

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0034-7914
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de noviembre de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

Director:

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año X | Número 11 | Diciembre 2020

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECTOR

Eugenio Raúl Zaffaroni

ÁREA PROCESAL

Miguel Á. Almeyra

COORDINADORES

Matías Bailone

Gabriel Ignacio Anitua

EDITOR RESPONSABLE

Francisco J. Crocioni

COMITÉ ACADÉMICO

Eduardo Aguirre Obarrio (Argentina, 1923-2011)

Carlos Julio Lascano (Argentina)

Lola Aniyar de Castro (Venezuela, 1937-2015)

Luis Arroyo Zapatero (España)

David Baigún (Argentina, 1926-2015)

Nilo Batista (Brasil)

Roberto Bergalli (Argentina, 1936- 2020)

Jorge de la Rúa (Argentina, 1942-2015)

Edgardo Alberto Donna (Argentina)

Luigi Ferrajoli (Italia)

José Luis Guzmán Dalbora (Chile)

Julio B. J. Maier (Argentina, 1939-2020)

Sergio Moccia (Italia)

Francisco Muñoz Conde (España)

Esteban Righi (Argentina, 1938-2019)

Gladys Romero (Argentina, 1933-2014)

Norberto Spolansky (Argentina, 1939-2018)

Juarez Tavares (Brasil)

John Vervaele (Holanda)

José Sáez Capel (España)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Gabriel Ignacio Anitúa

María Laura Böhm

José Ángel Brandariz García

Leonardo Brond

Javier de Luca

Rubén E. Figari

Mariano Gutiérrez

Manuel Maroto Calatayud

Juliana Oliva

Jorge Paladines Rodríguez

Marcela Paura

Jonathan Polansky

Rodrigo M. Raskovsky

Marcelo Riquert

Cristina Sánchez Henríquez

Máximo Sozzo

Valeria Vegh Weis

Myrna Villegas Díaz

Diego Zysman Quirós

Facundo Maggio

Solange Capuya

Sofía Lanzilotta

Marcos Frezzini

Luciano Bianchi

Gustavo Aboso

María Pilar Marco Francia

Gabriela Gусis

Nadia Espina

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

IN MEMORIAM

Mario Juliano, el maratonista de las causas justas <i>Nicolás Laino</i>	3
La relación de los reformadores y las reformadoras con la sociedad <i>Mario Alberto Juliano</i>	6

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Coronavirus: entre la prevención y el ciberpatrullaje <i>Marcelo A. Riquert</i>	15
O fornecimento de material genético frente à lei 13.964/2019, “a lei anticrime do Brasil”: Apresentação <i>Fernando Antônio C. Alves de Souza - Mateus Rafael de Sousa Nunes - Regina Lúcia Alves Carneiro</i>	31
La discriminación y el derecho penal <i>Manuel Jorge Carreón Perea</i>	37

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

El veredicto del jurado popular: análisis epistemológico <i>María Noelia Fernández</i>	51
---	----

Registro de sistemas informáticos y los hallazgos casuales en el nuevo Código Procesal Penal Federal <i>Emilio Porras Hernández</i>	63
Tensiones entre la gestión y la jurisdicción penal: necesidad de un trabajo coordinado y eficaz <i>Román P. Lanzón</i>	76
Un análisis de la ley del arrepentido a la luz de la garantía de imparcialidad del juzgador <i>Ramiro Lucini</i>	86
Dan más balas de las que reciben: uso de la fuerza letal en la Venezuela pos-Chávez <i>Keymer Ávila</i>	93
El Poder Judicial en tiempos de COVID-19: el desafío de las audiencias virtuales <i>Sergio A. Paduczak - Alfonso Martel</i>	114
La necesidad de un jurado bifurcado en diversidad de género y de nacionalidad. <i>Recuperadores</i> en Roma, jurado de <i>medietate inguae</i> en Inglaterra y Estados Unidos y el jurado indígena en Argentina <i>Hiroshi Fukurai - Andrés Harfuch</i>	125

NOTA A FALLO

USO DE TECNOLOGÍA EN LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS	
Utilización de un dron para visualizar plantas de <i>cannabis sativa</i> en el patio de una vivienda. Gran cercanía al objeto captado. Exclusión probatoria. Derecho a la intimidad.....	137
El empleo de VANT/drones en investigaciones penales <i>Hugo A. Vaninetti</i>	139
DELITOS CONTRA LAS PERSONAS	
Homicidio. Generalidades. Proyectil extraído el cuerpo de la víctima. Existencia de pericias contradictorias. Necesidad de esclarecimiento. Comunidades indígenas.....	148
El enemigo interno. La tensa relación entre los pueblos originarios y el Estado nacional <i>Maximiliano Bagnat</i>	166

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

Estado actual de la reforma de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Chile <i>Francisco Estrada Vásquez</i>	175
---	-----

NOTA A FALLO

UNIFICACIÓN DE PROCESOS	
Identidad de medios de prueba y de identidades. Derechos de la víctima. Procedencia.....	193
El juzgamiento conjunto de menores y mayores en la justicia penal de la provincia de Buenos Aires <i>Matías Malbernat</i>	196

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

Nuevos desafíos para el sistema interamericano: cárcel y pandemia, ¿continuidades o rupturas? <i>Romina Magnano</i>	209
--	-----

NOTA A FALLO

LIBERTAD CONDICIONAL

Libertad condicional. Cumplimiento del requisito temporal previsto por el art. 13 del Cód. Penal. Opinión positiva por parte del Consejo Correccional. Posibilidad de continuar extramuros con el Tratamiento para Agresores de Violencia de Género. Procedencia	223
La libertad condicional y su importancia en la reinserción del condenado <i>Melisa A. Jarque</i>	227

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Cuando el temor merodea: control social y administración local del miedo <i>Fernando Tenorio Tagle</i>	235
---	-----

ACTUALIDAD

DOCTRINA

Vulnerabilidad y aislamiento: una mirada desde el derecho de la infancia <i>María José Lescano</i>	245
---	-----

ACTUALIDAD NORMATIVA

ACORDADA 29.363/2019 (SCJ)

Prohibición del uso de la terminología "pornografía infantil" en el ámbito del Poder Judicial, sustituyéndola por los términos "material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes (MASNNA)" y "material de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (MESNNA)" en todos los escritos y/o actuaciones judiciales.....	261
Ecós de una decisión judicial mendocina <i>Roberto Falcone (h.) - Lucrecia M. Bustos</i>	264

Estado actual de la reforma de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Chile

Francisco Estrada Vásquez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Principales cambios.— III. Ausencias en la reforma.

I. Introducción

El presente documento procura aportar al debate sobre un aspecto específico de una de las reformas en infancia en curso, la que crea un nuevo Nacional de Reinserción Social Juvenil (Boletín nro. 11.174-07) y que incluye en una de sus partes, el art. 56 —quizá la más relevante en cantidad de artículos y en sustancia normativa— una serie de modificaciones significativas a la ley 20.084. Se trabaja sobre el texto del proyecto aprobado en el Senado a fines de enero de 2020. El proyecto se encuentra actualmente en su segundo trámite constitucional, en discusión en la Comisión de Constitución y Legislación de la H. Cámara de Diputados.

