a la apelación del Ministerio Público en el caso específico. Esto dificulta un análisis mayor de esta sentencia.

Otro caso corresponde a una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.⁷⁰ Se trata también de un caso en que el Ministerio Público interpone un recurso de apelación en contra de un auto de apertura de juicio oral en el que se excluyó del juicio, por vulneración de garantías fundamentales, un peritaje huellográfico practicado respecto del adolescente imputado que se encontraba en privación de libertad sin la presencia de su defensor. El Ministerio Público argumenta que la exclusión fue errónea ya que no se trataba de una situación de flagrancia y, por tanto, no se podía extender la regla prevista en el artículo 31 de la LRPA. La Corte confirma la decisión del juez de garantía

⁶⁹ Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena en causa rol n° 7-2008 de 25 de enero de 2008.

⁷⁰ Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa rol rol n° 282-2008 de 9 de diciembre de 2008.

señalando que la apelación no procede “...toda vez que el artículo 31 de la Ley 20.084 rige en toda circunstancia en que no se requiera al menor adolescente y no sólo en el ámbito de detención por flagrancia.”⁷¹ Al identificar la garantía afectada la Corte indica que en este caso se afectó el derecho a defensa técnica. Se trata también de un fallo escueto, pero en el que existe un intento de dar razones de fondo y no solo formales. Así, la Corte señala que para tomar esta decisión se debe tener presente la necesidad que los jóvenes de tener resguardos adicionales respecto a los adultos.⁷²

Un caso más reciente ha sido resuelto por la Corte de Apelaciones de Arica que se pronuncia en el mismo sentido que los anteriores.⁷³ También se trata de una apelación interpuesta por el Ministerio Público a un auto de apertura de juicio oral en donde se excluyó una pericia planimétrica por inobservancia de garantías producto de la no presencia del abogado defensor en la realización de la misma. Al decidir, la Corte señala que:

“...es necesario tener presente que la justicia aplicada a los menores de edad, debe contener resguardos adicionales, al tratarse de individuos en formación y deberían comparecer a los Tribunales de Justicia al menos en igualdad de condiciones que un adulto y tener la posibilidad incluso de obtener circunstancias más ventajosas”⁷⁴

Esto lleva a la Corte a rechazar la apelación y hacer aplicable el artículo 31 de la LRPA a “...cualquier otra actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad”.⁷⁵

A pesar que ninguna de estas sentencias identifica en mi opinión en forma adecuada la garantía en juego, como tampoco profundizan en los fundamentos del artículo 31 de la LRPA, ellas parecen consolidar correctamente que la exigencia de defensor no solo abarca situaciones en las que el adolescente se encuentra detenido en una situación de flagrancia sino que se extiende a toda diligencia que se realice durante la investigación. Interpretar la norma en estudio de otra forma llevaría en mi opinión a la desprotección de los jóvenes en situaciones en donde existe una seria posibilidad que sus garantías fundamentales se vean afectadas y donde existe un compromiso internacional por establecer sistemas de protección más intensos que tratándose de los adultos.

4.- La Sanción al Incumplimiento del Inciso Primero del Artículo 31 de la LRPA:

Corresponde ahora responder la segunda pregunta formulada para este informe. ¿Cuál es la sanción procesal aplicable en caso de vulneración de la norma en estudio?

⁷¹ Véase considerando 5°.

⁷² Véase considerando 7°.

⁷³ Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica en causa rol n° 211-2009 de 28 de septiembre de 2009.

⁷⁴ Véase considerando 6°.

⁷⁵ Véase considerando 7°.

Antes de avanzar en el fondo me parece necesario precisar que la respuesta a la pregunta es independiente de la postura que se sostenga respecto a la primera interrogante. La sanción que debiera aplicarse al incumplimiento de la norma en análisis debe ser la misma con prescindencia de los alcances de protección que se le otorgue a aquella.

