



Tesina en Derecho

“Reforma al Sistema Penal Adolescente:
Justicia Restaurativa y Mediación Penal”

María José Peña Neira
Javiera Villarroel López

Profesora guía: Marcela Fernández Saldías
Diciembre de 2021

Índice

	Página
I. Introducción	5
II. Transición del actual modelo de la ley N°20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, al modelo propuesto por el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084 y a otras normas que indica.	8
1. Enfoque de Justicia Restaurativa en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.	10
2. Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084 y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07).	12
III. Justicia Restaurativa y Mediación Penal	18
1. Mediación penal	21
1.1. Principios de la mediación penal	21
1.2. Diferencias entre la mediación penal y otras formas de mediación	22
1.3. Fases de la mediación penal	23
2. Mediación penal adolescente	25
IV. Desafíos del proyecto	26
1. Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil	27
2. Análisis crítico del diseño legal que propone el Proyecto de Ley para la implementación de la mediación penal juvenil	27
2.1. Nuevo artículo 35 ter	29
2.1.1. Ámbito de aplicación de la mediación penal.	29
2.1.1.1. Inconvenientes de limitar el ámbito de aplicación de la mediación penal juvenil	35
2.1.2. Concepto de mediación penal (inciso segundo)	37
2.1.3. Derivación al proceso de mediación (inciso tercero)	38
2.1.4. Efecto de la derivación (inciso cuarto)	40
2.1.5. Efectos del cumplimiento del acuerdo de mediación (inciso quinto)	40
2.1.6. Límites a la aplicación de la mediación (inciso sexto)	40

2.1.7.	Facultad excepcional del fiscal regional (inciso séptimo)	42
2.1.8.	Protocolo de condiciones personales y procesales bajo las que se estima procedente la mediación.	42
2.2.	Nuevo artículo 35 quáter	43
2.3.	Nuevo artículo 35 quinquies	43
2.3.1.	Efectos de la mediación excepcional (inciso segundo)	44
2.4.	Nuevo artículo 35 sexies	44
2.4.1.	Invocación de antecedentes de la mediación en juicio	45
2.4.2.	Situación en que la víctima no acceda al proceso de mediación.	46
2.5.	Nuevo artículo 35 septies	46
2.5.1.	Composición del programa de mediación (incisos segundo y tercero)	46
2.5.2.	Sanción por incumplimiento de principios (inciso cuarto)	47
2.5.3.	Acceso a la información (inciso quinto)	48
2.5.4.	Principio de gratuidad (inciso sexto)	48
2.5.5.	Deber de informar (inciso final)	48
V.	Recomendaciones	49
VI.	Conclusiones	51
	Bibliografía	53
	Anexos	

Tabla de abreviaturas

LRPA	Ley de Responsabilidad Penal Adolescente
SENAME	Servicio Nacional de Menores
OCAS	Organismos Colaboradores Acreditados
CPP	Código Procesal Penal
SCP	Suspensión Condicional del Procedimiento
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Resumen

Este trabajo analiza la propuesta del Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes, y a otras normas que indica, en cuanto a incorporar una de las estrategias de la justicia restaurativa, conocida como mediación penal, al sistema chileno de responsabilidad penal para adolescentes. Dicho análisis, se realiza mediante una revisión exhaustiva de los artículos del proyecto referidos a esta materia, en base a los estándares internacionales de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, los postulados de la doctrina y las experiencias de mediación penal juvenil, tanto en derecho comparado, como a nivel nacional. Lo anterior, con el propósito de demostrar que el diseño legal planteado si bien implica un avance, no es suficiente para abordar eficientemente la delincuencia juvenil ni para satisfacer las exigencias propias de una política de infancia.

Palabras clave: justicia restaurativa; mediación penal; responsabilidad penal adolescente, reinserción social juvenil; reincidencia.

I. Introducción

Con la publicación y posterior entrada en vigencia de la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes (en adelante LRPA), fue instaurado el sistema de justicia penal juvenil que actualmente rige en Chile.

Indudablemente, la LRPA marcó un hito en nuestro ordenamiento jurídico, ya que por primera vez estableció en nuestro país un sistema especial para hacer efectiva la responsabilidad penal de los adolescentes, diferenciado del sistema penal general aplicable a las personas mayores de edad. Lo anterior, significó cambiar la forma de procesar las causas judiciales de jóvenes infractores de la ley penal, al superar el anterior sistema basado en el “discernimiento”, que permitía enjuiciar y sancionar a adolescentes de 16 y 17 años de edad como si fueran adultos.

Cabe destacar que la existencia de la LRPA constituye una expresión del compromiso asumido por el Estado chileno en el año 1990 al ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, pues a partir de ese momento adquirió el deber de adecuar la legislación e institucionalidad nacional a los principios y derechos consagrados en dicho instrumento internacional, con el propósito de garantizar la protección de todos los niños, las niñas y adolescentes. En particular, la dictación de esta normativa respondió a la necesidad de avanzar en el cumplimiento de los estándares internacionales sobre justicia juvenil contenidos en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño y en la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los adolescentes en la justicia de menores, pues la legislación nacional era vulneratoria de las normas internacionales ratificadas por Chile 17 años antes.

A pesar de ser un esfuerzo necesario e importante, la ley N° 20.084 ha demostrado ser insuficiente para alcanzar los resultados esperados. El actual sistema penal de adolescentes no logra reinsertar ni se muestra eficaz en términos preventivos. No solo por cuanto refleja los problemas que enfrenta el proceso penal para aclarar o resolver los diversos casos denunciados, sino que, además, por la total ausencia de contenidos realmente disuasivos en las sanciones dispuestas. A su vez, otras modalidades de reacción se muestran absolutamente desproporcionadas y favorecedoras de la mera desocialización.

Procedimentalmente, este sistema es muy similar al que se contempla para los adultos, pues los adolescentes gozan de los mismos derechos y garantías que estos últimos con algunos derechos y garantías especiales que se otorgan por su condición de menores de edad, su madurez y su desarrollo cognitivo. Sin embargo, aunque se trata de un avance desde el sistema que rodeaba la ya derogada Ley de Menores, el sistema actual tiene una serie de falencias orgánicas y de procedimiento que hacen

necesario una gran modificación. Por ejemplo, en el ámbito de la ejecución de las penas, el organismo a cargo es el Servicio Nacional de Menores (SENAME), el cual no sólo se encarga de la responsabilización de jóvenes infractores de Ley, también tiene a su cargo la protección de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos y el sistema de adopciones, lo que hace, a lo menos, muy difícil para el organismo lograr todos los objetivos que se le han encomendado, especialmente lo que respecta a la prevención de la comisión de delitos por parte de adolescentes y la reinserción social de los jóvenes infractores, para evitar su reincidencia delictual.

En el sistema actual, los adolescentes infractores representan sólo un 3,13 % del universo total de imputados conocidos¹ con 23.955 imputados conocidos menores de edad. Lo que en sí mismo no es un gran número, puesto que, si se consideran datos del último Censo realizado en el país el año 2017, la población menor de edad en Chile alcanza los 4.259.155². No obstante, del total de adolescentes infractores que ingresan al sistema, un hasta un 65,7 % presentan nuevas condenas luego de concluido el proceso de sanción e intervención³. Lo anterior, da cuenta de que la forma en que se aborda el problema de la delincuencia juvenil no es eficiente y no se cumple con los objetivos que se han encomendado a las instituciones, en particular la prevención en la comisión de delitos y la ruptura de la trayectoria delictiva de los y las jóvenes (UNICEF, 2020: p. 72).

Aquí es donde cobra relevancia el Proyecto de Ley Boletín N°11.174-07, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084 sobre responsabilidad penal de adolescentes y a otras normas que indica (en adelante “el Proyecto”), el cual fue ingresado al Senado el martes 04 de abril del 2017, por Mensaje de la expresidenta Michelle Bachelet Jeria, emitido durante su segundo mandato. Tras haber culminado su tercer trámite constitucional, actualmente este Proyecto de ley se encuentra en espera de ser discutido por una Comisión Mixta con el fin de resolver las discrepancias suscitadas entre el Senado y la Cámara de

¹ El total de imputados conocidos, personas naturales fue de 765.034. De entre los imputados menores de edad (que al momento de la comisión del delito tenían entre 0 y menos de 18 años de edad), se contabilizan 5.161 mujeres (0,67 % del total) y 18.794 hombres (2,46 %), de acuerdo a estadísticas de la Fiscalía (2020: pp. 8, 14-15)

² Los datos actuales no son lo suficientemente concluyentes como para decir, a ciencia cierta, cuál es el número real actual de menores de edad en el país.

³ Cifras de UNICEF (2020: p. 80). No se utiliza el término “reincidencia” por preferencias metodológicas, ya que la definición de este concepto no alcanza a cubrir todas las situaciones, por lo que se prefiere la terminología de “aparición de nuevas condenas”. Estas nuevas condenas se contabilizaron en dos cohortes, compuestas de tres periodos anuales cada una, pasado un mes desde el egreso del adolescente del sistema de intervención. La cifra referida corresponde al tercer periodo (a 36 meses desde la contabilización del plazo) del cohorte del año 2013 (adolescentes condenados en este año). En el mismo cohorte las nuevas condenas alcanzan el 41,8 % y el 54 % a 12 y 24 meses pasado el periodo de un mes desde que el/la adolescente egresaron del programa de intervención.

Diputadas y Diputados, debido a que el 07 de septiembre de 2021 la Cámara de Origen rechazó todas las enmiendas que fueron propuestas por la Cámara Revisora.

En teoría, este Proyecto podría mejorar enormemente el tratamiento que se da a los y las jóvenes infractores de Ley en el país. Con un enfoque fresco basado en experiencias de derecho comparado y estándares internacionales, pretende obtener no sólo la responsabilización de los jóvenes por sus acciones, sino también un proceso de aprendizaje tanto para el joven infractor como para la comunidad que lo rodea y de esta forma disminuir los niveles de reincidencia y de comisión de delitos en general.

Pero, a pesar y atendido lo anterior, desde la presentación del Proyecto en el Senado, este ha recibido críticas de todos los sectores políticos y desde diversas disciplinas, lo que se traduce en varias modificaciones al proyecto y el hecho de que actualmente se encuentre estancado en el tercer trámite constitucional. Las principales críticas que se le han hecho van enfocadas a que, si bien el Proyecto anuncia innovaciones significativas en el sistema, no se refiere a cuestiones esenciales en materia de justicia restaurativa y reinserción social, a pesar de que ese debería ser su foco principal, por lo que no es una mejora satisfactoria al modelo actual.

Considerando lo que previamente ha sido comentado, en las páginas siguientes de este trabajo se pretende exponer por qué es necesario otorgar una mayor relevancia a la justicia restaurativa en el sistema chileno de responsabilidad penal para adolescentes y con ella, es imprescindible incorporar métodos restaurativos como la mediación penal para lograr cumplir los propósitos de prevención especial y de reinserción social que debe perseguir la justicia penal juvenil en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. A su vez, en base a las experiencias exitosas de mediación penal para adolescentes en derecho comparado, las experiencias pilotos realizadas en Chile, los estándares internacionales de derechos humanos sobre justicia para jóvenes infractores de la ley penal y los postulados elaborados por la doctrina en materia de mediación penal juvenil, explicaremos las razones por las cuales el diseño legal propuesto por el Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil respecto a la técnica restaurativa mencionada si bien implica un importante avance, *no es suficiente* para establecer una herramienta eficiente que contribuya a reducir la comisión de delitos por parte de jóvenes menores de 18 años y, en especial, a disminuir su reincidencia, quedando aún lejos de satisfacer a cabalidad las exigencias propias de una política criminal que aborda la delincuencia juvenil, en tanto más allá de regular nuevas formas de poner término a un conflicto penal, se trata de una política pública de infancia. Por último, se desarrollaran algunas recomendaciones orientadas en la mejora del Proyecto y sus instituciones, de manera que el debate continúe avanzando

y se logre, finalmente, una institucionalidad que respete y garantice los derechos de la niñez, en especial de los y las adolescentes infractores, con quienes se tiene una deuda inconmensurable desde hace tiempo.

II. Transición del modelo de la ley N°20.084 al modelo propuesto por el Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084 y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07).

Como se adelantó, el sistema actual de la LRPA es procedimentalmente similar al establecido para los infractores adultos, con un procedimiento de Juicio Oral, Juzgados de Garantía, de carácter contradictorio entre el imputado y el Ministerio Público como ente persecutor, etc. Junto con lo anterior, ambos sistemas tienen el mismo marco legal (contemplado en el Código Penal), con la salvedad de que, al momento de calcular e imponer la pena por un delito cometido a un adolescente, esta debe ser obligatoriamente rebajada en un grado. Además, la propia LRPA contempla otras penas accesorias distintas a las privativas de libertad, como la amonestación o la internación en régimen cerrado o semicerrado con programa de reinserción social, junto con otras a las que puede considerarse como dentro de un enfoque de Justicia Restaurativa, siendo estas la reparación del daño causado (a la víctima) y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

En todos los casos, sin embargo, la ejecución de las penas, la administración de los regímenes cerrados y semicerrados, entre otras, queda en manos del Servicio Nacional de Menores (SENAME). Esta institución, de carácter público y centralizado, tiene otras funciones que nada tienen que ver con la responsabilización o reinserción de los jóvenes infractores, lo que genera una sobrecarga y concentración de labores de áreas diversas que se traduce en una insuficiencia en el funcionamiento del mismo por no poder cumplir a cabalidad con todos los objetivos que ha declarado y le han sido encomendados. Junto con eso y con la misma importancia, recae en las niñas, niños y adolescentes una fuerte estigmatización que lleva a ciertas personas a creer que, por encontrarse la niña, niño o adolescente bajo la protección del SENAME en cualquiera de sus áreas, son al mismo tiempo, infractores de ley. Si bien esta estigmatización no es algo en que el Derecho pueda hacerse cargo, si el sistema penal estuviera separado de las otras dos áreas de Sename y/o dicho organismo cumpliera a cabalidad las funciones que se le han encomendado, este tipo de estigmatización no existiría para ninguno de los niños, niñas y adolescentes bajo su protección.

No bastando con eso, se han levantado, incluso a nivel internacional, diversas críticas al sistema actual de responsabilidad penal adolescente. Como ejemplo de esto, puede citarse el último informe

desarrollado por la Unicef, en colaboración con la Defensoría Penal Pública (2020: pp. 127-130), en que, al referirse a los nudos críticos de carácter institucional explicita que “el sistema se muestra ineficaz para interrumpir las trayectorias delictuales”, que “se profundizan las debilidades y disminuye la participación de los intervinientes en la fase de ejecución de las sanciones” y que el sistema presenta “problemas de acceso y de calidad en los registros de información para la gestión de casos y la coordinación entre instituciones”, entre otras. En el ámbito normativo el mismo informe indica que “se debe reforzar la diversificación de respuestas en el rango de los delitos más amplio posible”, debido al alto número de condenas que se presentan en adolescentes, incluso superando estadísticamente a los adultos, junto con el hecho de que no existe un sistema de unificación de condenas, lo que se traduce en que “muchos adolescentes deben cumplir en forma simultánea o consecutiva las sanciones correspondientes a cada una de las causas procesadas, dificultando un proceso de reinserción social efectivo basado en los derechos humanos”.

Más aún, mientras se esgrimen críticas al sistema actual, por otra parte, se discuten y se promulgan regulaciones que son completamente criminalizadoras hacia los jóvenes, como lo es la Ley 21.128 sobre Aula Segura. Esta Ley, aumenta los poderes disciplinarios de los directores de establecimientos educacionales en casos de actos de violencia producida por estudiantes de estos. Sin embargo, estos “nuevos poderes” ya habían sido entregados por la ley de inclusión y, en lo que nos convoca, la expulsión de los estudiantes no arregla el problema de la violencia, sino sólo obliga a los estudiantes y a los padres y/o apoderados de estos a buscar otro colegio, para que ellos puedan hacerse cargo, cosa que no está asegurada.

Lo anterior deja ver que el Estado y sus instituciones están muy al debe con políticas de infancia, resolviendo los conflictos con adolescentes infractores de ley de forma insuficiente, derivando a otro ente y esperando se resuelvan por sí solos, sin una política pública eficiente. No hay instancias de reeducación, resocialización ni responsabilización, lo que hace urgente la incorporación de principios restaurativos y políticas intersectoriales e interdisciplinarias a nivel fundamental que permitan la interrupción de la trayectoria delictiva en los y las adolescentes.