En las líneas que siguen, básicamente, se presentarán los contenidos principales de la principal reforma a la ley 20.084.

Este proyecto se inserta en el proceso de reforma legislativa en que se embarcó el anterior gobierno y que se expresó en 6 proyectos de ley en simultánea tramitación legislativa en diversas etapas y comisiones, dos de los cuales ya terminaron su debate legislativo (1).

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile y magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia por la Universidad Diego Portales. Ex director nacional de SENAME. Actual litigante en derechos del niño, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile y director ejecutivo de la corporación INFAJUS.

(1) Están pendientes: Proyecto que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez (Boletín nro. 10.315-18), el proyecto que crea el Servicio Nacional

El proyecto, en verdad, posee un doble contenido. Por cierto, el primero es el que aparece en el título y que lo hermana con su proyecto gemelo, el que crea el Servicio Nacional de Protección (2). Este proyecto está próximo a concluir (3) y existen fundadas razones para preocuparse por el resultado (4).

Pero hay también un segundo componente, más significativo en extensión y sustancia. Se trata de la parte que reforma la actual ley de responsabilidad penal adolescente.

La ley 20.084 (en adelante, LRPA) ha sido modificada en tres oportunidades:

La primera, por la ley 20.110, de 1 de junio de 2006, que junto con ampliar su entrada en vigencia creó una comisión de expertos para monitorear la fase de implementación.

La segunda, por la ley 20.191, de 2 de junio de 2007, que, junto con corregir algunos errores, endureció el sistema de punición al eliminar —por

de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia, y modifica normas legales que indica (Boletín nro. 12.027-07) y el proyecto ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile (Boletín nro. 9119-18).

(2) Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia, y modifica normas legales que indica, Boletín nro. 12.027-07.

(3) El 3 de junio el Senado aprobó la proposición de la Comisión Mixta. Oficio nro. 203/SEC/20.

(4) Ilustrativa de esta preocupación es la columna publicada por profesores y jueces de familia. Ver <https://ciperchile.cl/2020/06/02/hoy-termina-el-sename-o-solo-cambia-el-nombre/>

indicación introducida por los senadores Larraín y Gómez— la alternativa de régimen semicerrado en el tramo superior del art. 23 y modificar el sistema de penas mixtas. Fue objeto de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional (5), el que la declaró constitucional.

La tercera, por la ley 20.526, de 13 de agosto de 2011, que sustituyó algunas normas en el art. 4º sobre delitos sexuales contra menores de edad.

Es decir, en sus quince años de vigencia, la presente es la mayor reforma a sus regulaciones.

Sin entrar a un análisis de la LRPA, puede ser oportuno recordar que es una ley compleja por varias razones, pero una de ellas, de carácter normativo, es que regula aspectos penales, procesales y de ejecución. Conviene tener en cuenta esta cuestión para efectos del análisis de las modificaciones que se pretenden introducir. De hecho, el orden del documento agrupa las modificaciones según estas áreas.

Para finalizar esta introducción, conviene soportar que, en el conjunto de la frondosa agenda legislativa gubernamental, sostenida por dos administraciones de signos políticos diversos, este es el único proyecto que cuenta con

(5) Cuya redacción fue de mi responsabilidad bajo la dirección del diputado Juan Bustos y los alegatos fueron del abogado Rodrigo Quintana, ex Defensor Nacional, por el requerimiento y del senador Hernán Larraín en su contra. Es relevante anotar que en este fallo el Tribunal Constitucional modificó su posición sobre la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos. En palabras del profesor Nogueira: “Este fallo del Tribunal Constitucional constituye una sentencia inauguradora de una línea jurisprudencial diferente a la sostenida tradicionalmente por el Tribunal, la cual constituye un cambio de enfoque metodológico significativo respecto del fallo respecto del Tribunal Penal Internacional, en la medida que se parte de los derechos contenidos (el haz de atributos y facultades inherentes a la persona) y asegurados por la fuente formal de derecho internacional que es la Convención sobre Derechos del Niño y no se razona únicamente con base en el tratado en cuanto fuente normonológica”. NOGUEIRA, Humberto, “Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia Rol nro. 786-2007 del Tribunal Constitucional”, Estudios Constitucionales, año 5, nro. 2, 2007, p. 466.

un conjunto de estudios, de distinta índole, que le sirven de fundamento, financiados íntegramente por el Ejecutivo. Además de estos, existen un conjunto de investigaciones y publicaciones que en los últimos años han dado cuenta del funcionamiento del sistema (6).

II. Principales cambios

II.1. *Ámbito penal*

II.1.a. Modificación de sanciones

II.1.a.i. Sustitución del sistema semicerrado por libertad asistida con reclusión parcial. Lo que tiene impacto tanto sobre el art. 16, sobre el sistema de determinación del art. 23 sobre condiciones en el art. 43 y respecto del quebrantamiento, según las nuevas reglas del art. 52.

Sobre este punto, la representante del Ejecutivo, abogada Macarena Cortés, expresó en la Comisión de Constitución del Senado:

“[R]econoció que una de las mayores críticas que se han formulado al sistema se vincula con el internamiento en régimen semi cerrado, dado su insuficiente aplicación y cumplimiento para jóvenes que viven en zonas lejanas al lugar en que se sitúa el centro respectivo y las dificultades relacionadas con el contenido y desarrollo de la intervención. Esto último, por cuanto no se trata únicamente de una medida de reclusión nocturna, como en el caso de los adultos, sino que abarca un programa de intervención que lleva aparejado el hecho de que los jóvenes pernecten en el centro de internación. Así las cosas, acotó que una de las modificaciones más relevantes que promueve la iniciativa legal que ocupa a la Comisión es que el régimen semi cerrado pasará a denominarse libertad asistida especial con reclusión parcial, porque pone el énfasis en el programa de intervención. Además, se diversificará territorialmente la implementación de los centros, para que se emplacen a nivel provincial” (7).

(6) Un listado 2015-2018 en ESTRADA, F., “Bibliografía reciente sobre justicia juvenil en Chile (2015-2018)”, en <http://justiciapenaladolescente.blogspot.com/2019/04/estrada-2019-bibliografia-reciente.html>

(7) “2º Informe de la Comisión de Constitución del Senado”, p. 46. Disponible en: <https://bit.ly/3h8Yloj>.

II.1.a.ii. Eliminación de la multa.

II.1.a.iii. Incorporación de las medidas accesorias de la ley 20.066 (de violencia intrafamiliar) y de la prohibición de asistir a espectáculos de fútbol profesional y a sus inmediaciones.

II.1.a.iv. Modificación a la amonestación, la que no se podrá en caso alguno imponer en más de dos ocasiones a un mismo adolescente, salvo que haya transcurrido un tiempo prolongado desde la última infracción o si la naturaleza del delito hiciera razonable imponer nuevamente esta misma sanción.