Me parece nuevamente que la respuesta es bastante clara. Nuestro ordenamiento jurídico procesal penal ha establecido un mecanismo específico para lidiar con la información (prueba) obtenida con vulneración a las garantías fundamentales. En efecto, el artículo 276 inciso tercero del CPP establece con claridad que corresponde al juez de garantía, en la audiencia de preparación de juicio oral, excluir del juicio oral las pruebas que hubieren sido obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales.⁷⁶

Los casos de vulneración de la norma en análisis contenida en el artículo 31 de la LRPA caen paradigmáticamente dentro de esta regla. Cuando se obtiene una declaración del joven sin presencia del defensor y del fiscal se adquiere evidencia con infracción del derecho que tiene el joven a no autoincriminarse. Además, cuando se genera acceso a información gracias a su colaboración sin que ésta haya sido prestada previa asesoría del defensor, el mismo derecho fundamental se pone en juego además de otras garantías específicas dependiendo del tipo de diligencia investigativa llevada a efecto (por ejemplo intimidad, inviolabilidad del hogar, propiedad, etc.). Nuestro legislador ha señalado que la única forma de realizar actividades como la descrita es sobre la base del cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 31 de la LRPA. Si ellas no se respetan, el sistema debe sancionar el comportamiento de las agencias de persecución penal con fuerza. Esa sanción es precisamente la exclusión de la evidencia así obtenida del juicio oral.

Cabe apuntar que los dos propósitos que tradicionalmente se asignan a la regla de exclusión quedarían satisfechos en este escenario.⁷⁷ Por un lado, se sancionaría infracciones graves a derechos fundamentales (finalidad ética) y, por el otro, se establecería un entorno de incentivos claros a las agencias de persecución penal para mejorar su comportamiento en las investigaciones penales (finalidad utilitaria).

La escasa doctrina que se ha preocupado de pronunciarse sobre los efectos que debiera tener la infracción de esta regla está de acuerdo con esta solución. Así, se ha sostenido que las violaciones al artículo 31 de la LRPA debieran dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias al interrogatorio por infracción de garantías fundamentales⁷⁸ y otros han sostenido que otra consecuencia es que debiera ser excluido de un proceso en contra de un adolescente imputado cualquier

⁷⁶ Análisis más detallado de esta norma pueden verse en Héctor Hernández, *La Exclusión de la Prueba Ilícita* en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas n° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2002 y, María Francisca Zapata, *La Prueba Ilícita*, Lexis Nexis, Santiago 2004.

⁷⁷ Se trata de un objetivo ético basado en la idea que el Estado no puede legitimar una sanción que se obtiene como consecuencia de un comportamiento ilícito y otro de carácter utilitario destinado a establecer incentivos para mejorar el comportamiento policial. Muy resumidamente sobre estos objetivos, véase Patricio Zapata, *Nuevo Proceso Penal y Constitución Política*, en *Informes en Derecho* n° 1, Defensoría Penal Pública, Santiago 2003, pp. 89 a 91.

⁷⁸ Véase Francisco Estrada, *ob. cit.*, p. 193.

testimonio de oídas en el que se haga referencia a una supuesta declaración del mismo en sede policial sin cumplimiento de las condiciones analizadas previamente.⁷⁹

Un análisis de la jurisprudencia de diversas cortes de apelaciones del país en la materia también ratifica que se trata de una solución compartida. En general, las sentencias de las cortes validan la decisión de los jueces de garantía de establecer como sanción al incumplimiento de la presencia del defensor la exclusión de la prueba obtenida por considerar que ha sido producida con vulneración de garantías del imputado.

Así, por ejemplo, ya he citado los casos de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de 11 de diciembre de 2007 en causa rol n° 110-2007, de la Corte de Apelaciones Copiapó de 16 de marzo de 2009 en causa rol n° 307-2008, de la Corte de Apelaciones de La Serena de 25 de enero de 2008 en causa rol n° 7-2008, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 9 de diciembre de 2008 en causa rol n° 282-2008 y de la Corte de Apelaciones de Arica de 28 de septiembre de 2009 rol n° 211-2009. A ellas se agregan las sentencias de la Corte de Apelaciones de Copiapó de 8 de mayo de 2009 en causa rol n° 77-2009 y del 12 de marzo de 2010 en causa rol n° 52-2010, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 29 de febrero de 2008 en causa rol n° 28-2008 y de la Corte de Apelaciones de La Serena 25 de enero de 2008 en causa rol n° 7-2008. Se trata de fallos de cinco cortes de apelaciones que reiteradamente han rechazado recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público en contra de autos de apertura del juicio oral en donde los jueces de garantía han utilizado el inciso tercero del artículo 276 del CPP para excluir prueba obtenida con infracción del artículo 31 de la LRPA.