Junto con esto, a favor de la incorporación de la justicia restaurativa en el sistema penal adolescente, pueden esgrimirse las siguientes razones (Bolívar, 2021): 1) Desde hace ya algunas décadas, en derecho comparado se ha aplicado con éxito la justicia restaurativa, especialmente en sistemas de justicia penal juvenil; 2) Su aplicación permitiría dar un mejor cumplimiento de los principios de la Convención de los Derechos del Niño; 3) Se puede evitar un proceso que aumenta la

estigmatización social de los adolescentes⁴; 4) se permite que los adolescentes puedan afrontar un proceso que promueve una percepción positiva de sí mismo, al eventualmente darse cuenta que son capaces de enfrentar responsablemente el daño que hayan ocasionado a su víctima, como también hacer algo para repararlo; 5) El contexto del adolescente puede ser tomado en cuenta, como también aquel en que ocurrieron los hechos que se le imputan, ya que se trata de un mecanismo de justicia flexible e incorpora a la familia del infractor, al existir un enfoque hacia su entorno social; 6) Respecto de las víctimas, es posible sostener que suelen presentar motivaciones prosociales, es decir, a las víctimas les interesa que la situación ofensiva no se vuelva a repetir, no solo contra ellas mismas, sino también contra otras víctimas;⁵ 7) Tanto la víctima como el adolescente infractor suelen sentirse satisfechos al participar en un proceso fundado en la justicia restaurativa⁶ y; 8) La justicia restaurativa promueve el acceso a una justicia de calidad.

1. Enfoque de Justicia Restaurativa en la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente

El sistema actual de la LRPA no es ajeno al concepto y metodologías propias de la justicia restaurativa, puesto que estas se han ido incorporando transversalmente al sistema penal, de forma paulatina y muy sutil a lo largo de varios años, desde la incorporación de los acuerdos reparatorios en el año 2000.

Como ejemplo de lo anterior, pueden mencionarse las salidas alternativas al proceso penal, en específico la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento (en adelante SCP) y los acuerdos reparatorios, todas instancias en que se facilita el diálogo entre el ofensor y otros participantes del proceso penal, incluida la víctima, en que se encuentran las distintas perspectivas de los interesados y se discute la mejor forma de reparar los daños que el ofensor o el delito hubieren causado.

⁴ (cont) Esto pues los procesos restaurativos no se enfocan en la culpabilidad como los procesos retributivos, en el sentido de considerar al joven como una mala persona por haber infringido la ley penal, sino que por el contrario, la concepción para la justicia restaurativa implica separar a la persona del hecho cometido.

⁵ (cont) Por lo anterior, les interesa poder generar un impacto en el ofensor, considerando la etapa de desarrollo vital en la que se encuentra un adolescente infractor de la ley penal, debido a lo cual se muestran interesadas en participar de procesos restaurativos con el propósito de brindarle la oportunidad que cambie su comportamiento (el cual a su vez la mayor de las veces responde también a situaciones de precariedad y vulneraciones que éste ha vivido).

⁶ (cont) La primera, al sentir que pudo realizar un aporte tanto a la vida del ofensor, como también a la sociedad en su conjunto, al contribuir en la reinserción social de un joven. En el caso del segundo, los mecanismos restaurativos son una experiencia positiva porque constituyen un proceso justo, al escuchar activamente tanto a la víctima como al imputado. Además, es una experiencia positiva para el adolescente infractor toda vez que existe evidencia de los efectos beneficiosos que trae la aplicación de la justicia restaurativa en cuanto a la disminución de la reincidencia.

Los acuerdos reparatorios son, como su nombre lo dice, un acuerdo entre la víctima y el imputado que se presta en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, aprobado por el tribunal y que extingue la responsabilidad penal del ofensor cuando el acuerdo se encuentra cumplido (art. 241 CPP). La ley no refiere una forma única o expresa en que deben desarrollarse, por lo que “deja abierta la posibilidad de incorporar diversos mecanismos de resolución alternativa de conflictos en el marco de aquellos, lo cual tiene la ventaja de posibilitar el desarrollo flexible de las prácticas de justicia restaurativa” (Díaz, 2010: p. 11). Por su parte, la suspensión condicional del procedimiento, se decreta a solicitud del fiscal, previo acuerdo de este con el imputado; de esta forma, si el imputado cumple ciertas condiciones dentro de un plazo establecido, se puede dictar el sobreseimiento definitivo. Sin embargo, a diferencia del acuerdo reparatorio en este caso no existe una instancia de diálogo propiamente tal, ya que con quien se “negocia” es con el Estado, representado por el fiscal, lo que parte de la doctrina califica como una “descentralización del poder punitivo estatal (Díaz, 2010: p. 13).

Cosa distinta es la aplicación del principio de oportunidad, una facultad que tiene el fiscal de no iniciar la investigación o abandonar una ya iniciada, cumpliéndose ciertos requisitos (art. 170 CPP) y, si bien no representa en sí una oportunidad para el diálogo, sí implica la descongestión del sistema penal y la no investigación de hechos que, pudiendo revestir carácter de delito, no compromete el orden público y cuya pena asignada sea no mayor a presidio o reclusión menor en su grado mínimo.

Cuando se trata del proceso penal en que un adolescente es el infractor, estas metodologías restaurativas también pueden ser aplicadas, con algunos matices diferenciadores en virtud del carácter de menor de edad, la autonomía progresiva y las posibilidades y capacidades individuales de los infractores. Pero además, existe otro momento del proceso en que se encuentran otras metodologías retributivas, específicamente en la determinación, imposición y cumplimiento de la o las penas asociadas al hecho delictivo, refiriéndonos explícitamente a las penas de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad.

La sanción de reparación del daño está consagrada en la letra f) del artículo 6° de la LRPA y se define en el artículo 10 como “la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor”, pero no sólo por tratarse de una reparación puede decirse que se trata de una metodología restaurativa, dado que siempre ha existido esta posibilidad de perseguir la reparación del daño de acuerdo al artículo 2320 del Código Civil. Decimos que esta responde a los principios de la justicia restaurativa puesto que, de acuerdo al mencionado

artículo 10 de la LRPA, para imponerse esta sanción se requiere del previo acuerdo del infractor y de la víctima, de manera tal que puede estarse en presencia de una instancia de diálogo entre ambas partes que derive en la obtención de un acuerdo que satisfaga a ambos.

Por otro lado, la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, contemplada en el artículo 6° letra e) y desarrollada en el artículo 11 (ambos de la LRPA) consiste, de acuerdo a este último, en “la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad”. A diferencia de la sanción de reparación del daño a la víctima, ésta involucra a la comunidad en que se desarrolla y desenvuelve el adolescente, llegando a identificarse aspectos en que el adolescente puede intervenir e impactar positivamente su entorno.

Sin embargo, en la actualidad existen varios problemas en la forma en que estas sanciones se desarrollan puesto que, si bien las sanciones privativas como las no privativas de libertad son administradas por SENAME, en el caso de la reparación del daño y los servicios en beneficio de la comunidad SENAME se limita a emitir Orientaciones técnicas y externaliza la ejecución de las sanciones a Organismos Colaboradores (u OCAS). El problema es que, si bien hay evaluaciones anuales a los OCAS y se les da directrices concretas, no hay manera de controlar realmente la forma en que ejercen sus tareas y el uso que dan a las subvenciones. Varios estudios han señalado que, por ejemplo, del total de vulneraciones a la indemnidad sexual de niños, niñas o adolescentes el 62 % de los abusos cometidos por menores de edad y 74 % de los cometidos por adultos se produjeron en residencias de OCAS y, con todo, a estos centros no se les retiró la acreditación ni la subvención.

Con todo, no cabe más que concluir que el sistema actual de Responsabilidad Penal Adolescente es deficiente en el trato que da a los jóvenes ofensores, no se preocupa de su correcta reinserción ni tiene políticas explícitas y efectivas para la no reincidencia de los adolescentes y, por tanto, se hace sumamente necesario reemplazar el sistema actual.

2. Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084 y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07).

Este Proyecto de Ley, como su nombre lo indica, contiene normativa orientada, por una parte a la creación de un Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil y, por otra, introduce modificaciones a la ley 20.084 y otros cuerpos normativos para, en definitiva mejorar la forma en que se tratan los casos de infractores penales adolescentes y poder observar realmente los objetivos preventivos y de reinserción social que se persiguen en el sistema de responsabilidad penal adolescente.

En un primer lugar, sobre la creación del Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, el mensaje del proyecto de ley cita un compromiso de campaña de la ex presidenta Michelle Bachelet, que proponía en su programa la división del SENAME. Luego de eso explica que a este nuevo servicio se le encargará la “administración y ejecución de las medidas y sanciones contempladas por la ley N° 20.084” y será a este servicio a quien le corresponderá “la implementación de políticas de carácter intersectorial y el desarrollo de programas que contribuyan a la modificación de la conducta delictiva y la integración social de los jóvenes sujetos de su atención” (Mensaje que presenta el Proyecto de ley Boletín 11.174-07, 2017: p.4).

Como se explicó, además de la creación y regulación de este sistema, el proyecto de ley también contiene una serie de modificaciones a la ley 20.084, entre las que se encuentran: el establecimiento de límites mínimos y máximos en ciertas sanciones, la limitación de la aplicación de las sanciones de multa y amonestación, la aplicación de un mecanismo de exasperación o agravación en caso de los concursos de delitos y la reiteración delictiva, un régimen de unificación en caso de concursos de delitos cometidos como adolescente y adulto, individualización de las penas y sanciones de acuerdo al caso concreto, evitando la estandarización del procedimiento y una reformulación del sistema de quebrantamiento e incumplimiento de las condenas, por nombrar algunas. Sin embargo, el tema que nos convoca es la incorporación al sistema de la justicia restaurativa, que tiene su mención específica tanto en el mensaje como en el proyecto mismo. En el mensaje del proyecto se explica que “para la comprensión de la conducta infractora de ley, el modelo propuesto asume una postura teórica de criminología evolutiva y del ciclo vital” y que “Son consistentes con esta postura las prácticas derivadas de la perspectiva de la desistencia delictiva, psicoeducación, justicia restaurativa, entre otras” (Mensaje que presenta el Proyecto de ley Boletín 11.174-07, 2017: p.4).

Dentro de la normativa que pretende incorporarse, no existe mención propiamente tal de la Justicia Restaurativa. Sin embargo, en el original artículo 20 del proyecto, actualmente artículo 29 del mismo, se explica en el marco de las “intervenciones personalizadas” que “Toda intervención que se realice en el marco del modelo definido en el artículo anterior deberá centrarse en el joven sujeto de atención del Servicio”, de lo que podemos concluir claramente que se busca no sólo responsabilizar al ofensor de sus actos, sino trabajar con él o ella de acuerdo a sus necesidades y cualidades particulares, viéndole como sujeto de derechos y, teniendo en cuenta su autonomía progresiva, como una persona consciente con quien se puede dialogar y lograr acuerdos.

Luego, sobre las modificaciones que el proyecto introduce a la Ley 20.084, contenidas en el artículo 56 del Proyecto de ley, en el numeral 27 se propone la agregar un nuevo Párrafo 4° y un nuevo

Párrafo 5° en el título II, respectivamente titulados "De las salidas alternativas al procedimiento" y "De la mediación", ubicados, antes del artículo 35, en el primer caso, y antes del Artículo 35 ter, en el segundo, pasando los actuales Párrafos 4° y 5° a ser 6° y 7°, respectivamente.". Seguidamente, respecto a la mediación penal en particular, el numeral 28 dispone que se incorporen los siguientes artículos 35 ter, 35 quáter, 35 quinquies, 35 sexies y 35 septies, nuevos:

“Artículo 35 ter.- Mediación. Las causas en que fuere procedente la suspensión condicional del procedimiento, el acuerdo reparatorio o el principio de oportunidad se podrán derivar a mediación, siempre y cuando la víctima y el imputado consientan libre y voluntariamente en someter el conflicto a dicha instancia. La intervención y permanencia en el mismo será, igualmente, personal y voluntaria, en todo momento.

Se entiende por mediación 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 derivación al procedimiento de mediación, deberá realizarla el tribunal, si se hubiere procedido a la formalización del imputado, o la llevará a cabo el 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 artículo. 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.

En cualquier caso, la derivación suspende el curso del correspondiente proceso. Si en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido a la mediación.

Una vez cumplido por parte del imputado lo acordado en la mediación, se dará lugar al archivo o al sobreseimiento, según sea el caso, sin perjuicio de lo convenido respecto a los efectos civiles del delito.

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 N° 20.000, a excepción de los previstos en los artículos 4 y 50. En procesos por delitos que fueren constitutivos de

violencia intrafamiliar, procederá la mediación sólo en caso que se dé estricto cumplimiento a lo previsto en el inciso siguiente.

Excepcionalmente, el Fiscal Regional correspondiente podrá derivar a mediación los casos dispuestos en este artículo, debiendo dictar una resolución fundada para este efecto.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública establecerán conjuntamente un protocolo estructurado de condiciones personales y procesales bajo las que se estima procedente la derivación, cuyos contenidos deberán reevaluarse anualmente. Se establecerán asimismo exigencias particulares y de carácter excepcional para la derivación de los hechos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar. En todo caso deberá darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 2° de la ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación”.

Por consiguiente, en primer término esta disposición regula el ámbito de aplicación de la mediación penal juvenil, estableciendo como límite legal que se trate de causas en que pudiera proceder la suspensión condicional del procedimiento, el acuerdo reparatorio o el principio de oportunidad. En segundo lugar, se estableció una definición de mediación penal, concibiéndola como un *proceso restaurativo* por medio del cual víctima e imputado, voluntariamente y habiendo prestado su libre consentimiento, determinan en conjunto la reparación real o simbólica de los daños causados por el delito. Seguidamente, este artículo dispone que el tribunal y el fiscal tendrán la facultad de derivar los casos a mediación, distinguiendo las circunstancias en que deberá hacerlo cada uno, indicando además el plazo máximo de la duración del proceso de mediación. Asimismo, se regula el efecto de la derivación del caso a mediación,

Cuando se cumple el acuerdo al que las partes arriban, se da lugar al archivo o sobreseimiento según corresponda., lo que implica una forma real de terminar el conflicto penal en base a la voluntariedad, acuerdo y sujeción a este de las partes.

Además, menciona la elaboración de un protocolo de condiciones personales y procesales para la derivación de los casos a mediación, debiendo contener separada específicamente exigencias adicionales para casos de violencia intrafamiliar.

“Artículo 35 quáter. Principios esenciales de la mediación. El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para participar del proceso y adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las

medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación.

Asimismo, se deberá abstener de realizar actuaciones que comprometan la debida imparcialidad que debe caracterizar su actuación con los participantes. Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, se deberá abstener de realizar el proceso de mediación.”

En términos sencillos, el procedimiento debe realizarse en igualdad de condiciones. Velar por el cumplimiento de este principio y el equilibrio del proceso son responsabilidad del mediador, quien siempre debe actuar de forma imparcial.

“Artículo 35 quinquies. Mediación excepcional. En todo caso, también podrá ser derivado a mediación un proceso que no cumpla con las exigencias señaladas en los incisos primero, cuarto y quinto del artículo precedente, a solicitud de la víctima, y cumpliéndose las demás exigencias procedentes. En dicho caso, 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.”

En caso de no cumplirse con todos los requisitos señalados en el nuevo artículo 35 ter., puede realizarse una mediación excepcional que, a diferencia de la “común” no suspende el procedimiento y el acuerdo exitoso sólo se considera como antecedente para la determinación de la pena, medidas cautelares o sustitución y remisión de la condena.

“Artículo 35 sexies. Efectos de la mediación frustrada. Si la mediación se frustrare por una causa que no fuere atribuible al imputado y hubiere sido posible constatar signos concretos de responsabilización, el mediador deberá dejar 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.

Fuera de los casos mencionados en el inciso precedente, todo proceso de mediación, frustrada o exitosa, y todos los antecedentes referidos a aquél, se registrarán por lo dispuesto en el artículo 335 del CPP. Con ello ninguna de las actuaciones o

comunicaciones, verbales o escritas, de las partes que se realicen durante el proceso de mediación, podrá ser ventilada o comunicada a terceros, sin el expreso consentimiento previo y por escrito de ambas partes, encontrándose el mediador resguardado por el secreto profesional. Con todo, el mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que se constatare un riesgo inminente respecto de la integridad física y/o psíquica de niños, niñas, adolescentes o personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

En este nuevo artículo se trata el caso de una mediación frustrada que lo ha sido por razones no atribuibles al imputado y en que el mismo muestre señales claras de responsabilización. Si esto ocurre el mediador puede remitir estos antecedentes al tribunal y podrán estos beneficiar al imputado en caso de una condena (ya sea su aplicación, remisión o sustitución). Junto con lo anterior, refiere un principio importantísimo en la mediación, como lo es la confidencialidad y el secreto profesional del mediador.

Artículo 35 septies. Programa de mediación. A los efectos de lo dispuesto en el presente párrafo, el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil dispondrá de un programa especial de mediación penal, integrado por mediadores públicos o contratados de conformidad a la ley N°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 artículo 33 de la Ley Orgánica que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.