II.1.a.v. Fijación de tiempos mínimos y máximos de diversas penas:

a. Se determina un tiempo mínimo de duración de la sanción de libertad asistida, simple y especial, de 6 meses y uno máximo, de 18 meses.

b. Respecto de la sanción de internación en régimen cerrado se establece un tiempo mínimo de duración de 1 año.

c. Para la pena de libertad asistida especial con reclusión parcial se establece un tiempo mínimo de duración de 6 meses y un máximo de 5 años.

d. Para las sanciones accesorias —medidas las llama el legislador— de la ley 20.066 se fija —en el art. 25 bis— una duración mínima de 6 meses y una máxima de 2 años.

e. Para las sanciones accesorias de la ley 19.0327 se fija —en el art. 25 bis— una duración mínima de 6 meses y una máxima de 4 años.

II.1.b. Cambios en las reglas de determinación de pena

II.1.b.i. Se mejora la técnica legislativa de envío al Código Penal al precisarse los artículos que deben ingresara a la consideración del jurisdicente, luego de rebajar en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que se trate. Se refiere a “las reglas previstas en los arts. 50 a 78 del Cód. Penal que resulten aplicables, con excepción de lo dispuesto en el art.

69 de dicho Código. No se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales incluyendo al art. 351 del Cód. Proc. Penal”.

Esta reforma se hace cargo de numerosas discusiones en la jurisprudencia sobre este punto.

II.1.b.ii. Se modifica el listado de criterios del art. 24 que queda del siguiente modo:

“La naturaleza y la extensión de la pena a imponer se orientará por los objetivos señalados en el art. 20 y se determinará considerando exclusivamente los siguientes criterios, debiendo, en cualquier caso, darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el art. 63 del Cód. Penal:

1. La gravedad del delito o delitos cometidos, considerando especialmente:

a. El bien jurídico protegido y la modalidad acogida para su afectación.

b. El empleo de la violencia física o de enajenamiento y la naturaleza y entidad de ellas.

c. La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas.

d. La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.

2. Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo.

3. La edad y el desarrollo psicosocial del condenado.

4. El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particularmente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados”.

Le impone al tribunal, en el inciso final, el deber de fundamentación de la siguiente manera:

“El tribunal deberá especificar y fundamentar en el fallo la forma como ha procedido a la fijación de la pena a partir de los criterios señalados indicando los hechos que los respaldan”.

La técnica del listado de criterios es una herramienta valiosa de técnica legislativa que colabora en la estructuración del proceso de toma de decisiones facilitando su adecuación a los valores que orientan la decisión y el control de la fundamentación. En este caso el valor es la individualización de la sanción. Un listado demasiado amplio no ayuda al sentenciador pues deviene en abrumador. Lo que termina ocurriendo es que el fallo emplea una fórmula genérica y vaga del tipo “considerados los criterios” sin ofrecer detalles y entonces el listado pierde su sentido. Algo de eso ha ocurrido con el listado de 10 criterios del art. 225-2 del Cód. Civil para determinar el cuidado personal de un niño o niña.

II.1.b.iii. Regula, en el mismo art. 24 —que queda bastante sobrecargado y hace necesario se introduzca una mejora para diferenciar su articulado— la determinación de penas ante reiteración de delitos del siguiente modo:

“Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave debiendo, alternativamente, ampliar su extensión o imponer una más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes. En cualquier caso, la pena aplicable será impuesta con una mayor extensión o será sustituida por una más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, respecto de quienes cometieren un crimen habiendo sido sancionado previamente por otro”.

“Las respectivas penas no se impondrán en caso alguno con una extensión inferior o superior a la prevista en los arts. 9º, 11, 13, 14 o 18, respectivamente. Tratándose de las sanciones privativas de libertad estas tampoco se podrán imponer con una extensión inferior o superior a la de la pena resultante de la aplicación del art. 21, a no ser que supere los límites mínimos o máximos previstos para cada caso en la pre-

sente ley. En este último caso el límite se ajustará a aquellos”.

II.1.b.iv. Se mejora, en el art. 25, la posibilidad de imponer penas simultáneas:

“[S]olo en las situaciones regladas en los numerales 3 y 4 del art. 23, el tribunal podrá imponer conjuntamente dos de las penas que las mismas reglas señalan, siempre que la naturaleza de estas permita su cumplimiento simultáneo”.

II.1.b.v. Se regula de mejor manera la determinación de sanciones accesorias:

“Art. 25 bis.— Determinación de las sanciones accesorias. El comiso de los objetos, documentos e instrumentos del delito se impondrá en todas las condenas. La prohibición de conducir vehículos motorizados se impondrá en todo caso en que concurren los presupuestos descritos en el inciso primero del art. 12 de la presente ley, con una extensión mínima de 6 meses y máxima de 4 años”.

Especial atención habrá que tener con la imposición de penas de la ley de violencia intrafamiliar

“Las medidas accesorias previstas en el art. 9º de la ley 20.066, que establece Ley de Violencia Intrafamiliar, se impondrán en los casos y formas que las justifican conforme a las reglas generales, a excepción de las previstas en las letras a) y b) cuando el condenado y la víctima compartieren domicilio, residencia o lugar de estudio o trabajo y el primero fuese menor de edad. Estas últimas solo se podrán imponer en dicho caso, en situaciones extremadamente calificadas, debiendo fundarse en antecedentes objetivos y específicos de los que se deberá dar cuenta de forma detallada en la sentencia debiendo además adoptarse los resguardos que garanticen que el condenado no quedará privado de condiciones mínimas para su desarrollo”.

Sobre las sanciones accesorias a la ley 19.327 se dispone que hay que recurrir al sistema de la misma ley sin añadidos desde LRPA, lo que parece poco sensible a las especificidades de la etapa adolescente del desarrollo.

II.1.b.vi. Se regula, en el art. 25 ter, el concurso de la siguiente forma:

“Concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos. Si un mismo proceso se debiera imponer condena por delitos cometidos siendo menor y mayor de dieciocho años de edad se impondrá exclusivamente la pena aplicable a estos últimos. Se exceptúa el caso en que fuere más grave el delito cometido siendo menor de edad, en cuyo caso la pena aplicable a las diversas infracciones se impondrá de conformidad a las reglas previstas en el presente título. A los efectos de este artículo y del siguiente se considerará más grave el delito o conjunto de ellos que tuviere asignada en la ley una mayor pena de conformidad con las reglas generales. No obstante, el tribunal también podrá calificar su mayor gravedad teniendo en cuenta la naturaleza y extensión o cuantía de la sanción comparativa que fuere aplicable en concreto en uno y otro caso.

Lo dispuesto en el inciso primero también se aplicará si la ejecución del delito se iniciare antes del cumplimiento de la mayoría de edad y terminare luego que esta se hubiere alcanzado”.

Aquí se castiga muy severamente la reiteración sin ningún distingo. Quizá podría valorarse, priorizando la pena de la LRPA, si se trata de un joven primerizo o de un delito de baja penalidad, o simplemente dejándole al tribunal esa decisión, considerando para esto el informe técnico.