Incluso también existe jurisprudencia desarrollada por tribunales orales en la misma dirección en casos en que la prueba no pudo ser excluida oportunamente.⁸⁰

Establecido que la sanción que corresponde en estos casos es la exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales, me parece importante recalcar que al hacer aplicable esta norma también se hacen utilizables en estos casos las excepciones que han sido admitidas como legítimas a la exclusión. En consecuencia, si hay una infracción al artículo 31 de la LRPA en principio lo que corresponde es la exclusión de la evidencia obtenida debido a que se está en una situación de infracción de garantías, a menos que se demuestre por quien se opone a la exclusión que se está en una hipótesis de excepción que es o ha sido válidamente admitida en nuestro sistema legal.⁸¹

⁷⁹ Véase Gonzalo Berríos, ob. cit., p. 155.

⁸⁰ Véase como ejemplo sentencia en causa rit 67-2009 de 29 de marzo de 2009 dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso.

⁸¹ No es el propósito de este informe adentrarse en cuáles son estos casos de excepción. Con todo, me interesa destacar que este es un tema que tendrá que ser resuelto en definitiva por la jurisprudencia en nuestro país ya que nuestra legislación procesal penal no regula reglas específicas sobre la materia. La Corte Suprema ya ha comenzado ese trabajo admitiendo una de las excepciones más comunes el derecho comparado como lo es la de la “doctrina de la fuente independiente”. Véase Sentencias de la Corte Suprema de 11 de diciembre de 2007 en causa rol n° 5435-2007 y de 28 de julio de 2008 en causa rol n° 2521-2008. Acerca de las excepciones desarrolladas en el derecho comparado pueden verse los textos de Zapata y Hernández ya citados.

Un caso de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que ya he citado permite graficar el punto en análisis.⁸² La Corte conoce de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de un auto de apertura de juicio oral por el cual se excluyó por vulneración de garantías la declaración parcial de un Carabinero que incluía información de una supuesta declaración voluntaria que el joven imputado habría prestado al momento de practicar su detención y registro. El Ministerio Público argumenta que no se trata de una diligencia de investigación policial realizada sin la presencia del defensor, sino lo que podría identificarse como un “descubrimiento casual”, lo que constituiría una suerte de excepción a la exclusión por inobservancia de garantías. La Defensa argumenta, por su parte, la infracción al artículo 31 de la LRPA, lo que justificaría la decisión del auto de apertura de juicio oral impugnado por el Ministerio Público. La Corte rechaza la apelación invocando el artículo 31 de la LRPA señalando:

“...que efectivamente la declaración de un adolescente incorporada al procedimiento penal, a través de la declaración de un funcionario policial, adolece de nulidad, como fuera declarado por el juez de la instancia, ya que vulnera su derecho a la defensa técnica, tanto o más imprescindible tratándose de un adolescente de quince años...”⁸³

Me parece correcta la decisión de la Corte ya que en el caso concreto no parecieran ser claros los antecedentes invocados que justificaban el “descubrimiento casual” más allá de las propias afirmaciones de la policía. En ese escenario dar pie a una excepción poco clara hubiera sido un error. Con todo, se echa de menos que la Corte se haga cargo en forma más sistemática del argumento de la fiscalía en relación a la posible excepción que representaría un caso de este tipo. La Corte, en cambio, parece sostener un criterio absoluto de exclusión a todo evento de la declaración del imputado frente a la policía sin entrar a las peculiaridades del caso concreto. Esto, como he sostenido, me parece equivocado.

⁸² Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 29 de febrero de 2008 en causa rol n° 28-2008.

⁸³ Véase considerando 6°.