En todo caso, para inscribirse en el Registro del inciso anterior, se requerirá poseer título profesional de una carrera universitaria que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste; acreditar formación especializada en mediación y en materias de infancia, adolescencia, victimología, proceso penal juvenil y justicia restaurativa. y no haber sido condenado por crimen o simple delito, condenada por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 8° de la ley N° 20.066 o sancionada por la ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

El incumplimiento de los requisitos y de los principios establecidos en el artículo siguiente por parte del mediador, será considerado una falta grave y dará lugar a las sanciones administrativas procedentes. Se deberán asimismo adoptar las medidas sancionatorias que procedieren en ejercicio de las facultades de supervisión y asistencia técnica que se reconocen al Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. En su caso, se deberá hacer uso de las sanciones previstas en el artículo 48 de la Ley que crea dicho Servicio

El programa de mediación penal deberá también ofrecer un mecanismo que permita a las partes acceder a la información necesaria para resolver su intervención en el programa de mediación. El programa se encargará además de la supervisión del cumplimiento de los acuerdos alcanzados y de las certificaciones que correspondan.

La mediación de que trata este párrafo será siempre gratuita para las partes.

Toda persona que cumpla funciones como mediador deberá informar mensualmente al Ministerio Público o al Tribunal, según corresponda, sobre el desarrollo del proceso técnico de la mediación.

El programa de mediación estará a cargo del Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil y estará compuesto por mediadores públicos o contratados de acuerdo a la ley 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Los mediadores deberán estar inscritos en un Registro de Mediadores Penales, creado para estos efectos mediante reglamento, el cual contendrá, entre otras cosas, los requisitos para ser mediador.

La mediación de que se hará cargo este programa tendrá el carácter de gratuita y deberá contemplar, además, mecanismos de supervisión del cumplimiento de acuerdos y certificaciones de los mismos y un mecanismo que permita a los usuarios acceder a información.

Por último, para la persona del mediador se establece la obligación de informar sobre sus labores al Ministerio Público o al Tribunal. Junto con esto se establecen sanciones en caso de incumplimiento de los requisitos y principios que la ley establece para las personas mediadoras.

III. Justicia Restaurativa y Mediación Penal

El movimiento de justicia restaurativa no tiene un origen específico, ni una definición unívoca, puesto que en ella se agrupan diversos objetivos, metas, pilares y hasta métodos, lo que hace que tener un concepto delimitado de ella sea extremadamente difícil. Sin embargo, algo en que hay mayor acuerdo entre los exponentes y defensores de este movimiento y es que este nace como crítica al

sistema penal tradicional que ve a la persona del delincuente como un enemigo que se enfrenta al Estado cuando comete un hecho que va en contra de las normas que éste ha entregado a sus ciudadanos y a sí mismo. Ante esto, la justicia restaurativa viene a ampliar la esfera de los participantes en el proceso penal (Zehr, 2010: p.18), mediante una serie de métodos y herramientas⁷ que buscan en definitiva enmendar el daño que ha causado el infractor.

Con esto en mente, pueden citarse dos conceptos o definiciones en que nos basaremos para el posterior tratamiento de este tema. En primer lugar, se considera pionero en el movimiento de justicia restaurativa al profesor Howard Zehr, quien en su Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa (2010: p. 45) la define, luego de referirse exhaustivamente a aquello que esta no es, como “un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”. Pero, además, de acuerdo a la profesora Alejandra Mera, una de las mayores exponentes sobre justicia restaurativa en el país, una de las definiciones que más suele citarse es la del profesor Marshall, para quien la Justicia Restaurativa es “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro” (Mera, 2009: p. 169, cita al pie 8).

Si bien ambas definiciones citadas concuerdan que se trata de un proceso y que este es colectivo, mientras Zehr se refiere a las personas interesadas, Marshall habla de las partes involucradas, lo que es una diferencia sutil, pero de gran importancia. Lo anterior se debe a que, si bien todas las partes involucradas directa o indirectamente en la comisión de un delito pueden participar en el proceso responsabilizador y restaurador del mismo, sólo aquellas interesadas serán quienes participen de manera activa y logren, finalmente, los objetivos del mismo.

De la misma forma, donde Zehr determina como objetivo del proceso el “sanar y enmendar daños” que ha causado el delito, Marshall se refiere a las “consecuencias inmediatas y repercusiones a futuro”. Nuevamente, esta sutil diferencia, que puede incluso considerarse sinonimia de conceptos, implica una especialización en el concepto del profesor Marshall puesto que, creemos, no deben solamente repararse los daños efectivamente producidos por el delito, sino que el proceso para ser efectivo debe también considerar las repercusiones que tendrá este a futuro; en lo que nos compete,

⁷ “los procesos restaurativos son aquellos en los que la víctima y el victimario y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito, participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de una persona facilitadora” (Choya Forés, 2014-2015: pp. 15 y ss.)

esto puede referirse a delitos similares futuros y cómo prevenirlos así como también la comisión de otros delitos por parte del ofensor.

Como se mencionó, los objetivos de la Justicia Restaurativa en sí varían dependiendo de su autor, por lo que se hace necesario resaltar aquellos que consideramos más relevantes para este estudio, como lo son: la reparación de los daños y en general las consecuencias que derivan de la comisión del delito, tratar las causas de este y tratar al ofensor también como víctima del delito (Zehr, 2010: pp. 35 y ss.). Lógicamente, los objetivos adquieren importancia cuando nos referimos a los métodos, puesto que estos deben tenerlos siempre en la mira.

En la implementación práctica de la Justicia Restaurativa, es posible distinguir principalmente tres tipos de estrategias:

1.- Conferencia de Familia o grupo de comunidad. Este proceso consiste en la reunión de la víctima, del infractor, de su familia y miembros de la comunidad, cuya misión es reflexionar de qué modo se van a determinar las consecuencias del delito o agresión. El objetivo de la reunión es permitir a la víctima hacerse parte en la respuesta al delito, permitiéndole manifestar cuál ha sido el impacto de la conducta en su vida, se manifiestan directamente al ofensor las consecuencias de su actuar, logrando ver de modo concreto cuáles han sido éstas y en quién se han producido, facilitando de este modo su responsabilización. Con ello, se compromete la ayuda y colaboración de agentes especializados para lograr la reparación y enmiendas necesarias por parte del infractor.

2.- Tratados de paz o círculos de sentencia: Esta estrategia restaurativa, tiene por objeto hacer partícipes a miembros de la comunidad, víctimas, defensores de las mismas, agresores, policía, fiscales y jueces entre otros, de un plan de sentencia apropiada y que recoja todos los intereses de los participantes, en orden a reparar a los afectados, promoviendo en ello la escucha y participación de todos los presentes, en orden a la creación de soluciones constructivas, que recojan el sentido y los valores de la comunidad.

3.- Mediación víctima-infractor: Este mecanismo restaurativo le ofrece voluntariamente a la víctima la posibilidad de reunirse con el agresor, ya sea directa o indirectamente. Para ello previamente se estructura el encuentro de manera de garantizar su seguridad. En este proceso son asistidos por un mediador especializado, quien dirige el encuentro con miras a lograr la comprensión por parte del ofensor del impacto de su actuar sobre la víctima, asumiendo así su responsabilidad, en aras a que, de ser posible, ambos conjuntamente puedan establecer un plan o acción para reparar el daño.

Es indispensable hacer algunas precisiones con relación al concepto de reparación, entendida, en términos generales, como la compensación del daño realizado por el victimario a la víctima. La

reparación es un objetivo prioritario en los procesos de mediación penal. El sujeto primario de acción es la víctima y luego la comunidad. Generalmente es comprendida por el victimario, también, como una reparación hacia sí mismo y hacia la comunidad que ha dañado al no cumplir sus normas.

Todas las estrategias previamente descritas, requieren para su implementación, previa e indiscutidamente que el agresor asuma su participación en el hecho o agresión.

1. Mediación Penal

El desarrollo de la mediación penal, como estrategia, práctica o técnica específica de Justicia Restaurativa, tuvo sus orígenes principalmente en Estados Unidos, a finales de la década de 1970. En sus inicios, los operadores jurídicos no veían con seriedad al movimiento de Justicia Restaurativa y la incorporación de la mediación como modalidad de resolución alternativa de conflictos en materia penal. No obstante, continuó desarrollándose y expandiéndose, atendidos sus buenos resultados.

La mediación entre una persona que ha sido víctima del daño cometido por un delito y la persona que causó el daño por cometer el delito, se denomina Mediación Penal o mediación víctima-victimario. "La mediación víctima-victimario es un proceso que provee a las víctimas interesadas la posibilidad de reunirse con el victimario, en un proceso seguro y estructurado, cuyos objetivos son por una parte que el victimario sea capaz de hacerse cargo de los efectos causados por su comportamiento, como por otra, el de asistir o ayudar a la víctima" (Campos y Osorio, 2003: p.151).

Con la asistencia de un mediador entrenado, la víctima es capaz de hacer saber al victimario u ofensor como el delito afectó su vida, recibir respuestas a las preguntas que pueda tener, y estar directamente comprometida en el desarrollo de un plan de reparación para que sean resarcidas las pérdidas en que incurrió. Por su parte, el ofensor es capaz de asumir la responsabilidad directa de su comportamiento, aprender del impacto o consecuencia de sus actos, y desarrollar un plan para enmendar o reparar a la persona que dañó.

Estos programas reciben la derivación de casos en distintas instancias. Algunos, primariamente, como una alternativa a la persecución penal, sin determinación de culpabilidad, la que queda descartada en el evento del logro de un acuerdo que sea satisfactoriamente cumplido. En otros, la derivación se produce tras un formal reconocimiento de culpabilidad en el procedimiento judicial, por el agresor, con la condición de que la reunión o conferencia sea una alternativa a la persecución penal, si la víctima consiente en ello. Otros programas operan en ambos sentidos.

1.1. Principios de la mediación penal

Si bien en el ámbito conceptual se distinguen algunas diferencias entre las distintas definiciones propuestas para la mediación penal, donde sí hay un relativo consenso es en los principios que la inspiran (ECOSOC, 2002):

- El delito es un acto que atenta contra las relaciones humanas; y sólo secundariamente constituye una transgresión a la ley.
- Las víctimas y la comunidad ocupan un lugar central en los procesos de administración de justicia. - Se reconocen los roles de la víctima y del agresor en la solución del conflicto. Reconocimiento de las necesidades y derechos de la víctima y la necesidad de que el agresor asuma su responsabilidad.
- La prioridad máxima de los sistemas de administración de justicia es ayudar a las víctimas; La segunda prioridad es rehabilitar a la comunidad;
- El delincuente tiene una responsabilidad personal ante las víctimas y ante la comunidad por los delitos cometidos;
- La experiencia de participar en un proceso de mediación penal permitirá al delincuente mejorar su competencia y entendimiento individual y social;
- Las partes interesadas comparten responsabilidades en el proceso de mediación, colaborando entre sí, en la determinación de responsabilidades y obligaciones, hacia el futuro.

1.2. Diferencias entre la mediación penal y otras formas de mediación

Las principales diferencias tanto de fondo, como de forma, pueden enunciarse en las siguientes:

- Inexistencia de una relación previa entre las partes;
- Desequilibrio de poder;
- Reuniones preliminares separadas;
- Características particulares del conflicto penal;
- Acento en el diálogo y la empatía; y no en el logro de un acuerdo.
- El significado de la neutralidad.

Mientras las otras formas de mediación están orientadas, aun cuando no exclusivamente, a la obtención de un acuerdo o solución, la mediación penal se orienta a la existencia del diálogo entre las partes, con énfasis en la protección y sanación de la víctima, en la responsabilidad del ofensor y la reparación de las pérdidas. Se diferencian también en cuanto a su estructura, así mientras en otras mediaciones el mediador conoce a las partes en una sesión inicial conjunta, en la mediación penal, el mediador se encuentra inicialmente con ellas en sesiones de premediación separadas, a fin de conocerlas, de estimular el diálogo y la confianza, identificando sus fortalezas y debilidades.

Sin perjuicio de que la mayoría de los procesos de mediación penal concluyen en la suscripción de un acuerdo, este es secundario al proceso de diálogo entre las partes. Numerosos estudios han demostrado que el acuerdo de reparación es menos importante para la víctima que la oportunidad de hablar directamente con el ofensor acerca de sus sentimientos en relación al daño producido.

1.3. Fases de la Mediación Penal

En el ámbito de la mediación penal, si bien no es posible hablar de un modelo universal, es posible distinguir fases que generalmente están presentes en los distintos modelos. Su extensión temporal varía casuísticamente y de acuerdo a las corrientes teóricas a que se adscriba cada programa. Dichas fases son las que a continuación se describen:

a) Fase de admisión. En ella, el objetivo central es identificar los casos que son mediables. Para esto, es necesario evaluar en los involucrados aspectos fundamentales. Aquí, la víctima identifica si está dispuesta a participar e iniciar un proceso relacional vincular con el autor del delito, si ha superado los efectos traumáticos de este y si está en disposición de escuchar al victimario. Respecto del victimario, sólo habrá lugar para una mediación penal cuando el agresor reconoce su participación en el hecho, y reconoce a la víctima como inocente, la culpabilidad o inocencia del ofensor, no es por tanto materia u objeto de mediación. Debe asimismo, establecerse la ausencia de diagnósticos de enfermedades psiquiátricas, pronóstico favorable de rehabilitación y la existencia de habilidades comunicacionales adecuadas para desarrollar el proceso dialógico de mediación.

b) Fase de preparación de la mediación. Su objetivo central es generar las condiciones individuales y contextuales indispensables para llevar adelante la mediación. Lo anterior dice relación con, primero, tomar los resguardos necesarios para velar por la seguridad de la víctima y evitar su revictimización. Y luego, realizar sesiones privadas con cada parte, en la cantidad que sea necesaria, con el propósito de describir el servicio de mediación en cuanto a sus principios, características y metodología y, conocer la versión de hechos que cada parte trae. La importancia de trabajar este punto en sesiones privadas se refiere al proceso de exploración de emociones e ideas que cada parte llevará a la mediación y cómo se hará cargo de ellos responsablemente en el proceso que iniciará. Paralelamente se plantea que el mediador debe lograr, en este período previo, legitimarse y obtener la confianza de las partes. Para ello, la primera sesión o entrevista individual debe ser con el ofensor, antes de contactar a la víctima, para verificar la posibilidad real de llevar adelante un proceso de mediación entre ambas. Esta sesión inicial con el ofensor tiene por objeto oír las experiencias del mismo, proveerle de información acerca del proceso, de la relación de éste con el sistema judicial, de sus derechos, y de los recursos disponibles para él dentro del sistema. También se le provee

información acerca de los riesgos y beneficios de la mediación en su particular situación. Luego de ello, el mediador debe ayudar al ofensor a prepararse para la sesión conjunta de mediación, ayudándole a entender la experiencia de la víctima, también a pensar en las posibles pérdidas de la víctima, y a elaborar opciones para repararlas. La sesión inicial con la víctima, por su parte, tiene por objeto establecer una relación de confianza y credibilidad hacia ella, escuchar sus experiencias, entregarle información y responder preguntas, como ofrecerle considerar la posibilidad de la mediación como opción. En este sentido el mediador debe desarrollar una actitud efectiva de comunicación, evidenciando empatía y capacidad de escucha, lo que se traducirá en la sensación de validación de la víctima, o su empoderamiento. El mediador deberá estar atento a sus necesidades y pronto a ofrecer recursos disponibles, si ellos son requeridos. La determinación del momento en que se producirá la reunión entre la víctima y el ofensor, debe efectuarse cuando sea conveniente para ambas, especialmente cuando la víctima se sienta preparada.

c) Fase de mediación. Es la fase de mediación propiamente tal. Su objetivo es ofrecer la oportunidad para que la víctima y el victimario contribuyan a que el otro se recupere al compartir el dolor y el arrepentimiento a través de la comunicación y diálogo restaurador. La mediación no necesariamente está orientada al logro del acuerdo reparatorio, salvo en aquellos casos que son remitidos por la vía judicial, donde de no producirse, se continúa con la tramitación judicial del caso. En todo caso, la reparación puede ser incluso de carácter simbólico. En esta fase el mediador despliega toda su experticia técnica con el propósito de lograr el objetivo de la comunicación y el diálogo reparatorio. Generalmente es la víctima quien decide quien inicia el diálogo. Sin perjuicio de ello el mediador debe garantizar que cualquiera sea el orden, ambas historias deben ser completamente escuchadas, el mediador debe tener una actitud positiva, neutral, que facilite la creación de una atmósfera que conduzca al diálogo, a un proceso de construcción positiva de una reparación de beneficio mutuo. Para ello deberá acordar con los participantes las directrices del proceso, que basadas en el respeto mutuo, le permitirán ser guardián del mismo.

d) Fase de seguimiento. Los objetivos de esta fase son controlar el cumplimiento del acuerdo, si este se produjo. La ejecución de esta fase involucra la realización de sesiones privadas y eventualmente desarrollar sesiones conjuntas, con el propósito de revisar el cumplimiento del acuerdo, reforzar el proceso de responsabilización del victimario que debe dar cuenta de sus actos y de la víctima en cuanto a la elaboración de la reparación. Además permite la renegociación en caso de haber problemas posteriores.