II.1.b.vii. Se establecen reglas para la unificación de condenas, una cuestión muy reclamada por la judicatura en cursos y seminarios, en el art. 25 *quater*:

“Si con posterioridad a la acusación o requerimiento o durante la ejecución de una sanción prevista en esta ley, el responsable fuere condenado por la comisión de un delito diverso al que la justifica, el tribunal que deba sancionarlo procederá a regular la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos en caso de que hubieren sido juzgados conjuntamente de conformidad con lo dispuesto en las demás reglas del presente título. En dicho caso el tiempo de ejecución que se hubiere satisfecho será abonado a la nueva

condena, salvo que se trate de las penas previstas en las letras e) o f) del art. 6°.

Lo dispuesto precedentemente no tendrá lugar tratándose de la comisión de uno o más simples delitos de menor gravedad respecto de aquellos que fundan la condena en curso de ejecución. En dicho caso se aplicará lo dispuesto en el art. 52, considerando los hechos, a estos efectos, como un quebrantamiento de condena.

Lo dispuesto el inciso precedente también tendrá lugar respecto de todos aquellos que ya se encontraren cumpliendo una condena por el máximo de las penas que autoriza la ley para la sanción de los delitos de que se trate. Se exceptúa de esta regla el caso en que el condenado cumpliera una pena de internamiento en régimen cerrado por el máximo que autoriza la ley, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el inciso primero. Si en dicho caso el resultado fuese equivalente se podrá aumentar la extensión del internamiento hasta por un periodo de tres años adicionales.

A estos efectos no tendrá lugar lo dispuesto en el art. 164 del Cód. Orgánico de Tribunales”.

II.1.b.viii. Por otra parte, se fijan reglas para la unificación de condenas de diversos regímenes, en el art. 25 quinqués:

“Lo dispuesto en el artículo anterior también se aplicará si el nuevo delito ha sido cometido siendo el condenado mayor de 18 años, a menos que se trate de un delito de mayor gravedad o que deba recibir una sanción superior. En dicho caso tendrá lugar lo dispuesto en el art. 25 ter, extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución”.

II.1.b.ix. Finalmente, en lo que concierne a la determinación de la pena, se mejora la redacción de la regla del art. 26, de límites a la imposición de sanciones, añadiendo claridad a la comparación, cuestión que había sido también discutida en la jurisprudencia y la doctrina:

“En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto que hipotéticamente hubiese sido condenado por un he-

cho análogo en equivalentes circunstancias no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza ni se podrá imponer una pena, de cualquier clase, cuya naturaleza o extensión fuere superior a aquella.

A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo se considerará lo dispuesto en la ley 18.216.

En caso alguno se podrá disponer el cumplimiento de sanciones que individual o copulativamente supongan una condena que supere los límites máximos previstos en los arts. 9º, 11, 13, 14 o 18”.

II.2. Ámbito procesal penal

II.2.a. Modificaciones procesales

II.2.a.i. Se elimina, en el art. 27, la posibilidad de monitorio.

II.2.a.ii. Se regula la procedencia del abreviado respecto de adolescentes, señalando que no procede si la pena solicitada sea internamiento en régimen cerrado con una duración superior a los 5. También podrá solicitarse una sanción mixta en la medida que se ajuste al plazo antes señalado.

II.2.a.iii. Se establece, en el art. 27 bis, la necesidad de consentimiento informado para la validez del consentimiento del adolescente cuando sea necesario para acceder a un determinado procedimiento, suspenderlo o ponerle término, o que se requiera para efectos de la aplicación de la cooperación eficaz contemplada en el art. 36 bis de esta ley.

Para estos casos, se impone al juez el deber de cerciorarse, antes de resolver, de que el adolescente “ha conversado con el defensor privadamente; y que ha sido adecuadamente informado de sus derechos y de las implicancias procesales que conllevan dichas decisiones”.

En particular, en el caso del procedimiento abreviado, cuyo uso aparecía problemático en varios estudios, se exige que se verifique en particular si el adolescente comprende la renuncia a su derecho a un juicio oral y las po-

sibilidades de ser condenado o absuelto. Se le pide al juez “usar un lenguaje comprensible acorde a la madurez y desarrollo del adolescente”.

II.2.a.iv. El nuevo art. 32 bis regula una institución que funciona, en la práctica, desde antes de la LRPA, desde los comienzos del nuevo proceso penal, cual es el ingreso de adolescentes como medida cautelar ambulatoria a programas ambulatorios de SENAME: En un comienzo eran los PIA (Programa de Intervención Ambulatoria), antecesores de los actuales PLA (Programas de Libertad Asistida). Hoy son los Programas de Medidas Cautelares Ambulatorias (MCA), que ahora cuentan con una función legalmente explicitada: “[S]upervisar el cumplimiento de las obligaciones que impone el proceso mediante acciones de control, monitoreo y orientación. Deberán asimismo coordinar la atención de las necesidades sociales, psicológicas, educativas, de salud y de orientación judicial del adolescente imputado mediante acciones de derivación asistida. Finalmente, deberán también informar al tribunal sobre el curso y desarrollo de la medida con la periodicidad que este determine”.

II.2.a.v. El art. 32 ter. regula las cautelares de leyes especiales. Se permitirá aplicar las medidas accesorias del art. 9º de la ley 20.066 como cautelares, conforme a las reglas generales, debiendo en cualquier caso considerarse los criterios de aplicación del inc. 2º del art. 25 bis. Estas cautelares son:

a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.

b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que esta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.

c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respecti-

vo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.

d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.

e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.

Asimismo, se permitirá imponer la cautelar de prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones también se podrá imponer como medida cautelar de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 19.327

II.2.a.vi. Cooperación eficaz. En una curiosa decisión, el nuevo art. 36 bis hace aplicable la figura de “cooperación eficaz” contenida en el art. 22 de la ley 20.000.

Es difícil imaginar la viabilidad de esta norma conociendo algunos rasgos propios de la subcultura juvenil popular, donde la lealtad al grupo es un valor en alta estima y, por lo mismo, donde la traición se paga muy alto al interior de los centros penales.

II.2.a.vii. Instalación de la cesura del debate.

Se reforma el art. 40 de modo que, en todo juicio, oral, simplificado o abreviado, la audiencia de determinación de la pena, estatuida en el art. 343 inciso final del Cód. Proc. Penal, deberá siempre llevarse a cabo en caso de dictarse veredicto condenatorio, y en este caso el tribunal puede diferir la determinación de la pena y la redacción y lectura del fallo hasta por un máximo de 2 días adicionales. Puede ampliarse incluso hasta a un máximo de 8 días si se requiere un informe técnico. Este plazo resulta insuficiente y puede generar problemas de aplazamiento por no contarse con el IT.

Se puede, asimismo, requerir la presencia de quienes hubieren intervenido en su preparación en calidad de peritos —aunque el IT no es pericia— o solicitar la actualización de un informe evacuado en el curso del procedimiento,

sea de oficio o a petición de alguna de las partes.

“En todo caso el tribunal requerirá la información actualizada de los centros y programas vigentes, su cobertura y disponibilidad.

II.2.a.viii. Aprobación del plan de intervención.

Art. 40 bis.— Plan de intervención. La ejecución de las condenas impuestas quedará sujeta a la aprobación judicial de un plan de intervención, estructurado a partir de las reglas técnicas que al efecto determine el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, y que deberá tener lugar en un máximo de 15 días desde la fecha en que se comunica la sentencia conforme lo dispuesto en el art. 468 del Cód. Proc. Penal. Dicha comunicación se hará en audiencia ante el Tribunal encargado de la ejecución de la sentencia, siendo obligatoria la presencia del condenado.

El plan de intervención deberá responder al diagnóstico sociocriminológico del adolescente condenado debiendo precisar los objetivos, los indicadores de logro de dichos objetivos, las áreas de intervención conforme a lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16 y 17 de la presente ley y las actividades a desarrollar por parte del equipo técnico encargado de su ejecución. Asimismo, fijará los plazos para la evaluación de dicha ejecución.

II.2.a.ix. Regulación del régimen de internación provisoria.

Art. 44 bis. Régimen en internación provisoria. La internación provisoria se ejecutará en términos compatibles con la presunción de inocencia de la que goza el adolescente imputado.

Lo dispuesto en el inciso precedente en caso alguno será considerado un obstáculo para la organización de un régimen cotidiano de actividades que favorezcan el desarrollo de hábitos que posibiliten una convivencia respetuosa de los derechos de los demás; la atención en problemas de salud, la participación en actividades educativas, de nivelación o reforzamiento escolar, deportivas o de apresto laboral y el contacto permanente con la familia.

Se deberán considerar, además, acciones que orienten o preparen al adolescente para el cumplimiento de las obligaciones que le impone el proceso y su preparación para el egreso, cuando corresponda.

II.2.b. Fortalecimiento de la especialidad

II.2.b.i. La falta de especialidad del sistema es quizá un rasgo presente en todos los estudios sobre funcionamiento del sistema de justicia juvenil chileno.

Es parte de los fundamentos que el Ejecutivo entrega en el Congreso al presentar este proyecto. El subsecretario de Justicia J. Ossa indicó:

“Las principales deficiencias que se han advertido se vinculan con la falta de especialización de quienes intervienen en el ámbito de la responsabilidad penal adolescente; dificultades procedimentales, cuestionamiento de las sanciones, y la evidente precariedad institucional del Servicio Nacional de Menores.

“En consecuencia, razonó, lo que propone el proyecto de ley es un verdadero cambio de los paradigmas en vigor, no solo en lo referido a la nueva institucionalidad propuesta, sino que también en aquello que se relaciona con los procedimientos de cumplimiento y progresión de las sanciones, los recursos humanos y su especialización, el nivel de fiscalización de los actores intervinientes en el nuevo sistema y la uniformidad necesaria en lo concerniente a la información disponible” (8).

Es necesario hacer presente la posición de la Corte Suprema, desfavorable a una especialización orgánica con argumentos muy discutibles. Señalan: “[S]e agregó que los jueces se encuentran en perfectas condiciones de resolver toda clase de asuntos,” lo que, como dijimos, no se condice con la abundante evidencia y con afirmaciones de jueces de primera instancia. Hay una suerte de defensa corporativa (“lo estamos haciendo muy bien”) fuera de lugar en un informe sobre un proyecto de ley, en que no se les está atacando y en

que los problemas de formación son más bien sistémicos, no de exclusiva o principal responsabilidad de la judicatura. El informe de la Excm. Corte Suprema sostiene, además, que los tribunales especializados se oponen a los “principios de independencia e imparcialidad, debilitan el equilibrio que debe existir entre los poderes del Estado y atomizan la actividad jurisdiccional” pero no entrega razones para esa radical inconsistencia más allá de afirmar que el entregarle al Poder Judicial “la facultad de conocer y resolver los conflictos jurídicos, esta debe necesariamente ir acompañada de unidad jurisdiccional”. Pero, nuevamente, nada se dice acerca de las razones que fundan esa afirmación. Esa posición es muy débil si observamos que una de las razones para crear la justicia de familia era, justamente, contar con una justicia especializada, sin que nunca, en toda la larga tramitación de la Ley de Tribunales de Familia (de 1998 a 2004) jamás nadie del poder Judicial indicase que esto debilitaba el ejercicio de la jurisdicción. Es más, algún ministro de la Corte Suprema ha afirmado, respecto al Centro de Medidas Cautelares, la idea de proponerle al Ejecutivo un proyecto de ley para definirlo como un tribunal especializado en protección. Además, se sostiene: “[E]n el derecho comparado, los tribunales especiales solo se aceptan en forma excepcional”, lo que se aleja de la experiencia de los *juvenile courts* de numerosos estados estadounidenses, los juzgados de violencia sobre la mujer de España (9), o de los juzgados de violencia doméstica de Costa Rica.

Así, aunque al comienzo de la tramitación se pensaba en juzgados especiales, la redacción actual del art. 29 bis habla de salas especializadas en determinadas jurisdicciones, que por volumen de causas lo ameritan. En esas salas, jueces, fiscales y defensores públicos deberán ser especializados, aunque no exclusivos. No se dice nada sobre la defensa particular, pero parece entenderse que queda exenta de este deber. La defensa pública especializada también se extiende a la fase de cumplimiento de la pena.

(9) Vid. LUACES GUTIÉRREZ, Ana I., “Justicia especializada en violencia de género en España”, *Revista de derecho* (Valdivia), 24 [2], 2011, ps. 205-223.

(8) “2º Informe de Comisión de Constitución del Senado”, p. 25.

II.2.b.ii. Capacitación.

El art. 29 ter traduce la especialización en capacitación al exigir formación especializada a todos los intervinientes, incluso si están en calidad de interinos, subrogantes o suplentes. La judicatura va a tener que cuidar que esta regla no afecte el ejercicio jurisdiccional en tribunales pequeños, con 1 o 2 jueces.

II.2.b.iii. Salas especializadas.

A efectos de implementar esta especialización, se modifica el COT y se establecen salas en los territorios de las Cortes de Santiago (integrada por 6 jueces) (10), de San Miguel (integrada por un juez) respecto del territorio de ciertos juzgados de garantía (10, 11, 12 y 15), de Concepción (integrada por 1 juez), respecto de ciertas comunas (11), y de la Corte de Valparaíso, para el territorio de los juzgados de garantía de Valparaíso y Viña del Mar (integrada por 1 juez).

Asimismo, se establece que existirá una sala especializada en los Juzgados de Garantía y en los TOP de Iquique, Antofagasta, Rancagua, Talca, Temuco, San Bernardo y Puente Alto.

También se dispone que en los Juzgados de Garantía de Arica, Copiapó, La Serena, Chillán, Valdivia, Puerto Montt, Coyhaique, Punta Arenas y Colina y en todos aquellos en cuyo territorio jurisdiccional estuviere emplazado un centro de cumplimiento de la pena de internamiento en régimen cerrado se deberá asignar una sala preferente que destinará las jornadas o días que fuesen necesarios para el conocimiento exclusivo de las competencias de LRPA, en atención al volumen de audiencias que se debieren programar.