2. Mediación Penal Adolescente

En el marco del nuevo paradigma de la responsabilidad penal juvenil los servicios de administración de justicia deben adecuar sus procedimientos y herramientas a fin de permitir que las medidas socioeducativas cumplan con su finalidad específica.

Existen distintas estrategias o prácticas de justicia restaurativa en un contexto juvenil, la forma más aplicada son las conferencias de grupo familiar (Zinsstag, Teunkens y Pali 2011), entendido como “un proceso en que el joven, su familia, la víctima del delito y profesionales relevantes (por ejemplo, la policía, trabajadores sociales y el facilitador) se juntan para formar un plan para hacer frente a la ofensa cometida por ese niño”. Se puede aplicar conferencias en todas las etapas del sistema de justicia penal (Lynch, 2010: p. 163). Otra forma de justicia restaurativa frecuentemente aplicada trabajando con jóvenes es la mediación víctima-ofensor, el cual, como se explicó, es un proceso en que la víctima, el ofensor y un mediador independiente se juntan para resolver el conflicto.

Con base en los conceptos de justicia restaurativa, con el aporte multidisciplinario, una fuerte raigambre en los derechos humanos fundamentales y la participación comunitaria, los modelos de métodos alternativos de resolución de controversias, como la mediación, vienen a ocupar un lugar privilegiado para el abordaje de la problemática de los jóvenes a quienes se les atribuya la comisión de actos que encuadren en infracciones a la norma penal. El sistema penal tradicional además de ser un reproductor de la violencia a través de las respuestas coercitivas y la estigmatización, no brinda el espacio para una positiva responsabilización, la reparación del daño y la reactivación de los vínculos sociales. Más que una salida alternativa al procedimiento judicial se trata de una verdadera práctica transformadora tendiente a desarrollar el potencial de cambio en los jóvenes, para que puedan, a través de la participación en un espacio de diálogo, ser protagonistas de la construcción de su personalidad autónoma.

Se pueden sintetizar los objetivos de la aplicación de la mediación penal juvenil como los siguientes:

- Búsqueda de la paz social
- Responsabilidad positiva del adolescente
- Protagonismo de la víctima
- Reparación del daño
- Participación de la familia y la comunidad

IV. Desafíos del Proyecto

Primeramente, debe hacerse referencia a los desafíos formales que presenta el Proyecto, en especial las discusiones parlamentarias y los frenos que se le han puesto. El trabajo y los recursos que se han invertido en este Proyecto, en el piloto que lo antecedió y que aún continúa vigente hasta el día de hoy, se han visto entorpecidos por rechazos a modificaciones mínimas, dejando un Proyecto que si bien, como se verá más adelante, no es perfecto y tiene falencias, significa un gran avance en el tratamiento que se le da a jóvenes infractores de ley, con todo lo que eso implica, a merced del clima político y a la contingencia nacional.

Cabe recordar que este Proyecto de Ley actualmente se encuentra a la espera de ser discutido por una Comisión Mixta, debido a las discrepancias que surgieron entre las Cámaras respecto a ciertas disposiciones, incluyendo algunas relativas a la mediación penal. Por lo anterior, en aquellas cuestiones que hayan sido objeto de enmiendas por parte de la Cámara de Diputadas y Diputados, se efectuará una revisión comparativa de dichas modificaciones y las normas que fueron previamente aprobadas por el Senado, con el fin de evaluar los beneficios y desventajas de ambas propuestas, teniendo presente el compromiso adquirido por el Estado chileno de proteger y garantizar los derechos de las y los adolescentes, como también los fines de prevención especial y de reinserción social que debe perseguir el sistema de justicia penal juvenil, en virtud de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.

Catherine Ríos, quien es abogada asesora de la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública y ha trabajado y visto de primera fuente el desarrollo de este Proyecto de ley y los pilotos en medio penal a los que se hizo mención, en entrevista con estas autoras nos expresó al respecto que:

“En el Proyecto de ley, las cuestiones quedaron zanjadas tal como están, pero no sé si este Proyecto verá la luz con este cambio de gobierno. Le quitaron la urgencia, los últimos seis meses tampoco son procesos legislativos activos y no avanzará mucho más. Hay que ver si el próximo gobierno hará cambios sustantivos al Proyecto, lo tomará como está o lo retira y lo presentará nuevamente.

Este Proyecto lleva desde el gobierno de Lagos y desde el primer gobierno de Bachelet todas las reformas han quedado estancadas, pero en el segundo gobierno de Piñera se siguió con la tramitación del segundo gobierno de Bachelet debido al dinero invertido en este.

Si este Proyecto pasaba a votación general con las indicaciones subsanadas, lo de mediación quedaba tal cual como está porque no existían indicaciones nuevas al respecto.”

Luego, en cuanto al contenido del Proyecto propiamente tal, utilizaremos la misma división que se aplicó anteriormente, es decir, por una parte respecto al Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil y luego respecto a las normas que se incorporan a la ley 20.084, en particular sobre mediación penal.

1. Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil.

Respecto al Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, creemos, a grandes rasgos, que falla en la explicación de ciertos principios, específicamente respecto a los de especialización y el de orientación de la gestión hacia las personas usuarias. En primer lugar, el principio de especialización está concebido como diferencia de este sistema penal adolescente respecto del sistema común, sin decir en qué aspectos debe marcarse la diferencia, más allá del hecho de que los sujetos son diferentes.

Por otro lado, el principio de orientación de la gestión hacia el o la adolescente, que en realidad se trata de una orientación hacia la integración social de estos, no explica en qué sentido debe ser esta orientación; se incluyen en la ponderación sus condiciones sociales y familiares, pero no se considera, por ejemplo, el acompañamiento del adolescente en la creación y aplicación de un plan de vida que pueda, efectivamente hacerlo modificar y/o abandonar toda conducta delictiva, objetivo que se explicita no sólo en el contenido de los artículos, sino también en el mensaje del Proyecto.

Además, respecto de un principio incorporado en las últimas modificaciones (las cuales fueron rechazadas), el cual se refiere a la separación y segmentación en el proceso, nuevamente no explica el contenido del principio, ni se hace referencia a otro cuerpo legal que pueda otorgarlo, como sí sucede con los principios de interés superior de el o la adolescente. Lo anterior es, en pocas palabras, una falta de consistencia y de contenido en la nueva normativa, lo que crea lagunas que tendrán que ser llenadas por los operadores del Sistema, lo que terminará por generar inconsistencias y resultados disímiles.

2. Análisis crítico del diseño legal que propone el Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil para la implementación de la mediación penal juvenil.

El propósito de esta sección es hacer un examen de aquellas normas con las que se pretende regular la incorporación de la estrategia restaurativa conocida como mediación penal o mediación víctima-infractor al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, contenidas en el Proyecto de Ley. Este análisis se hará a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de justicia para jóvenes infractores de la ley penal; los postulados formulados por la doctrina sobre

justicia restaurativa, mecanismos restaurativos y responsabilidad penal adolescente; las experiencias exitosas de mediación penal juvenil en derecho comparado y las experiencias piloto de mediación víctima-victimario en contexto de justicia juvenil que han sido desarrolladas en Chile. Sin embargo, antes de entrar en detalle y las críticas pormenorizadas al articulado, es menester criticar la deficiente técnica legislativa utilizada para su redacción, resultante en un Proyecto enredado y derivativo, sin una buena sistematización que hace compleja su lectura y entendimiento.

Por lo anterior, se hace necesario reordenar el contenido del Proyecto para facilitar el entendimiento de las críticas posteriores. Es posible categorizar el tratamiento que se da a la mediación penal en cinco temas principales, a saber: la recepción de la mediación penal, es decir, la forma en que se concibe la misma en el Proyecto; los principios de la mediación penal, que son los de voluntariedad, gratuidad, igualdad, imparcialidad y confidencialidad (con excepciones); la procedencia de la mediación penal, que contempla una regla general de derivación, casos de derivación prohibida, de derivación restringida y de derivación excepcional especial; oportunidad de la mediación penal, la cual dependiendo del caso puede darse antes de la formalización o después de la formalización, además de un caso especial durante la condena del imputado; y, finalmente, los efectos de la mediación penal, que contempla efectos de la derivación, de la mediación con acuerdo y de la mediación frustrada excepcional (Fernández, 2021).

Hecha esta sistematización, a continuación se identifican aquellos nudos críticos del Proyecto de Ley que lo debilitan y tornan insuficiente para efectivamente incorporar el enfoque de justicia restaurativa al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, dificultando con ello la implementación de la mediación penal juvenil como estrategia restaurativa, al no atender a sus particulares características, objetivos y resultados. Lo anterior, en aras a diseñar propuestas que puedan ser un aporte en futuros debates y que promuevan una adecuada adopción de los principios y técnicas de justicia restaurativa, como también que estén orientadas a superar la concepción y regulación de la mediación penal como mero mecanismo de diversificación, en virtud de la cual surgen limitaciones indebidas a su cobertura. Dichas restricciones al ámbito de aplicación de la mediación penal juvenil, merman el potencial de esta técnica restaurativa para dar un mayor cumplimiento al principio de desjudicialización y, con ello, contrarrestar la estigmatización de jóvenes en conflicto con la ley penal, lo cual a su vez, ayudaría a disminuir la reincidencia de las y los adolescentes infractores, contribuyendo así a satisfacer exigencias propias de un sistema penal juvenil.

2.1. Nuevo artículo 35 ter:

2.1.1 Ámbito de aplicación de la mediación penal.

En cuanto al ámbito de aplicación de la mediación penal juvenil, en el inciso primero del artículo 35 ter, se establece expresamente una limitación legal para la procedencia de este mecanismo restaurativo, al disponer que sólo *será aplicable en causas susceptibles de SCP, acuerdo reparatorio o principio de oportunidad*. En virtud de lo anterior, la cobertura de la mediación penal queda determinada por la concurrencia de los requisitos que se contemplan en la ley para optar a alguna de las salidas alternativas indicadas o para ejercer el mecanismo de selección de casos mencionado.

Con la intención de explicar las implicancias de esta delimitación, a continuación se revisarán las circunstancias imprescindibles para la aplicación de cada una de las instituciones jurídicas aludidas:

i) Acerca de la suspensión condicional del procedimiento (SCP), es preciso mencionar que ésta tiene cabida en procesos penales contra jóvenes infractores de ley por aplicación del artículo 27 de la ley N°20.084 sobre responsabilidad penal para adolescentes, el cual determina que las normas del CPP se aplicarán supletoriamente. En virtud de lo anterior y por aplicación del artículo 237 del CPP, *actualmente* se admite la posibilidad de que el fiscal, con el acuerdo del adolescente imputado, solicite al juez de garantía que se suspenda condicionalmente un procedimiento penal juvenil cuando la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad; el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y no tuviere vigente una SCP, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

Además, cabe señalar que tratándose de imputados por delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto; por los contemplados en los artículos 361 a 366 bis y 367 del Código Penal; por los delitos señalados en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; por los delitos o cuasidelitos contemplados en otros cuerpos legales que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley N°17.798, y por conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas, el fiscal deberá someter su decisión de solicitar la SCP al Fiscal Regional.

Por último, es importante destacar que es el juez de garantía quien establece las condiciones a las que deberá someterse el imputado, durante el plazo que determine, el cual para los adultos no podrá ser inferior a un año ni superior a tres, por disposición del mismo artículo 237 del CPP, mientras

que para las y los adolescentes infractores, por aplicación del nuevo inciso cuarto del artículo 41 de la ley N°20.084, no podrá ser inferior a seis ni superior a doce meses⁸.

Los requisitos antes descritos configuran un ámbito de aplicación limitado para la SCP. Sin embargo, respecto a la procedencia de esta salida alternativa en un proceso penal juvenil, conviene tener presente además la Instrucción General que imparte criterios de actuación en materia de Responsabilidad Penal Adolescente, contenida en el Oficio FN 483/2009, emitido por el 18 de agosto de 2009 por el ex Fiscal Nacional del Ministerio Público, don Sabas Chahuán Sarrás. En el punto 5.2 del título II de este instructivo, se sostiene que en atención a las especiales características de la etapa de desarrollo en que se encuentran las y los adolescentes, conviene ampliar algunos criterios de actuación en materia de SCP, especialmente considerando la probabilidad que sea el *primer contacto con el sistema penal*, disponiendo que:

- a) Tratándose de bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, los fiscales podrán favorecer las SCP en hurtos, robos no violentos y receptación.
- b) Tratándose de delitos sexuales señalados en el artículo 4° de la LRPA, pero que no alcanzan a estar comprendidos en la excusa legal absolutoria que la misma disposición contempla, siempre que se constate la existencia de una relación afectiva de base y una corta diferencia de edad entre el hechor y el sujeto pasivo, se podrá proponer una SCP, verificándose los requisitos indicados para estos casos por la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales, contenida en el Oficio FN N° 160/2009 de 30 marzo de 2009.
- c) Con respecto a los otros delitos sexuales, fuera del contexto anterior, se estará también a los criterios impartidos en la citada Instrucción General.
- d) Se privilegiará la utilización de esta salida si el adolescente presentase consumo problemático de drogas, y existiese la adecuada oferta local para tratar esta adicción, tomando en cuenta las consideraciones siguientes:
 - Tratándose de robos con violencia e intimidación, en atención a la rebaja inicial de pena del artículo 21 de la LRPA, y para los casos con imputados adolescentes *sin habitualidad delictiva*, se podrá considerar procedente esta salida, cuando *no se haya hecho uso de armas de ningún tipo, concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante*. Reuniéndose

⁸ El 30 de noviembre del 2021 fue publicada la ley N°21.394, que introduce reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, la cual en su artículo 2° dispuso: *Incorpórase, en el inciso cuarto del artículo 41 de la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, a continuación de la voz “suspensión condicional del procedimiento”, la siguiente frase: “por un plazo no inferior a 6 ni superior a los 12 meses”.*

estos requisitos, deberán evaluarse, por el fiscal, además, las características particulares del hecho, la extensión del daño y las herramientas concretas con que se cuenta al nivel local para dotar de contenido la condición de la SCP. En los casos de esta salida alternativa, las condiciones a cumplir y la viabilidad de su ejecución son elementos determinantes en la elección que haga el fiscal.

- Tratándose de delitos de la Ley N° 20.000 y conteste con la Instrucción General, que imparte criterios de actuación en materia de Ley de Drogas, contenida en el oficio FN N° 061/2009, de 30 de enero de 2009, se podrá suspender condicionalmente respecto del tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas del artículo 4°, para el caso de imputados menores de 18 años, pero mayores de 14. Nuevamente, se previene la necesidad que el fiscal evalúe las herramientas concretas con que se cuenta al nivel local para dotar de contenido a la condición impuesta. El carácter excepcional establecido en dicha Instrucción, se modera tratándose de adolescentes que presenten consumo problemático de drogas y una de las condiciones establecidas sea el sometimiento a tratamiento de rehabilitación por adicción a drogas.

Hasta ahora, todo lo expuesto dice relación con el estado actual de las exigencias establecidas para la procedencia de la SCP en materia de Responsabilidad Penal Adolescente. Empero, el mismo Proyecto, en su artículo 56 numeral 26⁹, propone una serie de modificaciones dirigidas a precisar la aplicación de esta salida alternativa en el marco de un proceso penal juvenil. Particularmente, en cuanto a los requisitos legales para suspender condicionalmente un procedimiento, dispone:

“Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento procederá conforme a las reglas generales, sin perjuicio de las siguientes excepciones:

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

⁹En lo pertinente a la procedencia de la SCP, este artículo dispone el siguiente artículo 35 bis nuevo: “Artículo 35 bis.- Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento procederá conforme a las reglas generales, sin perjuicio de las siguientes excepciones: 1. No será aplicable lo dispuesto en la letra a) del artículo 237 del Código Procesal Penal, pudiendo decretarse en cualquier caso, a menos que la pena resultante de lo dispuesto en el artículo 21 fuese de aquellas que señala el numeral 1 del artículo 23. 2. Se podrá decretar por un plazo no inferior a 6 ni superior a los 12 meses; (...)”.

Con esta norma, se busca ampliar los casos que serán susceptibles de SCP en materia de responsabilidad penal adolescente, pues establece que en principio esta salida alternativa podrá ser decretada *en cualquier caso*, dejando sin aplicación la limitación contenida en las normas generales, en cuanto a que la pena que pudiere imponerse al imputado, en caso de condena, no debía exceder de 3 años de privación de libertad. No obstante, dispone además que, si a partir de la aplicación del nuevo artículo 21¹⁰ de la ley N°20.084, la pena resultante fuese de aquellas que señala el numeral 1 del artículo 23¹¹ del mismo cuerpo legal, es decir, que supere los 5 años de privación de libertad (debiendo el tribunal aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social), no podrá ser decretada la SCP.

De la revisión armónica de las normas citadas, es posible concluir que en caso de ser promulgado el Proyecto de Ley, la SCP podrá ser decretada en un proceso penal juvenil cuando:

1. La pena que pudiera imponerse al adolescente infractor de la ley penal, no excediera los 5 años de privación de libertad.
2. El o la adolescente no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. Es decir, cuente con irreprochable conducta anterior.

¹⁰El Proyecto de Ley en su artículo 56 numeral 13, propone que se sustituya el actual artículo 21 de la ley N° 20.084, por el siguiente:

“Artículo 21.- Reglas para la determinación de la pena de base. Para establecer la pena que servirá de base a la determinación de la que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para cada uno de los delitos correspondientes, las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del Código Penal que resulten aplicables, con excepción de lo dispuesto en el artículo 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 artículo 351 del Código Procesal Penal”.

¹¹En lo pertinente a este trabajo, el Proyecto de Ley en su artículo 56 numeral 14, propone que se modifique el artículo 23 de la ley N° 20.084, en el siguiente sentido:

“Artículo 23.- Reglas para la determinación de las alternativas de pena. La determinación de las penas que podrán imponerse a los adolescentes conforme al siguiente artículo, se regirá por las reglas siguientes:” (...)

c) Sustitúyense en el número 2) las expresiones “internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social”, por las siguientes: “la libertad asistida especial con reclusión parcial”.

d) Sustitúyense en los números 3) y 4) las expresiones “internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social”, por las siguientes: “la libertad asistida especial con reclusión parcial”.

e) Sustitúyese el número 5, por el siguiente:

“5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días, o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad o multa, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado o amonestación.”.

f) Modifícase la tabla demostrativa en el siguiente sentido:

i) Suprímese en el tramo que va “Desde 5 años y un día” las expresiones “-Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.”.

ii) Sustitúyense las expresiones “Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social”, por las siguientes: “Libertad asistida especial con reclusión parcial” las tres veces que aparece.

iii) Sustitúyense las expresiones “Libertad asistida en cualquier de sus formas”, por las siguientes “Libertad asistida simple o especial”, las dos veces que aparece.

iv) Suprímese la expresión “- Multa”. (...)

3. El o la adolescente no tuviere vigente una SCP al momento de la comisión de los hechos.

A estas exigencias “generales” que habilitan la posibilidad de adoptar esta salida alternativa, es necesario agregar el deber del fiscal de someter su decisión de solicitar la SCP al Fiscal Regional, cuando se tratase de casos sobre delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto; los contemplados en los artículos 361 a 366 bis y 367 del Código Penal; los señalados en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; los delitos o cuasidelitos contemplados en otros cuerpos legales que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la citada ley N°17.798, y por conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas.

Además de los requisitos legales indicados, cabe tener presentes los ya mencionados criterios de actuación dictados por la Fiscalía Nacional, contenidos en la Instrucción General Oficio FN 483/2009, referidos, en particular a: 1) los delitos de hurto, robos no violentos y receptación; 2) los delitos sexuales; 3) la situación de las y los adolescentes con consumo problemático de drogas, que hayan cometido: a) robos con violencia e intimidación, cuando no se haya hecho uso de armas de ningún tipo, concurran dos o más atenuantes y ninguna agravante y b) tráfico de pequeñas cantidades de drogas, del artículo 4º de la ley 20.000, para el caso de imputados menores de 18 años, pero mayores de 14.

ii) Por otro lado, el acuerdo reparatorio, también es una salida alternativa contemplada en materia de responsabilidad penal adolescente, por aplicación supletoria del artículo 241 del CPP, en virtud del artículo 27 de la ley N°20.084. Según lo dispuesto en dicho artículo 241, la o el joven infractor de ley penal y la víctima, podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará si verificare que han concurrido al acuerdo prestando su consentimiento libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A su vez, dispone que, en principio, sólo procederán respecto a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos. Sin perjuicio de ello, recientemente fue ampliado el catálogo de delitos susceptibles de acuerdos reparatorios¹², añadiéndose los delitos de los artículos 144

¹² Con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.394 que introduce reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, el 30 de noviembre de 2021, modificó el artículo 241 del CPP, incorporándose el nuevo inciso tercero siguiente:

“Sin perjuicio de lo señalado en los incisos precedentes, los acuerdos reparatorios procederán también respecto de los delitos de los artículos 144 inciso primero, 146, 161-A, 161 B, 231, inciso segundo del 247, 284, 296, 297, 494 N° 4 y 494 N° 5, todos del Código Penal. Asimismo, procederán también respecto de los delitos contemplados en el decreto con

inciso primero (violación de morada), 146, 161-A, 161 B, 231, inciso segundo del 247, 284, 296, 297, 494 N° 4 y 494 N° 5, todos del Código Penal. Asimismo, esta salida alternativa procederá respecto de los delitos contemplados en el decreto con fuerza de ley N° 3, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.039, de Propiedad Industrial, y en la ley N° 17.336, de Propiedad Intelectual.

Por último, en cuanto a las limitaciones establecidas para que el juez pueda aprobar los acuerdos reparatorios convenidos, se ha establecido que, en primer lugar, debe tratarse de delitos previstos expresamente en los incisos segundo y tercero del artículo 241 del CPP; en segundo lugar, la víctima y la o el adolescente infractor de la ley penal deben haber prestado su libre consentimiento; y en tercer lugar, además, no debe existir un *interés público prevalente* en la continuación de la persecución penal, entendiéndose especialmente que concurre este interés si el o la joven hubiere incurrido *reiteradamente* en hechos como los que se investigaren en el caso particular. Al no haber una definición de lo que implica el “interés público prevalente”, la determinación de la existencia o no de un interés público prevalente corresponde, en definitiva, al juez de garantía y en cierto modo compete también al fiscal, puesto que puede solicitar que se rechace el acuerdo reparatorio si, de acuerdo a los criterios de actuación establecidos en Instrucciones Generales, la persecución penal debería continuar. Si los requisitos mencionados no son satisfechos, el caso entonces no será susceptible de acuerdos reparatorios y, por tanto, de oficio o a petición del ministerio público, el juez deberá rechazarlos.

En cuanto a la Instrucción General contenida en el Oficio FN N° 483/2009, no se disponen exigencias adicionales respecto a la procedencia de esta salida alternativa en el marco de un proceso penal juvenil.

iii) Respecto al principio de oportunidad, conviene en primer término mencionar que las exigencias legales para que este mecanismo de selección de casos pueda ser ejercido se encuentran en el artículo 170 del código procesal penal, el cual en virtud del artículo 27 de la ley N°20.084, se aplica supletoriamente en materia de responsabilidad penal adolescente. Así las cosas, los fiscales podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que *no comprometiére gravemente el interés público*, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo¹³.

fuerza de ley N° 3, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.039, de Propiedad Industrial, y en la ley N° 17.336, de Propiedad Intelectual”.

¹³ Conviene aclarar que si bien el artículo 170 del CPP contempla, además, como límite al ejercicio del principio de oportunidad, el que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, por cuestiones fácticas evidentes, no es aplicable en materia de responsabilidad penal adolescente.

Cabe agregar que en caso de que no se cumplan con estos requisitos de procedencia del principio de oportunidad en el marco de proceso penal juvenil y, por tanto, se tratara de un hecho que comprometiére gravemente el interés público, o bien, no lo comprometiére, pero la pena mínima asignada al delito fuera mayor a 540 días de presidio o reclusión, el juez de garantía de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejar sin efecto la decisión del fiscal de aplicar este mecanismo de selección de casos.

A su vez, el artículo 35 de la ley N°20.084, agrega que para el ejercicio del principio de oportunidad en materia de responsabilidad penal adolescente, los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado. Asimismo, dispone que para la aplicación de dicha norma se tendrá como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la LRPA.

Por su parte, la Instrucción General contenida en el Oficio FN N° 483/2009, se contempla que los fiscales deberán considerar, entre otros factores: 1) Si se puede apreciar que los primeros pasos de la persecución (la aprehensión policial, la comparecencia ante el fiscal o ante el tribunal, etc.), han producido en el adolescente el objetivo responsabilizador perseguido por la Ley y que, por ende, resulta innecesario prolongar el proceso; 2) Si la conducta ilícita del adolescente representa un evento puntual y acotado, sin que existan antecedentes que hagan presumir seriamente que continuará el accionar ilícito; 3) Si existen antecedentes serios de que el adolescente, en función de su interés superior, requiere de una *intervención penal más intensa* y, por lo tanto, no resulta adecuado aplicar este término (si ha sido objeto de sanciones penales o de salidas alternativas o se ha aplicado el principio de oportunidad en otras ocasiones).

2.1.1.1 Inconvenientes de limitar el ámbito de aplicación de la mediación penal juvenil a casos susceptibles de SCP, acuerdo reparatorio o principio de oportunidad.

A pesar de que la implementación de la mediación penal juvenil como un mecanismo que puede ser ejercido sólo en casos susceptibles de ser terminados por salidas alternativas o por principio de oportunidad efectivamente puede contribuir a disminuir resistencias en fiscales, defensores y jueces respecto a su incorporación al sistema penal juvenil, debido a que hace años se encuentran familiarizados con la aplicación de dichas instituciones jurídicas, al mismo tiempo, vincular la procedencia de la mediación penal juvenil a la concurrencia de los requisitos previstos para la SCP, el acuerdo reparatorio o el principio de oportunidad, promueve la instalación de concepciones desacertadas, que posteriormente serán difíciles de remover y que complican la incorporación de nuevos paradigmas y técnicas que permitan satisfacer los estándares internacionales en materia de

responsabilidad penal para adolescentes, como lo es la justicia restaurativa, atendida la validación que ésta ha obtenido en derecho comparado, dados sus buenos resultados en cuanto a reparación del daño y responsabilización, prevención de la reincidencia y reinserción social del joven infractor de la ley penal.

En particular, las limitaciones establecidas, instauran a la mediación penal juvenil no como una estrategia restaurativa, sino más bien, como un mecanismo alternativo de conflictos y, por lo tanto, de diversificación.

Tanto la SCP, como los acuerdos reparatorios y el principio de oportunidad, tienen su origen en la necesidad de diversificar las respuestas estatales frente a un conflicto penal, especialmente, referida a concluir un procedimiento penal de forma diversa a la establecida como principal, con el objeto de evitar los costos del juicio oral, entregando respuestas más rápidas y menos desocializadoras al imputado.

En cambio, la mediación penal juvenil, en tanto práctica restaurativa, tiene propósitos más amplios, toda vez que se origina a partir de la necesidad de reparación a la víctima, responsabilización del ofensor y prevención del contacto del joven con el sistema penal, además de la necesidad de diversificar.

Por ende, aunque no son contrarias, sino más bien complementarias, las estrategias alternativas y las restaurativas, tienen características, principios y finalidades diferentes. Mientras los mecanismos de diversificación están orientados, aunque no exclusivamente, a la obtención de un acuerdo que solucione el conflicto, la mediación penal juvenil se orienta a la existencia de un proceso de diálogo entre las víctima y ofensor (de forma directa o indirecta), poniendo especial acento en la protección y reparación de la víctima, como también en la etapa evolutiva o del desarrollo en que se encuentra la o el joven infractor y en su responsabilización, con miras a fomentar su desistimiento delictual. Es decir, la aplicación de un mecanismo restaurativo está enfocada a alcanzar fines mucho más complejos y profundos que sólo conseguir el término del proceso penal o evitar una condena, propios de las salidas alternativas o los mecanismos de selección de casos.

Atendido lo anterior, no parece prudente supeditar la procedencia de la mediación penal juvenil a la presencia de las circunstancias exigidas para que los casos sean susceptibles de finalizar por SCP, acuerdo reparatorio o principio de oportunidad. Pues, con ello, se desnaturaliza la mediación penal juvenil en tanto técnica restaurativa y se confunde con mecanismos de diversificación, otorgándosele un ámbito de aplicación reducido e incompatible con su potencial y sus principios.

La cobertura restringida de la mediación penal juvenil propuesta en el Proyecto de Ley Boletín 11.174-07, responde principalmente a la errónea comprensión que tienen el legislador y los operadores jurídicos acerca de esta estrategia, al concebirla como una salida alternativa o “beneficio” para la o el adolescente infractor de la ley penal, la que se traduce en una excesiva limitación a su aplicación, atendida la desmedida preocupación por los posibles efectos positivos a nivel procesal que causaría el cumplimiento del acuerdo de mediación y la desconfianza ex ante por una eventual mal utilización del mecanismo, que resulte en la impunidad de los delitos cometidos por adolescentes. La situación descrita pone énfasis exclusivamente en el resultado de la mediación penal y quita importancia al proceso comunicativo propio de esta técnica restaurativa, dirigido a identificar y satisfacer las necesidades de la víctima y del infractor adolescente.

De esta forma, la mediación penal se incorpora en materia de responsabilidad penal adolescente más bien como un mecanismo excepcional, al que podrán optar sólo algunos jóvenes que, en términos generales, tengan irreprochable conducta anterior, no tengan vigente una SCP y hayan cometido ciertas categorías de delitos. No obstante, la mediación penal juvenil debería ser establecida como la regla general, en el sentido de que todos los casos sean derivados a este proceso restaurativo, correspondiéndole al mediador determinar finalmente la viabilidad de mediar en un caso específico y no a priori la ley. Esta idea de la mediación penal como excepción y no como regla se ve reforzada por la expresión “*podrán ser derivados*”, utilizada en el inciso primero del artículo 35 ter del Proyecto de Ley, en vez de utilizar un lenguaje más imperativo como “*deberán ser derivados*” que apunte a instar los operadores jurídicos a derivar a mediación, lo que contribuye a posicionarla como la excepción y no como la regla.

2.1.2. Concepto de mediación penal.

En el inciso segundo del nuevo artículo 35 ter, se establece una definición de mediación penal, en la que se la reconoce como un *proceso restaurativo* y no como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Esto en principio es bastante positivo, pues el concepto que se adopta de mediación penal o justicia restaurativa indica el marco conceptual que guiará su implementación.

En este sentido, el concepto adoptado entiende a la mediación de manera amplia y, por lo tanto, permitiría su aplicación a una diversidad de infractores adolescentes, respecto de variados delitos y en distintas fases del proceso penal.

Si bien el legislador optó por una concepción restaurativa de la mediación penal, destacó sólo algunos elementos relevantes de este proceso, por lo que conviene precisar que la mediación penal es

un proceso restaurativo en tanto es idóneo para identificar las necesidades de las personas involucradas o que se han visto afectadas por el hecho delictivo, desarrolla un proceso de comunicación en aras a satisfacer las necesidades de los participantes y donde la o el mediador actúa desde un rol de facilitador, privilegiando el protagonismo de las partes (Tamarit, 2012).

A pesar de que a nivel teórico se haya definido la mediación penal como un proceso restaurativo, esto no es suficiente para consagrar su incorporación como técnica de justicia restaurativa, pues tal como fue explicado anteriormente, a nivel operativo y regulatorio la situación no es congruente con el concepto teórico adoptado, pues su implementación ha sido configurada restrictivamente, como si se tratara sólo de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Como se mencionó anteriormente, concebir a la mediación penal como una técnica de diversificación más, es contraproducente con sus características y propósitos particulares, al limitar su ámbito de aplicación, otorgarle una importancia desmesurada al resultado en desmedro del proceso de diálogo con y entre los participantes.

Por último, cabe añadir que, aunque el Proyecto de Ley brinda señalando el concepto de mediación penal que acogerá, no hace lo mismo respecto al concepto de justicia restaurativa, siendo éste igual o incluso más relevante para guiar debidamente el desarrollo y puesta en marcha del mecanismo restaurativo mencionado, sobre todo considerando que los operadores jurídicos aún no están acostumbrados al enfoque de justicia restaurativa, lo que se traduce en una tendencia a mantenerla como una opción marginal, obstaculizando lograr su potencial.

2.1.3 Derivación al proceso de mediación penal juvenil.

En el inciso tercero del artículo 35 ter, se establece que la derivación al proceso de mediación penal la realizará el tribunal o el fiscal, dependiendo de si se hubiere efectuado la formalización del adolescente infractor o no, respectivamente. Sin embargo, se dispone que, a petición de la víctima y el imputado, el tribunal también podrá derivar a mediación cuando no ha habido formalización, si se cumplen las condiciones previstas en el protocolo mencionado en el inciso final del artículo 35 ter.

En cuanto a las facultad para derivar casos a mediación penal juvenil, en primer lugar, llama la atención que a los defensores no se les haya otorgado esta posibilidad, considerando que justamente representan los intereses de las y los adolescentes en conflicto con la ley penal, dentro de los cuales se incluye el interés de responsabilización y reparación a la víctima. No obstante, esta limitación podría ser subsanada en la práctica, pidiendo el defensor al fiscal o directamente al juez que derive el caso al proceso restaurativo.