Y se instituye que en los demás tribunales que ejerzan las funciones de los Juzgados de Garantía se deberá priorizar la asignación de jornadas, días o salas con dedicación exclusiva para el ejercicio de dichas competencias, en atención al volumen de audiencias que se debieren programar para su conocimiento, de-

(10) Queda fuera Colina.

(11) Concepción, Penco, Talcahuano, Hualpén y San Pedro de la Paz, Chiguayante y Hualqui.

biendo así garantizarse un procedimiento objetivo y general de distribución de causas de que trata el art. 15

II.2.c. Regulación de la Suspensión Condicional del Procedimiento

Aunque la LRPA no contenía regulación de la suspensión condicional del procedimiento, desde mucho antes de su entrada en vigencia, desde el comienzo del funcionamiento del nuevo proceso penal esta salida se ocupó respecto de adolescentes (12) y, como en el caso de las medidas cautelares ambulatorias, se recurrió a programas de SENAME para su operatividad. Al iniciarse el nuevo sistema de justicia juvenil SENAME generó una oferta programática específica.

El nuevo art. 35 bis —dentro del nuevo párr. 4º sobre salidas alternativas—, entonces, viene a regular una práctica ya existente.

Hace aplicables las reglas generales con las siguientes excepciones:

“1. No será aplicable lo dispuesto en la letra a) del art. 237 del Cód. Proc. Penal, pudiendo decretarse, en cualquier caso, a menos que la pena resultante de lo dispuesto en el art. 21 fuese de aquellas que señala el numeral 1 del art. 23.

2. Se podrá decretar por un plazo no inferior a 6 ni superior a los 12 meses;

3. El tribunal podrá imponer una o más de entre las condiciones señaladas en el art. 238 del Cód. Proc. Penal, a excepción de las dispuestas en las letras e), f) y h) y de la obligación de no residir en un lugar determinado, pudiendo asimismo decretar la obligación de reparar a la víctima, prestar un servicio a la comunidad o de asistir a programas de entrenamiento cognitivo, terapia familiar, de tratamiento de drogas, de intervención en violencia o abuso sexual u otro semejante. Deberá asimismo precisar la institución que se encargará de la ejecución, seguimiento y supervisión del cumplimiento de

(12) COUSO, Jaime, “El nuevo proceso penal y los imputados menores de edad. Estudio exploratorio acerca de los resultados del primer año de aplicación en las regiones de Coquimbo y La Araucanía”, *Revista Derechos del Niño*, nro. 1, 2002, ps. 93-136.

las condiciones impuestas y su periodicidad. Dicha institución podrá también solicitar la revocación en los términos del art. 239 del Cód. Proc. Penal.

4. Si en el procedimiento se hubiere evacuado el informe técnico de que trata el art. 37 bis, su contenido deberá servir de base para la determinación de dichas condiciones. En caso contrario, el tribunal podrá así requerirlo, quedando en suspenso su aprobación por un periodo máximo de hasta 15 días.

5. También se podrá imponer alguna de las medidas accesorias previstas en la letra c) del art. 6º, en cuyo caso tendrá lugar lo dispuesto en el inciso segundo del art. 25 bis de la presente ley”.

Como se observa, el numeral 1 amplía el rango de casos en los que podría recurrirse a este instituto. En principio, se constata la exigencia de una apreciación en concreto, pues se remite al proceso de determinación de los arts. 21 y 23. En segundo lugar, se autonomiza el estándar, pues ahora depende exclusivamente de los baremos de la LRPCA. Y, en tercer lugar, se constata que el límite superior está dado por el art. 23 nro. 1, por lo que la pena posible de imponer debe estar en el rango entre 3 años y 1 día a 5 años, como techo.

II.2.d. Incorporación de la Mediación Penal Juvenil

También en el nuevo párr. 4º, los arts. 35 ter, 35 *quater*, 35 quinqués, 35 *sexties* y 35 *septies*, regulan la nueva institución de la mediación penal juvenil. Esta iniciativa novedosa cuenta con algunas experiencias piloto y también cuenta con dos importantes estudios previos:

i. BOLÍVAR, D. - RAMÍREZ, A. - BARACHO, B. - DE HAAN, M. - CASTILLO, F. - FERNÁNDEZ, M. - AERTSEN, I., “Estudio proyecto capacitación, asesoría y estudio práctico en mediación penal juvenil. Informe final”, Ed. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2017.

ii. MIRANDA, P. - BOLÍVAR, D. - FARAH, J. - FERNÁNDEZ, M., “Elaboración de un Sistema de Supervisión para la Mediación Penal en el Marco del Nuevo Servicio de Reinserción So-

cial Juvenil”, estudio de la Escuela de Trabajo Social PUC para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018.

El art. 35 *quater* establece los principios esenciales de la mediación: igualdad de condiciones de participantes e imparcialidad del mediador

El art. 35 ter establece el mismo rango posible de delitos de enviar a mediación que para la suspensión condicional del procedimiento.

Además, establece como requisito *sine qua non*: “[L]a víctima y el imputado consientan libre y voluntariamente en someter el conflicto a dicha instancia”.

Luego, define la mediación penal juvenil como “la realización de un proceso restaurativo y especializado, en virtud del cual la víctima y el imputado acuerdan determinar conjuntamente la reparación real o simbólica del daño ocasionado con la comisión del delito, asistidos por un mediador”. La inclusión del carácter restaurativo de este proceso es central porque inscribe a esta institución dentro de un cierto modelo de justicia con amplia aceptación en el mundo, tanto en términos académicos como de prácticas, y que se ha tratado de instalar en el país desde el año 2002 aproximadamente (13).

A continuación, el mismo art. 35 ter —otro artículo sobrecargado—, en su inc. 3º, establece un procedimiento de derivación:

“La derivación al procedimiento de mediación, deberá realizarla el tribunal, si se hubiere procedido a la formalización del imputado, o la llevará a cabo fiscal, en caso contrario. En este último caso, también podrá efectuarla el tribunal a petición de la víctima y el imputado, si se cumplen las condiciones previstas en el protocolo de que trata el inciso final del presente ar-

(13) La primera publicación nacional sobre el tema es MASTERS, Guy, “Reflexiones sobre el desarrollo internacional de la justicia restaurativa”, Revista Derechos del Niño, nro. 1, 2002, ps. 227-242, y corresponde a una ponencia que se presentó en el marco de un seminario internacional organizado por la Unidad Jurídica del Hogar de Cristo y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

título. El proceso de mediación no podrá durar más de 90 días contados desde su derivación, pudiendo prorrogarse hasta por el mismo término a solicitud fundada del mediador”.

Es decir, si no se ha formalizado puede el fiscal derivar. Si se ha formalizado, el tribunal debe derivar.

No me parece suficientemente claro quién consiente si la víctima es menor de edad. ¿Se requiere que concurren las voluntades del menor y de sus representantes legales? ¿Cómo se pondera la simetría en este caso?

En cuanto a efectos, la mediación suspende el proceso penal.