En segundo lugar, en concordancia con los argumentos antes desarrollados, al tratarse de una práctica restaurativa, consideramos que la derivación de casos a mediación penal juvenil no debería ser diseñada como una posibilidad excepcional ante el cumplimiento de ciertos requisitos, sino más bien, como un trámite adicional en el marco de procesos penales contra jóvenes infractores. Es evidente que, por circunstancias fácticas¹⁴, la mediación penal no podrá prosperar en todos los casos y ciertamente no todos los casos serán mediables. No obstante, parece necesario garantizar la posibilidad procesal de acceder a este mecanismo restaurativo, toda vez que, en definitiva, son las y los mediadores penales, quienes, en su calidad de expertos en la materia, están capacitados para evaluar si, de acuerdo a las circunstancias concretas que rodean a los casos, son mediables o no. Dicho de otra forma, por su carácter general y abstracto, la ley no es una herramienta idónea para decidir previamente los casos que serán susceptibles de mediación penal juvenil, pues las limitaciones ex ante que establece no son coherentes con la naturaleza restaurativa de la estrategia en cuestión, ni con los fines particulares en materia de responsabilidad penal adolescente y de justicia restaurativa.

Asimismo, la instauración de la derivación a mediación penal como regla general y no como excepción, responde por supuesto a los impactos favorables que produce respecto a la responsabilización, prevención especial y reinserción social de las y los jóvenes ofensores, pero también, a los notables efectos que tiene en la adecuada reparación del daño causado a la víctima del delito.

Algo que en principio consideramos positivo es que en el mismo inciso tercero se establece el plazo máximo de duración del proceso de mediación, el cual no podrá durar más de 90 días contados desde su derivación, pudiendo prorrogarse hasta por el mismo término a solicitud fundada del mediador. Limitar el tiempo de duración de un proceso de mediación penal juvenil se traduce en un incentivo para la víctima y el adolescente infractor para participar de un proceso de este tipo, donde pueden expresar sus posiciones, en miras a que el joven se responsabilice de sus actos y repare el daño causado en un plazo más acotado que el contemplado en un proceso penal tradicional. Sin embargo, consideramos que dicho plazo no debería computarse desde la derivación del caso a mediación, sino que desde la primera sesión de pre-mediación que se lleve a cabo, toda vez que desde la mera derivación a mediación y la realización efectiva de este proceso podría transcurrir un lapso de tiempo de inactividad que se restaría injustificadamente.

¹⁴ Como, por ejemplo, por: dificultades en el desarrollo intelectual o emocional de la o el joven infractor; presencia de trastornos psicológicos o psiquiátricos de alguno de los participantes; negativa de la víctima o del adolescente infractor a participar en el proceso de mediación; extensión del mal causado; complejidad o gravedad de los hechos investigados, etc.

2.1.4 Efecto de la derivación a mediación.

El inciso cuarto del artículo 35 ter. dispone que la derivación a mediación penal produce el efecto de suspender la tramitación del proceso penal correspondiente, lo cual es esencial para realizar una adecuada evaluación del caso concreto por parte de la o el mediador, como también para desarrollar el proceso mismo de mediación.

Además, de esta norma se desprende que los procesos de mediación son individuales, ya que establece que en caso de haber pluralidad de jóvenes ofensores y pluralidad de víctimas, el proceso penal no se suspenderá respecto de quienes no hubieren concurrido a la mediación. De esta forma, se consagra un elemento esencial, pues las posibilidades de responsabilización y reparación del daño causado varía en cada adolescente y con miras a facilitar el éxito del proceso, se requiere adecuar las etapas del proceso (admisión, preparación de la mediación y mediación propiamente tal) a las necesidades particulares de cada joven ofensor en específico y de su víctima.

2.1.5 Efectos del cumplimiento del acuerdo de mediación.

En caso de que el proceso de mediación haya sido exitoso, esto es, ambos participantes hayan prestado su libre consentimiento para participar en el proceso de comunicación y en virtud del cual arribaron a un acuerdo, el inciso quinto del artículo 35 ter dispone que, una vez verificado su cumplimiento por parte del adolescente ofensor, se dará lugar al archivo o al sobreseimiento de la causa, según sea el caso, sin perjuicio de lo convenido respecto a los efectos civiles del delito. Lo anterior, nos parece favorable pues contribuye a disminuir la estigmatización de las y los jóvenes infractores de la ley penal, al permitirles hacerse responsables de sus actos y reparar el daño que han causado sin que ello implique cargar con condenas o anotaciones en su extracto de filiación, fomentando así que eviten reincidir en la comisión de conductas delictivas.

2.1.6 Otras limitaciones al ámbito de aplicación de la mediación penal juvenil.

El inciso sexto del artículo 35 ter añade otras dos limitaciones al ámbito de aplicación o cobertura de la mediación penal juvenil; la primera, referida a la oportunidad procesal para aplicar la mediación penal y, la segunda, a la categoría de delitos respecto de los cuales no se permitirá mediar.

Así, la norma recién indicada dispone que no procederá la mediación si se hubiere declarado el cierre de la investigación, restringiendo bastante la oportunidad procesal para poder derivar a mediación penal, a pesar de que podría ser muy beneficioso aplicarla, por ejemplo, para evaluar la

idoneidad de la sentencia o como un mecanismo que facilite la suspensión de la imposición de condena (art. 41 LRPA), la sustitución (art. 53 LRPA) o la remisión de la pena (art. 55 LRPA).

Lo anterior, debido a que cuando la mediación no es considerada exclusivamente como mecanismo de diversificación, pueden abrirse nuevas oportunidades para que proceda, como por ejemplo, al momento de dictar o ejecutarse la pena. Adicionalmente, según lo sugerido por Naciones Unidas (2000) en el texto “Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters”, es importante que los programas de justicia restaurativa estén disponibles para la población en *todas las fases del procedimiento penal*.

Por último, existe una justificación ética que proviene del enfoque de derechos y de la Convención de los Derechos del Niño. No ampliar la cobertura de la mediación penal implica restringir una estrategia que la evidencia nacional e internacional ha probado ser exitosa y relevante para procesos de reinserción social, especialmente en aquellos jóvenes que ya han iniciado una reflexión que se orienta hacia el desistimiento (Lauwaert y Aertsen, 2016). Desde la perspectiva de la víctima, esto se hace más relevante aun, ya que ésta puede tener más interés en participar cuando existe una percepción real del daño.

Por otra parte, tampoco procederá la tratándose de 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 N° 20.000, a excepción de los previstos en los artículos 4 y 50. En procesos por delitos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar, procederá la mediación sólo en caso que se dé estricto cumplimiento a lo previsto en el inciso séptimo del artículo 35 ter.

En cuanto a los tipos penales a los que podrá aplicarse, según lo establecido en instrumentos internacionales, los resultados de las experiencias exitosas en derecho comparado y lo sostenido por la doctrina en esta materia, es recomendable la inclusión de *delitos serios*, pudiendo ser incluida también la violencia intrafamiliar.

Además, restringir a delitos de menor y mediana gravedad restringe la posibilidad de utilizar procesos restaurativos en casos en los que la evidencia indica que la justicia restaurativa tiene mayor potencial, como es tratándose de delitos contra las personas. En relación a la violencia intrafamiliar, es importante recordar que las situaciones que envuelven a jóvenes infractores no necesariamente van a corresponder a situaciones de “violencia de género tradicionales”, esto es, agresiones en contexto de parejas, sino que pueden corresponder a situaciones de conflicto entre el o la joven con su entorno familiar inmediato, como con su madre, padre, abuelos, etc.

2.1.7 Facultad excepcional del Fiscal Regional:

El inciso séptimo del artículo 35 ter aprobado por el Senado dispone que el Fiscal Regional podrá excepcionalmente derivar a mediación casos dispuestos en este artículo, debiendo dictar resolución fundada. Sin embargo, la Cámara de Diputadas y Diputados, como Cámara Revisora del Proyecto de Ley, propuso sustituirlo por el siguiente nuevo inciso séptimo:

“Excepcionalmente, el Fiscal Regional correspondiente podrá derivar un caso a mediación, a pesar de que se refiera a alguno de los delitos señalados en el inciso precedente, o de que no proceda a su respecto la suspensión condicional del procedimiento, el acuerdo reparatorio o el principio de oportunidad, debiendo dictar una resolución fundada para este efecto.”.

Es decir, la enmienda propuesta por la Cámara de Diputadas y Diputados está dirigida a definir expresamente la facultad excepcional del Fiscal Regional para derivar un caso a mediación aún cuando no cumple con los requisitos establecidos para las salidas alternativas o el mecanismo de selección de casos indicado, o bien, versa sobre delitos que en principio no serían objeto de mediación penal. Lo anterior, parece positivo en cuanto consiste en una alternativa para ampliar el ámbito de aplicación de la mediación penal juvenil. No obstante, consideramos que al ser una facultad discrecional del Fiscal Regional, sigue estando limitada excesivamente la procedencia de este mecanismo restaurativo, alejándose de criterios objetivos que se enfoquen en los objetivos la prevención especial y reinserción social de los jóvenes infractores de la ley penal.

2.1.8 Protocolo de condiciones personales y procesales bajo las que se estima procedente la mediación.

Se establece en este inciso la creación de un Protocolo por parte del ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, cuyo contenido será las “condiciones personales y procesales bajo las que se estima procedente la derivación”, el cual será reevaluado anualmente.

Desde el punto de vista estratégico, se percibe de forma positiva que no sea la ley quien fije estas condiciones, puesto que, en caso de requerir revisión y modificación, la tramitación de esta sería un proceso demoroso y complejo, sometido a las mismas trabas que se han puesto al Proyecto en estudio. De esta forma, en virtud de la potestad reglamentaria, queda sujeto a la cartera de los ministerios y a la autoridad administrativa la extensión, contenido y reforma del mismo. Sin embargo, parece a lo menos riesgoso que no se establezcan mínimos de contenido que no puedan ser modificados tan fácilmente por la Administración, esto debido a que, como todo, podría ser sujeto a

la voluntariedad e ideología de los gobiernos de turno. Lo anterior, especialmente en el marco del avance de ideas políticas que son criminalizadoras, retribucionistas y contrarias al establecimiento de políticas de infancia como la que se pretende con este Proyecto.

Es de opinión de estas autoras que un mínimo contenido establecido legalmente funciona como margen para el desarrollo de la potestad reglamentaria, siempre dejando abierta la posibilidad de incorporar contenidos nuevos e innovadores, pero limitando aquellos que buscan acotar a su mínima expresión (o eliminar del ordenamiento) políticas públicas de reinserción y reeducación social.

2.2. Nuevo artículo 35 quáter.

Este artículo se refiere a los “Principios esenciales de la mediación” y regula dos, uno en cada inciso. Primero la igualdad de condiciones entre las partes de la mediación y establece el deber del mediador de procurar esta igual, aún subsanando en caso de que no la observe y debiendo terminar el proceso de mediación si esta no puede subsanarse.

Luego, respecto del principio de imparcialidad, se trata como un deber del mediador y, si este no puede mantener una postura imparcial, le encarga el abstenerse de mediar.

Se cree que la regulación que se le da a los “Principios esenciales de la mediación” es demasiado escueta, puesto que, si bien se mencionan algunos, que se complementan además con otros artículos (especialmente el inciso sexto del nuevo artículo 35 septies, que establece el principio de gratuidad) falta un listado de mínimos, como se hace en el párrafo 2º del Proyecto de ley, aún con las críticas que pueda hacerse a este mismo.

2.3. Nuevo artículo 35 quinquies.

La mediación excepcional tiene lugar cuando la víctima consiente un proceso de mediación pero no se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 35 ter., a saber, que sea procedente una SCP, un acuerdo reparatorio y/o el principio de oportunidad y que no se trate de un delito doloso contra la vida, contra la libertad ambulatoria, contra la libertad sexual de menores de edad o que se trate de un delito o falta contenido en la ley 20.000.

Al respecto debe decirse que, tal como está estructurada la mediación penal en el proyecto se valora positivamente esta excepción. Sin embargo, es de consideración de estas autoras que la regla general debería ser que todos los casos son mediables, independientemente de si es aplicable a ellos

una salida alternativa o que se trate de casos graves. Además, hay estudios¹⁵ que demuestran que no sólo es posible mediar en estos casos, sino que además tienen buenos y hasta mejores resultados que cuando se media en los demás delitos.

Sobre lo mismo, en esta mediación excepcional, quien debe solicitarla es la víctima, lo cual implica una víctima interviniente e interesada en el proceso penal, algo que es muy difícil, más aún que se haya dado una instancia previa de información a la víctima sobre las posibilidades y requisitos para que esta haga dicha solicitud.

2.3.1. Efectos de la mediación excepcional (inciso segundo)

A diferencia del efecto que tiene la mediación del art. 35 ter., el acuerdo cumplido en este caso sólo puede servir como antecedente para la determinación o suspensión de la pena, la imposición o mantención de medidas cautelares y en las audiencias de sustitución y remisión de condena.

Si bien se aprecia el acuerdo cumplido desde el punto de vista de la restauración del daño para la víctima y la responsabilización del ofensor, esta diferencia diametral en comparación a la mediación penal que puede llamarse “ordinaria”, no implica un incentivo suficiente para que el imputado acceda a someterse a un procedimiento de mediación, puesto que no hay seguridad en términos procesales de que este antecedente le favorezca o represente una importante diferencia en, por ejemplo, la determinación de la pena, más aún si se considera que los procesos de mediación en casos graves contempla una duración y preparación mayor a los demás casos.

Por lo anterior, es de opinión de estas autoras que se le otorgara a este tipo de mediación un efecto similar, o igual, al que se establece para la mediación “ordinaria”, de manera de servir como un incentivo para el imputado de someterse al proceso de mediación y luego cumplir con el acuerdo al que por este medio arriben las partes.

2.4. Nuevo artículo 35 sexies.

En los casos en que el proceso de mediación se vea frustrado por circunstancias no atribuibles al imputado, esto es, al ambiente o a la víctima, existe la posibilidad de que, si el mediador ve en el o la joven “signos concretos de responsabilización”, se consignen estos en el acta y se remitan al tribunal, de modo que sirvan como una atenuante de responsabilidad en el caso de que el procedimiento acabe

¹⁵ Al respecto véase: Reyes-Quilodrán; Claudia; A Labrenz, Catherine; Donoso-Morales, Gabriela “Justicia Restaurativa en Sistemas de Justicia Penal Juvenil Comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile”

en una condena. Junto con esto, podría servir como antecedente en las audiencias de remisión o sustitución de condena.

Se valora positivamente este efecto, puesto que implica el reconocimiento de un ánimo o cambio de actitud del sujeto aun cuando no existe un acuerdo entre este y la víctima. A mayor abundamiento, es precisamente este cambio de actitud, estos signos de responsabilización lo que debería perseguir el sistema penal en su conjunto, de manera que asignarle también la consecuencia de “posible” atenuante se considera un aspecto positivo y un avance en la materia.

Sí se puede criticar a este respecto (o valorar negativamente) la voluntariedad y objetividad en la observancia y remisión de estos signos por parte de la persona mediadora. Esto es así porque, si bien es el mediador y el defensor del imputado quien más contacto tendrá con este, como se verá, no existe una uniformidad de conocimientos ni un catálogo de principios a los que deban apegarse los y las mediadores, además de la externalización de los mismos, lo que implica que en estos espacios grises entren en juego las consideraciones personales, los estereotipos y las preconcepciones del mediador e incluso el ánimo en que este se encuentre podría modificar la forma en que se decide en estos casos, lo que es, a toda luces, un riesgo.

2.4.1. Invocación de antecedentes de la mediación en juicio.

En el segundo inciso de este artículo se establece una excepción a la norma del artículo 335 del CPP, por cuanto, sólo en este caso (de mediación frustrada) se podrán invocar, dar lectura y/o incorporar como prueba en juicio algún antecedente de lo tratado durante el proceso de mediación.

Si bien se entiende el trasfondo de esta norma, respecto a la incorporación de estos antecedentes ya sea que beneficien o no al imputado, al respecto queda en duda la norma recién estudiada del art. 35 quinquies, por cuando este también establece la incorporación de antecedentes de mediación al juicio oral y sin embargo la norma en estudio establece que “Fuera de los casos mencionados en el inciso precedente [inciso primero del art. 35 sexies], todo proceso de mediación, frustrada o exitosa” se regirá por la prohibición del art. 335 del CPP.

En el mismo inciso se regula el secreto profesional de la persona mediadora, es decir, la obligación del mediador de mantener en secreto la información que frente a sí ventilen las partes, estableciéndose la salvedad en caso de que éste constatare un riesgo inminente en la integridad física y/o psíquica de niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, lo que, a todas luces se percibe como algo positivo y de toda lógica.