Finalizada la mediación en forma exitosa, es decir, una vez cumplido por parte del imputado lo acordado en la mediación, se debe proceder al archivo o al sobreseimiento, según sea el caso, sin perjuicio de lo convenido respecto a los efectos civiles del delito.

El art. 35 ter, en su 6° inc. estatuye las limitaciones a la mediación:

“No procederá la mediación si se hubiere declarado el cierre de la investigación ni tratándose de procesos referidos a delitos dolosos contra la vida, contra la libertad ambulatoria, contra la libertad sexual cometidos contra personas menores de edad y respecto de los delitos y faltas tipificados en la ley 20.000, a excepción de los previstos en los arts. 4° y 50. En procesos por delitos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar, procederá la mediación solo en caso que se dé estricto cumplimiento a lo previsto en el inciso siguiente”.

El inc. 8° le encarga al Ministerio de Justicia, al Ministerio Público y a la Defensoría Penal Pública concordar un protocolo estructurado de condiciones personales y procesales bajo las que se estima procedente la derivación, cuyos contenidos deberán reevaluarse anualmente.

El art. 35 *quinques* establece la mediación excepcional, que opera ante un caso, que no cumple con las exigencias antes señaladas, pero a solicitud de la víctima, y cumpliéndose las demás exigencias procedentes. En esta

singular situación las consecuencias no son las mismas que en las vistas previamente, la derivación no suspende en forma necesaria el curso del proceso.

“En estos casos la mediación exitosa, con acuerdo cumplido por parte del imputado, podrá ser considerada como un antecedente para la determinación o suspensión de la imposición de la pena, en la imposición o mantención de medidas cautelares y en las audiencias de sustitución y remisión de condena”.

El 35 *sexties* regula la mediación frustrada y sus consecuencias y permite que si la mediación se frustra por una causa no atribuible al imputado y existen “signos concretos de responsabilización, el mediador dejará constancia de los mismos en el acta respectiva, a efectos de que sean evaluados por el tribunal para atenuar su responsabilidad penal si se llegare a imponer una condena. Asimismo, según cual fuere su contenido, podrá también servir como antecedente en las audiencias de sustitución y remisión de condena”.

Finalmente, el art. 35 *septies* regla el programa de mediación necesario para el funcionamiento de este instituto, encargándole al Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil el desarrollo de “un programa especial de mediación penal, integrado por mediadores públicos o contratados de conformidad a la ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y su Reglamento”.

“Los mediadores deberán encontrarse acreditados en un Registro de Mediadores Penales. El procedimiento, requisitos de ingreso y permanencia, supervisión y sanción, así como también las causales de eliminación del Registro, se establecerán a través de un Reglamento, de conformidad a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley Orgánica que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil”.

II.2.e. Incorporación del Informe Técnico (IT)

El Mensaje del Ejecutivo con que se inició la tramitación legislativa describe así el sentido de esta reforma:

“En lo relevante, se propone un sistema de determinación de la pena que cuente con un soporte dado por un informe técnico que se elabore en forma coordinada con los diversos planes de intervención disponibles. Con ello se focaliza la necesaria individualización de las sanciones en torno a las alternativas propuestas por los modelos de intervención, asegurando una mayor precisión entre las necesidades que presenta el adolescente y la sanción que le corresponde sin alterar el papel que cumple la gravedad del hecho cometido”.

El nuevo art. 37 bis establece en tres letras las tres distintas hipótesis en que puede emplearse este informe:

a. “En aquellas en que se discuta una medida cautelar, si es invocado por la defensa, y, en aquello que sea citado por dicha parte”.

Es relevante anotar que solo en esta oportunidad se permite una utilización parcial del IT que queda entregada a la decisión de la defensa. Por otro lado, la norma se refiere en términos generales a la discusión de una medida cautelar con lo que su utilización cubre no solo la audiencia en que se impone una medida sino también aquellas en las que se revisa una medida de internación provisoria.

El inciso segundo del art. 32 dispone con evidente tenor imperativo:

“Se deberá levantar el informe técnico de que trata el art. 37 bis. respecto de todo imputado que permaneciere más de 15 días sujeto a internación provisoria o bajo sujeción a la vigilancia de una autoridad”.

b. La segunda hipótesis es: “En aquellas en que se aprueban las condiciones de una suspensión condicional del procedimiento” conforme lo regula el nuevo art. 35 bis nro. 4.

c. Y la tercera hipótesis de empleo del IT es en aquellas audiencias destinadas a la determinación de la pena, una vez evacuado el veredicto condenatorio”, para efectos de determinación de sanción idónea, según regula el art. 40.

En cuanto al contenido del informe, el art. 37 bis se remite a los incs. 2º y 3º del art. 24 para indicar el contenido de este informe en cuanto

a su función de determinación de pena y al 35 bis en cuanto al escenario de debate sobre suspensión condicional. Nada se dice respecto del contenido en lo concerniente a la discusión de medidas cautelares.

Respecto de quién lo solicita, el 37 bis indica que “el Ministerio Público o la Defensa” pueden pedir el informe. La redacción parece clara en cuanto a excluir al querellante particular y en incluir al defensor particular.

Esta amplia potestad parece limitada para efectos del debate sobre medidas cautelares donde solo la defensa puede utilizarlo y puede, incluso, parcializar su uso eligiendo que parte del IT aprovechar

El nuevo art. 35 bis —que regula la institución de la suspensión condicional del procedimiento en sede penal juvenil— indica en su numeral 4 que el tribunal puede pedirlo si no ha sido ya evacuado.

“4. Si en el procedimiento se hubiere evacuado el informe técnico de que trata el art. 37 bis. su contenido deberá servir de base para la determinación de dichas condiciones. En caso contrario, el tribunal podrá así requerirlo, quedando en suspenso su aprobación por un periodo máximo de hasta 15 días”.

Respecto de quién lo realiza, del tenor literal del primer inciso del art. 37 bis se colige que el responsable es el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Esta redacción parece excluir la posibilidad de que se cite esta línea de acción a los colaboradores acreditados a través de la ley 20.032, que no se modifica en esto, ni tampoco se faculta a la contratación vía ley 19.886 como sí se hace respecto de los servicios de mediación contemplados en el nuevo art. 35 *septies*.

II.3. Ámbito de ejecución penal juvenil

II.3.a. Respecto de la fase de ejecución

II.3.a.i. Derecho a educación y salud:

Se incorporan dos nuevos derechos:

Art. 48 bis. Toda persona que se encontrare cumpliendo una condena en aplicación de la

presente ley o que estuviere sujeta a internación provisoria tiene derecho a la atención efectiva en materias de salud, incluyendo salud mental y programas asociados al tratamiento de adicciones y al acceso a un régimen de educación formal, de conformidad a lo dispuesto en el art. 4° del decreto con fuerza de ley nro. 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 20.370.

Este último, en el caso de las condenas de internamiento en régimen cerrado con programa de reinserción social, deberá fundarse en un programa que tenga en cuenta las especiales condiciones bajo las que se desarrolla el proceso de educación formal, teniendo en especial consideración la recuperación de las trayectorias educativas interrumpidas.

II.3.a.ii. Se reforma el sistema de quebrantamiento (Q.)

Se distingue entre incumplimiento y quebrantamiento

Respecto del primero, el nuevo art. 52 bis establece que si el condenado no se presenta a la ejecución de la condena o no concurriere a las citaciones que se le comuniquen para la determinación del plan de intervención se despachará orden de arresto, suspendiéndose el plazo señalado en el inciso primero del art. 40 bis.

Se establece que el incumplimiento —re-nuencia— reiterado será considerado quebrantamiento de condena.

Y el reformado art. 52 establece respecto del quebrantamiento:

“Si el adolescente no diere cumplimiento en forma grave o reiterada a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes”.

“El quebrantamiento que no fuese grave o reiterado podrá dar lugar a una intensificación del correspondiente plan de intervención.

En las audiencias de que trata este artículo será obligatoria la presencia del condenado”.

a. El Q. de las penas accesorias de las letras a), c) o d) del art. 6°, dará lugar a la aplicación, en forma sustitutiva, de la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por el tiempo mínimo previsto en la ley.

Si el adolescente no aceptare la medida, se aplicará la libertad asistida en cualquiera de sus formas por 6 meses.

b. El Q. de las sanciones de reparación del daño y de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, dará lugar a la aplicación, en forma sustitutiva, de libertad asistida en cualquiera de sus formas por 6 meses.

c. El Q. de la libertad asistida o de la libertad asistida especial dará lugar a una ampliación del plazo por el que hubiesen sido impuestas dichas sanciones o, alternativamente, a su sustitución por la sanción inmediatamente superior, por 6 meses, según cuál hubiese sido la naturaleza del incumplimiento y su persistencia.

El quebrantamiento del régimen de libertad asistida simple o especial al que fuere sometido el adolescente en virtud de lo dispuesto en el art. 19, facultará al juez para ordenar que se sustituya su cumplimiento por la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el tiempo que resta.

d. No se regula el Q. de libertad asistida con reclusión.

II.3.a.iii. En el art. 53 sobre la sustitución de la pena se establece que la sanción sustitutiva “no se podrá imponer en una extensión inferior o superior al mínimo y máximo previsto en la ley”.

Y se agrega un inciso final que endurece el sistema respecto de los delitos más graves (crímenes) cometidos por reincidentes (quienes hayan sido previamente condenados por delito sancionado con pena aflictiva) exigiendo que se haya cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta.

II.4. Vigencia

Finalmente, la ley regula, en el art. 1º transitorio, una vigencia gradual en el territorio del país, dividiéndolo en 3 zonas, las que ingresarán progresivamente a l nuevo sistema del siguiente modo:

i) Macrozona norte: Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo:

Entra en vigencia 12 meses después de la publicación.

ii) Macrozona sur: Maule, Bío Bío, Ñuble, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y de la Antártica Chilena:

Entra en vigencia 24 meses después de la publicación.

iii) Macrozona centro: Valparaíso; Del Libertador General Bernardo O'Higgins y Metropolitana de Santiago.

Entra en vigencia 36 meses después de la publicación.

Además, se contempla una regla de vacancia especial, en el art. 5º transitorio, que hace excepción a la anterior, por la que específicas normas penas entrarán en vigencia desde el comienzo, para todo el país. Se refiere a los nuevos arts.: 24, 25 ter, 25 *quater*, 25 *quinquies* y los nuevos incs. 3º y 4º del art. 26.

III. Ausencias en la reforma

Finalmente, reitero algunas de las reformas que en años anteriores he propuesto e incorporo alguna nueva, aunque dejó constancia que varias de las que he planteado están presentes en la normativa en discusión en el Congreso.

III.1. Sobre el sistema de penas

1. Es necesario precisar la definición o contenido del carácter "especial" de la Libertad Asistida Especial del art. 14. Esta sanción tiene una amplia aplicación en el sistema de sanciones de la justicia juvenil chilena. Y ni la ley ni el reglamento ni las orientaciones técnicas respon-

de con claridad sobre qué es lo especial de esta modalidad de libertad asistida.

2. Ante los problemas que ha planteado la sanción de servicios en beneficio de la comunidad del art. 11 propongo regular la cantidad de horas de apresto o preparación, las horas de acompañamiento por el delegado y la cantidad de horas a efectivamente trabajar, ampliando el límite actual de 30 horas a 60 horas.

3. Corrección del art. 16 donde se indica la posibilidad de aprobar el plan en la audiencia de lectura de sentencia, lo que resulta materialmente imposible. Además, es necesario indicar sin ambages que debe existir presencia profesional en el horario nocturno y los fines de semana.

4. En la sanción de reparación del daño, parece necesario diferenciar con claridad la modalidad de reparación directa y sin mediación de ningún programa y aquella cercana al modelo de justicia restaurativa en que un mediador penal le propone al tribunal esta sanción, luego de haber entrevistado, en primer lugar, a la víctima, y, luego, al adolescente infractor.

III.2. Sobre los aspectos procesales

5. Establecer la prioridad de agendamiento de audiencias "medianas" y de vista de los recursos en Cortes.

6. Respecto de las detenciones policiales es necesario establecer con mayor claridad los plazos y condiciones de la detención en flagrancia —en especial cuando serán seguidas de citación al tribunal con lo que se carecerá de control por el fiscal y el tribunal de la legalidad de la detención— y las sanciones en caso de incumplirse estas reglas. Creo necesario asignar una denominación a este tipo de detenciones de modo que deban ser informados en los reportes estadísticos que más adelante se enunciarán.

III.3. Sobre el sistema de ejecución de la pena

7. Es preciso considerar la mayor carga de trabajo que representa la fase de ejecución, por lo que, además, de las salas anteriormente indicadas, es preciso reforzar el personal judicial en San Bernardo, Colina, Coronel, Limache,

Talca y Victoria, juzgados de cumplimiento de los más importantes (en términos de población) centros privativos de libertad.

8. Reordenar normas en 3 o 4 artículos. El 1º, que identifique quién es el juez de control y todas sus funciones;

9. Considero recomendable establecer la obligación de tribunales de entregar a la institución ejecutora de la pena el registro completo del expediente virtual

10. Imponer en la ley la obligación de centros privativos de libertad de efectuar semanalmente reuniones de análisis de casos entre diversos actores.

11. Me parece necesario incorporar en el art. 56 al Servicio Nacional de Reinserción Social

Juvenil como interviniente con facultades para intervenir en audiencia, ser notificado y poder impugnar la decisión.

12. Estimo imprescindible incorporar una norma legal que indique que la Corte Suprema dictará un Auto Acordado para regular la forma en que los tribunales cumplirán con los fines del art. 20 de la ley 20.084, como asimismo para velar por la vigencia del principio de especialización conforme a lo preceptuado en el art. 29.

13. Establecer como obligación del Ministerio de Justicia de entregar en marzo de cada año, junto al INE, un anuario con información consolidada del sistema penal juvenil del año anterior, pudiendo solicitarle información a las distintas instituciones públicas y privadas del sistema.