2.4.2. Situación en que la víctima no acceda al proceso de mediación.

Con todo, permanece la interrogante de qué ocurre en el caso en que la víctima no esté de acuerdo con iniciar el proceso de mediación, aun cuando el imputado tenga y presente “signos concretos de responsabilización”. La respuesta de la ley en estos casos es que no se inicia el proceso de mediación, puesto que la voluntariedad es uno de sus principios, lo cual se desprende del inciso primero del art. 35 ter.

Así las cosas, el proceso penal en contra del imputado continúa, con todas las opciones y consecuencias que esto significa, considerando además que no está establecido otro tipo de intervención al joven que no esté relacionado con una sanción. Si a esto se le suma que el sistema actual no está encaminado a la resocialización y reeducación de los y las jóvenes y todas las críticas que se le ha hecho al nuevo Sistema de Reinserción Social Juvenil, las intenciones de responsabilización al joven se diluyen y los objetivos de la Ley 20.084 y del Proyecto de ley en estudio se frustran.

2.5. Programa de mediación. Nuevo artículo 35 septies.

El encabezado de este artículo se refiere al “programa de mediación”, no obstante en la práctica no lo establece. Más aún, dentro del Proyecto, lo más cercano a un Proyecto de mediación tiene relación con el ámbito de aplicación y el protocolo a que se hace referencia en el art. 35 ter. La profesora Catherine Ríos al respecto dice que “El Proyecto no propone un modelo de mediación, sino que propone requisitos legales y requisitos para acceder el proceso. Yo creo que está bien que no proponga un modelo, porque quedaríamos amarrados con una ley”.

Si bien se adhiere a esta postura, es de opinión de las autoras que, es necesaria la existencia y determinación de contenidos mínimos y, de esta forma, subsanar ex-ante la sumisión del contenido a la voluntariedad de las autoridades administrativas y que este no quede a merced de voluntariedades y ánimos de carácter político.

2.5.1. Composición del programa de mediación (incisos segundo y tercero)

El programa estará a cargo del Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil y lo conformarán mediadores públicos. En la tramitación actual del Proyecto se incorpora una indicación que limita la denominación de estos mediadores como “mediadores públicos” y elimina la expresión “o contratados de conformidad a la ley 19.886...”, no especificando la forma en que se contratará a las personas mediadoras, no hay certeza sobre qué hace a un mediador un “mediador público” si, de todas formas, habrá externalización de los mismos respecto del sistema.

Dicha externalización se fortalece cuando, al tenor del inciso siguiente, se prescribe un Registro Nacional de Mediadores Penales, cuyo contenido sobre requisitos de ingreso, permanencia, supervisión y sanción y eliminación del mismo quedan entregados al Reglamento prescrito en el artículo 33 de la ley orgánica del Servicio¹⁶. Con todo, a diferencia del Protocolo contenido en el nuevo artículo 35 ter., el Proyecto adelanta un contenido mínimo respecto de los requisitos de ingreso al Registro, en cuanto a formación académica (título de carrera universitaria y formación acreditada en infancia, adolescencia, victimología, proceso penal juvenil y justicia restaurativa) y, por otro lado, en cuanto a antecedentes penales (no haber sido condenado por crimen o simple delito, violencia intrafamiliar o alguno de los delitos previstos en la ley antidiscriminación).

La incorporación de estos requisitos mínimos al reglamento del registro se reconoce de forma positiva, de manera que no queda por completo al arbitrio de las autoridades reglamentarias el contenido de los mismos, haciéndolo menos susceptible a la voluntariedad e ideología de los gobiernos de turno y al ánimo político existente al momento de hacer y revisar su contenido.

2.5.2. Sanción por incumplimiento de principios (inciso cuarto)

El problema con este inciso es que considera como “falta grave” el incumplimiento de los principios y requisitos que establece el artículo siguiente. Sin embargo, el artículo siguiente al 35 septies., es el artículo 36 (vigente) de la LRPA 20.084, que establece la obligación de notificar a los padres del imputado de la primera audiencia a que este deba presentarse.

Si bien puede aventurarse una mala redacción y hacer una asociación a qué es lo que quería decir el legislador, la verdad es que, ni el artículo anterior, ni el inciso siguiente al que establece esta sanción contiene ningún tipo de principios ni requisitos. Por lo tanto, a este respecto es posible concluir que se trata de una ley penal en blanco, cosa que no está permitida por los principios más básicos del derecho penal o, que no existe falta sancionable en este caso y el inciso sobreabunda

¹⁶ “Artículo 33.- Registros. El Servicio deberá diseñar y administrar los siguientes registros:

- a) Registro de programas disponibles en cada región del país.
- b) Registro de organismos acreditados, en el que deberán constar las sanciones aplicadas.
- c) Registro de mediadores penales juveniles.

Dichos registros se publicarán en el sitio electrónico mediante el cual el Servicio cumpla las obligaciones de transparencia activa dispuestas en la ley N° 20.285.

Un reglamento, expedido por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, establecerá las normas necesarias para implementar los registros señalados en este artículo.”

2.5.3. Acceso a la información (inciso quinto)

Además de encargarle al nuevo Servicio la administración del programa de mediación, le corresponde la creación y administración de “un mecanismo que permita a las partes acceder a la información necesaria”, lo cual se percibe como algo positivo, aunque se hace necesaria una oficina o mecanismo que pueda entregar información en instancias previas, de manera que las personas, sean o no usuarias del programa, puedan conocerlo y saber de qué trata.

Junto con lo anterior, el mismo inciso encarga al Servicio la supervisión de los acuerdos alcanzados y las certificaciones que correspondan. La recopilación de estos datos es de toda relevancia para un programa de este tipo, no hay comentarios de parte de estas autoras al respecto. Sin embargo, en lo que al tratamiento de estos respecta, se hará referencia en el punto 5.5. siguiente.

2.5.4. Principio de gratuidad (inciso sexto)

Parece de toda lógica que una solución estatal a un problema estatal revierta el carácter de gratuito, contra esto no hay ningún tipo de comentario. Sin embargo, el principio de gratuidad debió incluirse en el artículo 35 quáter, sobre los principios esenciales de la mediación, por cuestiones de orden lógico.

2.5.5. Deber de informar (inciso final)

Las personas mediadoras tienen el deber de informar mensualmente al Ministerio Público o al Tribunal “sobre el desarrollo del proceso técnico de mediación”. Se incorporó una indicación (rechazada) que cambia el contenido de lo que debe informarse a “las mediaciones que estén a su cargo, indicando exclusivamente si se encuentran activas”. Es de consideración de estas autoras que, si bien se está de acuerdo con que este deber exista y se exija, debiese versar también cuantitativamente sobre los acuerdos a que se arribe y el cumplimiento de los mismos, de modo que sirvan como estadística para saber, al mismo tiempo, si se cumple con el deber de supervisión y si el sistema está funcionando de forma correcta. Lo anterior sin perjuicio de la remisión que debe hacerse al tribunal del cumplimiento de los acuerdos a propósito de los efectos del proceso de mediación estudiados con anterioridad.

V. Recomendaciones

A partir de las críticas que al Proyecto se han realizado, pueden extenderse las siguientes recomendaciones transversales tanto al Proyecto, sea que este vea la luz o no, como al sistema actual de responsabilidad penal adolescente para incorporar una perspectiva restaurativa de la justicia.

En primer lugar, en lo que respecta al Protocolo sobre condiciones personales y procesales para la derivación consideramos, al igual que gran parte de la doctrina, que la regla general debiera ser la derivación y a ésta añadir excepciones y limitaciones, en atención de la gravedad y/o violencia del caso, las patologías de base del imputado, sus capacidades cognitivas y su disposición a someterse al proceso, así como la disposición emocional de la víctima. Además, si bien no podrán derivar propiamente tal, pues no tienen el mandato legal para ello, debiera incorporarse la posibilidad de que los defensores, ya sea públicos o privados, le soliciten al tribunal la derivación de la causa al proceso de mediación. Además, debe abrirse la posibilidad de que sean los propios mediadores quienes decidan, en última instancia, qué casos y en qué condiciones se puede y debe mediar.

En esta misma línea, debieran ser más las hipótesis de casos susceptibles de derivación; estableciendo como regla general que todos los casos en que el imputado sea un menor de edad son mediables, para posteriormente establecer excepciones y limitaciones en función del interés público, violencia y gravedad del hecho, características propias del imputado, entre otras.

Durante el apartado anterior, se hizo la apreciación a las consecuencias positivas que acarrear los “signos concretos de responsabilización” que pueden verse en el imputado en los casos de mediación frustrada por causales ajenas a este último. Así las cosas, se considera que un sistema de justicia juvenil inter y multidisciplinario (sin sobre intervenir a los y las jóvenes), que acompañe al joven imputado durante todo el proceso penal y después de este, que colabore con la creación y persecución de un plan de vida para sí mismo y que no sólo produzca en ellos “signos”, sino una verdadera responsabilización y reeducación del joven es una recomendación a la que debe hacerse mucho hincapié y que, en opinión de estas autoras, debiera ser la base de toda política de infancia.

Sobre el catálogo de principios rectores del proceso de mediación, se considera que este debiera ser mucho más amplio y específico, entregando una breve conceptualización de los mismos, en términos similares al artículo 105 de la Ley 19.968, en que se listan los principios rectores de procedimiento de mediación familiar, aun cuando se sabe y debe tenerse presente que los principios no serán los mismos. Junto con esto, es conveniente recordar que, independientemente de las prácticas restaurativas que se incorporen al sistema penal, en estas deben observarse los valores de “verdad, justicia, seguridad física y emocional de los participantes, inclusión, empoderamiento de los

participantes, salvaguarda de los derechos de víctimas y ofensores, reparación, solidaridad, respeto de la dignidad de todos los involucrados, voluntariedad y transparencia del proceso y sus resultados” (United Nations, 2020: p. 5¹⁷).

Enlazado con lo anterior, es menester una incorporación más en profundidad de los principios y mecanismos de Justicia Restaurativa, con una mayor destinación de recursos e incorporando no solo las críticas y recomendaciones que en este trabajo se plantean, sino también las recomendaciones que la doctrina nacional e internacional ha emitido por años. En términos de la profesora Catherine Rios: “[Lo que]me gustaría que fuera distinto es que no haya cerrado la posibilidad de justicia restaurativa solo a la mediación, porque hay otras instancias de justicia restaurativa que podrían ser exitosas. La mediación es la más común y la más parecida a nuestro sistema de justicia, siendo más fácil de entender para quienes trabajamos este lenguaje, pero cerrarlo a eso fue cerrarle la puerta a los otros mecanismos de justicia restaurativa”.

Finalmente, respecto de las personas mediadoras, se considera que debiera agregarse una instancia de capacitación conjunta y niveladora para estas y, de esta manera, uniformar contenidos y principios y entregar a los y las usuarias del sistema un servicio de mediación de calidad independiente de la persona mediadora que se les asigne. Junto con esto y de la misma importancia, debiera financiarse y preparar un programa de capacitación y especialización de los operadores del sistema en que se trabaje en torno a la Justicia Restaurativa y la mediación penal adolescente.

Con todo y a modo de recomendación final, creemos que paralelo a cualquier instancia legislativa, debe fomentarse el desarrollo doctrinario a nivel universitario, de modo que las actividades que desde estas instituciones se levanten puedan acercar a la comunidad a la justicia restaurativa, tanto en principios como en participación de estos en mecánicas restaurativas, como círculos de paz y conferencias. De esta forma se genera en la población una internación cultural de los términos y mecanismos, que luego permea en el sistema penal, tanto como una nueva generación de operarios judiciales capacitados desde la base, como de usuarios con conocimiento de sus derechos y posibilidades de restauración y reparación, cosa que, en opinión de estas autoras, es una de las grandes falencias del sistema. Se cree, además que los actuales funcionarios del entramado judicial deberían ser capacitados de manera constante de parte del Estado, no solo para saber responder a las necesidades de los y las usuarias y estar al día en cuanto a los avances en el sistema, sino para tener confianza en

¹⁷ Traducción de las autoras.

estos nuevos métodos de resolución de conflictos y reparación real a las víctimas de los delitos, entre ellas los imputados.

VI. Conclusiones

Frente al problema de la necesidad de incorporación de nuevas formas de poner término a procesos en que adolescentes entren en conflicto con la ley penal, específicamente logrando la responsabilización de los jóvenes y que se dé como resultado de estos una interrupción de la conducta delictual del mismo, se puede concluir a ciencia cierta que el Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084 y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07), si bien un avance necesario en materia de justicia penal juvenil, es insuficiente en su objetivo de establecer una herramienta procedimental que reduzca la comisión de delitos en jóvenes menores de edad y disminuir la reincidencia en estos casos.

Lo anterior porque no se incorporan de manera correcta en el Proyecto ni la justicia restaurativa ni la mediación penal. Esto porque se hace de la mediación penal una salida alternativa más, cosa que, como se ha explicado, está lejos de ser cierto.

La mediación penal es un proceso mediante el cual víctima y ofensor pueden reunirse en un espacio seguro e igualdad de condiciones con el objetivo de que el ofensor pueda hacerse cargo de los efectos de su conducta y asistir o ayudar a la víctima en su proceso de reparación. Esto implica una desjudicialización del conflicto penal con el adolescente, cosa que no se logra de la forma en que está estructurada la mediación en el Proyecto.

Los pilotos de mediación penal en el país son demasiado recientes como para aportar datos reales a largo plazo de la existencia de nuevas condenas en jóvenes que han participado en instancias de mediación. Sin embargo, la doctrina ha dicho repetidamente que el contacto de los adolescentes con el sistema penal produce una estigmatización de los mismos y esta estigmatización produce reincidencia en las conductas delictivas; lo mismo se dijo respecto a la necesidad de reformar el actual sistema de protección de derechos y responsabilización de adolescentes infractores puesto que produce estigmatización de la que los niños, niñas y adolescentes no pueden escapar fácilmente.

Al existir instancias desjudicializadas de responsabilización de adolescentes infractores permite también el descubrimiento de causas de su conducta, las necesidades que estos tienen y que se ha fallado en cubrir. Además, un sistema interdisciplinario de atención al adolescente, permite la derivación del o la joven al servicio que pueda ayudar a satisfacer estas necesidades sin necesidad de que sea interpretada como una sanción o un castigo, lo cual tampoco se ve satisfecho por el proyecto.

Por lo mismo, el llamado es a continuar estudiando y comparando experiencias de protección de infancia y adolescencia, dejar atrás la dinámica de los pilotos eternos que continúan expandiéndose por el país y crear y financiar un programa que pueda no solo responsabilizar a jóvenes infractores, sino que también permita la reparación integral a las víctimas y a la comunidad, viendo al infractor como sujeto de derechos con quien se puede dialogar y lograr acuerdos. Evaluar el sistema y las políticas públicas en infancia y adolescencia constantemente de manera que pueda actualizarse los conocimientos y la respuesta estatal en estos casos, en lugar de recurrir a prácticas vulneradoras de derechos como ha hecho hasta ahora.

Bibliografía

Bolívar, Daniela (2021): Clase Magistral “Justicia Restaurativa ¿Qué es y por qué se integrará a nuestro sistema penal juvenil?” Diplomado en Justicia Restaurativa Juvenil de la Escuela de Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile, 27 de mayo de 2021. [https://www.youtube.com/watch?v=eh0s_aXbxcE]

Carnevali Rodríguez, Raúl (2019) “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda”, revista Ius et Praxis, Año 25, N°1, 2019, pp. 415-438. Universidad de Talca.

Centro UC Políticas Públicas (2018): Observatorio Legislativo. Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Boletín 11.174-07. Marzo 2018/N° 36.

Choya Forés, Nastia. “Prácticas Restaurativas: Círculos y Conferencias”, País Vasco: Justicia restaurativa: nuevas perspectivas en mediación, 2014-2015.

Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, ECOSOC (2002): "Reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad".

Del Campo, Verónica (2014): “Responsabilidad Penal Juvenil. Panorama crítico de la ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente y Reflexiones en torno a la Mediación Penal”, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

Díaz Gude, Alejandra (2010): “La experiencia de la mediación penal en Chile”. Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 1, pp. 1-67.

Eiras Nordenstah, Ulf Christian (2009): “La mediación en la Justicia Penal Juvenil”, revista CREA - Universidad Católica de Temuco.

Fernández Saldías, Marcela (2021): Exposición Seminario Estado Actual de la Reforma a la Ley Penal Adolescente "Justicia Restaurativa en el Nuevo Sistema de Reinserción Social Juvenil Recepción de la Mediación Penal en la Reforma".

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF y Defensoría Penal Pública (2020): Sistema penal adolescente 2008-2018: cifras, avances y desafíos pendientes, Santiago de Chile.

Fiscalía, Ministerio Público de Chile (2020). Boletín Estadístico III Trimestre. Enero - Septiembre 2020, Santiago de Chile.

Highton, Elena y otros (1998): Resolución alternativa de conflictos y sistema penal: La mediación penal y los sistemas víctima- victimario. Editorial AD-1-IOC, Argentina.

Ley 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infractores a la Ley Penal, año 2005.

Mera, Alejandra (2009): “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”, Revista Ius Et Praxis - Año 15 - N° 2. 2009.

Montero Hernanz, Tomás (202): Modelo de Protocolo para la práctica de la Justicia Juvenil Restaurativa en los Ministerios Públicos de la AIAMP, Programa EUROsociAL, Madrid.

Osorio Urzúa, Ximena y Campos Hidalgo, Héctor (2003): “Justicia Restaurativa y mediación penal en Chile”, Revista de Derecho N° 10- 2003, U. Católica del Norte- Campus Guayacán.

Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e incorpora modificaciones a la Ley 20.084, Boletín N° 11.174-07, 2017.

Reyes-Quilodrán, Claudia; A Labrenz, Catherine; Donoso-Morales, Gabriela (2018): “Justicia Restaurativa en Sistemas de Justicia Penal Juvenil Comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile”. Polít. crim. Vol. 13, N° 25 (Julio 2018) Doc. 2, pp. 626 – 649.

Servicio Nacional de Menores, SENAME (2021): Anuario Estadístico SENAME 2020, Santiago de Chile.

United Nations (2020): “Handbook on Restorative Justice Programmes. Second Edition”. Viena.

Zehr, Howard (2010): El pequeño Libro de la Justicia Restaurativa, Good Books, Intercourse, PA.

Zinsstag, E., Teunkens, M. y Pali, B. (2011). Conferencing: A way forward for restorative justice in Europe - Final report of JLS/2008/JPEN/043. Lovaina: European Forum for Restorative Justice (EFRJ).

Anexo: Entrevista a Catherine Ríos

1. Experiencia general en el área de responsabilidad penal adolescente

Me titulé en el mismo año que partió la ley N°20.084 que entró en vigencia en junio del 2007, entonces, ese verano había hecho un reemplazo en la defensoría penal pública y se abrió un concurso para defensores penales adolescentes. Justamente antes, había hecho la práctica en un proyecto del SENAME y Hogar de Cristo con la Corporación de Asistencia Judicial, que era el único proyecto distinto a la corporación para hacer la práctica. Este era un proyecto de defensa de jóvenes infractores de ley penal en el contexto antiguo, es decir, con discernimiento. Justo se dio la suerte que me gustaba penal, tenía esa experiencia y postulé a este concurso bien extenso, entrando a la defensoría. Esta historia es super relevante porque este fue el gran avance que existió en Chile con la creación de la ley N°20.084 y que comienza el sistema penal adolescente.

Después fui defensora de jóvenes cuatro años y el 2010 me fui a trabajar a Santiago en el Ministerio de Justicia que en ese entonces se llamaba "Departamento de Menores" y que ahora se llama "Departamento de Reinserción Social Juvenil" que es el que genera las estrategias definitivas de políticas públicas para el área de infancia desde el Ministerio de Justicia, de protección y responsabilidad penal.

Luego, postulé y fui a trabajar a SENAME en la dirección nacional y fui jefa de responsabilidad penal adolescente. Tenía a cargo a toda la oferta programática de la ley de responsabilidad penal adolescente, lo cual me permitió tener una mirada bien distinta, ya que es una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas y generar estrategias. Pasé de criticar al SENAME a trabajar ahí, entonces mi visión cambió sustantivamente. Hay críticas, pero hay una debilidad en las políticas públicas del Estado que es histórica y no se va a solucionar tan fácil.

He seguido la historia del proyecto y he trabajado en las distintas intervenciones y áreas que se interviene, en ese contexto he podido conocer varias realidades al viajar a varios países de Latinoamérica. Conocí los modelos de justicia juvenil de cada país, estando en Guatemala, Uruguay, Argentina, Perú, etc., siendo una experiencia super bonita.

Me di cuenta de que estamos bastante más avanzados que otros países de Latinoamérica, siendo uno de los pocos que tienen cobertura nacional de programas de reinserción o programas de intervención en el contexto de la ley. Esto me permitió cambiar la mirada de la responsabilidad penal adolescente, porque cuando inicié mi trabajo en la defensoría, lo que uno piensa es que se debe sacar el chico del circuito de justicia juvenil, buscar la pena más baja o que sea absuelto, pero no se piensa en definitiva de una manera integral y esto es un grave error que existe en Chile, ya que los abogados hablamos del derecho penal especial, pero siempre de la mirada retributiva y nunca desde la mirada de la reinserción. Lo anterior ha cambiado con el tiempo, pero antes la defensoría nos hacía oponernos a la intervención socioeducativa. Si alguien está en internación provisoria ¿Por qué el Estado debiese intervenir?

En la mayoría de los países hay una mirada que es bien conjunta entre el área de protección y el área de protección penal, tan así que países como Colombia funciona con que el niño tiene un defensor penal y un defensor del niño que ve todo respecto del área social, familiar y todo lo que significa hacerse cargo de un adolescente. Esta disociación nos hace mal, ya que todas estas políticas que son distintas a los tribunales son rechazadas en general por los abogados y hay una visión peyorativa de la intervención que hacen los programas sobre que estos no funcionan.

Aquí hay una crítica bien dramática que hay que hacer a los intervinientes, sin perjuicio de la crítica al Estado que es carente de todo tipo de política especializada en niños, especialmente en niños vulnerados en sus derechos, los cuales son todos los que caen en RPA.

Esta es la mirada que hay que tener, la cual es bien integral y no es solo de lo penal y jurídico, sino que se requiere una integración de las otras áreas. Esa mirada hace que todas las instancias que son proyectos como el de mediación, los tribunales de tratamiento de drogas o la generación de informes técnicos que digan relación con la verdadera situación del niño (que es un tema que se debate dónde que la nueva ley establece y que a todos los intervinientes no les parece) efectivamente -nos hace preguntarnos- cómo se puede determinar la idoneidad de la sanción y los abogados que participamos si no tenemos información psicosocial. Esto no significa que si un niño no tiene una buena red de apoyo debe irse preso, sino que insta a que, si vemos estas debilidades, de alguna forma que se subsidien estas carencias que no se solucionan privando de libertad.

Si ustedes le preguntan a los abogados, estos creen que la justicia reparatoria no es derecho. Esto es bastante fregado de explicar a los demás, porque esto no es derecho penal ni derecho procesal, pero si tiene un vínculo y se le llama la tercera vía. Insistir en que no existen otras vías es sumamente complejo, porque estas son las alternativas a la privación de libertad y la única alternativa que es la pena.

De los países en que funciona la justicia reparatoria, uno de estos es Irlanda en donde la mediación es obligatoria y funciona. En Escocia, gran parte de las causas del sistema penal adolescente van a mediación, siendo la salida final o de termino. En Nueva Zelanda también está este discurso. En Colombia, todo el sistema de justicia penal adolescente gira en torno a la restauración, tan así que en el sistema de justicia transicional de paz relacionado con los niños nacidos en la selva también tiene procesos de justicia restaurativa, ósea, no es una cuestión menor, sino que hay que reparar el tejido social roto, ya que no sacamos nada con aplicar penas si no hay una reparación real de la víctima que no es oída y que siempre la olvidamos porque el sistema procesal penal resulta como un sistema castigador, pero finalmente la víctima no consigue protección ni reparación.

Este es un sistema mucho más integral y más barato, donde, en definitiva, provoca una introspección en algunos sujetos, es decir, provoca un cambio este. No en todos va a resultar, lo cual está claro, por eso mismo existen estos entes técnicos que dirán cuál caso es adecuado o no, pero se debe hacer un filtro sobre cuales casos se permiten.

En la mayoría de países se excluyen cosas bien obvias, tales como los casos de violencia de genero porque existe una relación asimétrica donde el hombre podría obligar a su mujer a través de una amenaza a que acepte un proceso de reparación.

En Chile, lo anterior está super vetado, ya que la idea de este proyecto era convencer en la discusión parlamentaria de las menos trabas de ingreso que significaba no limitar a la suspensión condicional del procedimiento, pero quedó en que son delitos que pueden entrar por la vía de la suspensión condicional.

Por otro lado, hay muchas restricciones por parte de los mismos intervinientes y que no va a cambiar con las autoridades de este minuto, especialmente en que sean delitos con victimas reales y todos los delitos que tienen bienes jurídicos colectivos que no tienen victima en particular como el tráfico de drogas en un colegio, en el cual no se sabe cuál es la víctima. Por lo general, el ministerio público se

opone o no se ha logrado llegar a un consenso que se haga una víctima vicaria o un tercero que hace de víctima. Tienen que haber alzas en las barreras de ingreso para poder, primero, abordar temáticas más complejas, porque todos sabemos que hay que llevar a mediar delitos que son muy complejos.

Un avance sustantivo al programa en que participé es que nosotros logramos mediar en muchos robos por sorpresa y eso se permitió porque la fiscal que nos tocó era alguien que tenía una mente mucho más abierta, por lo que ella sí lo permitía.

Alcanzamos a mediar varias causas de violencia intrafamiliar de madres con hijos y abuelas con hijos, en donde no había relaciones tan asimétricas, en donde hay una relación de autoridad donde sí se quiere llegar a la solución del conflicto. Estas en principio estaban vetadas, pero estos avances dicen relación con personas que están capacitadas y eso abre un horizonte gigante, porque en otros países como Colombia hacen círculos de paz y son experiencias sobrecogedoras. Aquí, en Colombia, estaban mediando un caso de violación que era de una especie de mediación puente porque era una víctima que era familiar del ofensor. Esta era en un contexto que no era para eximirlo de pena, sino que tener una especie de sustitución de la pena por una menos gravosa. Aquí había voluntad de la víctima para poder participar y no iba a existir un contacto entre víctima y ofensor.

Para que funcione tienen que haber varios presupuestos previos:

1) Que haya justicia especializada, ya que cada vez que llegábamos al tribunal, los fiscales se burlaban de la justicia reparatoria. Mientras esto no se hable y difunda, no se va a aceptar que existan alternativas para ciertas personas, ya que tienen que haber varios presupuestos: tiene que ser un caso donde no haya duda sobre la participación y la existencia del delito, porque no se puede llevar a mediación a alguien que dice que es inocente. Nosotros atendemos a muchas personas que aceptan la responsabilidad para irse a un abreviado a bajar pena. ¿Por qué no en ese tipo de causa no podemos acceder a que esa persona tenga un proceso que va a ser sanador para aquella persona que cometió el delito? esta es una fase super humana y muy filosófica sobre qué es el castigo, cuáles son los fines de la pena y qué buscamos con el derecho, siendo mucho más profundo de lo que parece ser.

2) Esto está muy vinculado con el derecho penal de lo que muchos creen. Esto está vinculado a las alternativas, si podemos pensar que es un equivalente jurisdiccional de la pena o no.

Superando un montón de barreras, esto se podría superar, pero es muy difícil en un país con una cultura castigadora, pero no parte de las víctimas, ya que estas sí han querido otro tipo de justicia reparatoria desde el piloto. En definitiva, ven que esta es una oportunidad distinta para que ellas sean escuchadas, en donde las preguntas sobre ¿Qué hice? o ¿Qué culpa tengo yo? se empiezan a responder. En el proyecto de ley, las cuestiones quedaron zanjadas tal como están, pero no sé si este proyecto verá la luz con este cambio de gobierno. Le quitaron la urgencia, los últimos seis meses tampoco son procesos legislativos activos y no avanzará mucho más. Hay que ver si el próximo gobierno hará cambios sustantivos al proyecto, lo tomará como está o lo retira y lo presentará nuevamente.

Este proyecto lleva desde el gobierno de Lagos y desde el primer gobierno de Bachelet todas las reformas han quedado estancadas, pero en el segundo gobierno de Piñera se siguió con la tramitación del segundo gobierno de Bachelet debido al dinero invertido en este.

Si este proyecto pasaba a votación general con las indicaciones subsanadas, lo de mediación quedaba tal cual como está porque no existían indicaciones nuevas al respecto. Iba a ser con las limitaciones, había cuestiones super absurdas como que el fiscal y el juez eran los que derivaban a mediación, pero

los defensores son quienes más derivan, aunque sí tenía solución diciéndole al fiscal o pedirselo directamente al juez. Lo que no tenía solución eran las limitaciones de las causas que eran susceptibles de suspensión condicional.

En definitiva, ese límite en que las causas se sobreesían, lo cual era bueno por el término único para todos. También existía la posibilidad en otros delitos distintos de los que permitía la ley en los cuales la víctima estaba de acuerdo y el tribunal lo aprobaba sin interés superior de persecución penal, se podía mediar. Aquí se abría una patita y quedábamos entregados al protocolo típico sobre cuáles delitos se pueden mediar o no, pero estos protocolos siempre se han ido flexibilizando en la medida que dan buenos resultados.

2. ¿Cuál cree que es el mejor aprendizaje que salió de los proyectos piloto?

Los proyectos piloto siguen existiendo y se han extendido a otras regiones porque en un momento se entendió que esto iba sí o sí, por ejemplo, en La Serena y Calama. Esto había sido exitoso, pero exitoso porque hay muy pocas causas de RPA.

La pandemia hizo fracasar esto debido a que se intentó mediar a través de zoom, pero las mediadoras pensaban que no se podía, pero en el norte sí se siguió trabajando. Ahora, hace tres meses, nos encontramos empezando de nuevo levantando causas y, por otro lado, tenemos esta misma restricción que tiene el proyecto de ley (incluso menos porque tenemos la posibilidad de mediar en sanción o con alguna pena). El proyecto sigue y llegó para quedarse, al menos como proyecto.

Los aprendizajes son primeramente derribar el mito de que las víctimas no quieren esta justicia y yo tengo la impresión de que esto es mejor para las víctimas que para los imputados, porque los imputados no ganan nada en términos procesales, pero esto permite que estos chicos se responsabilicen de una manera distinta y que efectivamente puedan salir del sistema.

Esto tiene dos fases y se puede mediar mucho más de lo que los abogados creemos, habiendo menos limitaciones desde la perspectiva de la selección de casos. En ese sentido, los que nos llevan la delantera lo saben y por eso lo admiten en delitos mucho más graves.

De las cosas malas es el poco interés de los intervinientes, la falta de especialización y la falta de recursos, porque todo esto que hacemos es de buena voluntad. Se hacen muchas más cosas con el mismo tiempo y recursos que teníamos anteriormente. Esto no es una cuestión de plata, sino que, si tuvieran personas pagadas para que tomen este tipo de casos, se levantarían muchos más casos porque yo no tengo todo el espacio de tiempo para ir a decirle a los defensores si tienen un caso. Esto requiere que haya gente especializada y que no sean solamente puros pilotos, sino que requiere que sea un programa y que este programa se financie.

3. ¿Cuál es su percepción general sobre el proyecto que incorpora la mediación penal a la justicia penal adolescente?

Yo creo que en general es algo positivo, ya es una base, porque en el proyecto inicial de la ley N°20.084 se tiene la sanción de reparación del daño que tiene una carga restaurativa que nunca se aplicó, porque los intervinientes no sabían cómo aplicarla.

Esto fue un avance sustantivo de incorporación de justicia restaurativa en RPA, por lo que esa mirada general es buena.

4. ¿Hay algo que le guste particularmente del proyecto? no necesariamente como está formado, sino que puede ser algún rasgo.

El considerar como parte de las posibilidades previas a la continuación o judicialización de la causa al incorporar la mediación como un trámite o como algo que en definitiva deba evaluarse, no como un piloto, sino como algo que efectivamente debe evaluarse como una posibilidad de termino y así se ve uno de los fines principales o principios inspiradores de la justicia penal adolescente que es desjudicializar y someter a la menor cantidad de jóvenes al ámbito judicial. Lo anterior lo dice el comité de los derechos del niño muchas veces, en donde señala en sus reglas que hay que sacar todo lo que se pueda del sistema judicial.

Me pone contenta que haya una iniciativa.

5. ¿Algo que no le guste del proyecto?

Poner en particular estos filtros de ingreso, ósea, que debería quedar entregado a la confianza del poder judicial y los jueces que van a ser el filtro, también poder escuchar un ente técnico que sabe cuándo algo se puede mediar y no necesariamente un filtro legal. Poner límites de lo que no se puede antes de analizar el caso resulta como el peor de los escenarios.

6. ¿Algo que crea que le falta al proyecto?

Esto de los límites, pero también creo que no solo con los delitos, sino que el límite que sea vinculado a la suspensión condicional del procedimiento, lo cual es una deficiencia, ya que deja afuera a todas las personas que no cumplen con los requisitos para la suspensión condicional. Esto es algo que siempre se planteó como una deficiencia y no me queda ninguna duda que la gente del Ministerio de Justicia lo hizo presente pero el legislador le teme a que esto vaya a ser impunidad, entonces es como no entender el sentido u objetivo.

7. ¿Qué dificultades puede apreciar en el modelo de mediación que propone el proyecto?

El proyecto no propone un modelo de mediación, sino que propone requisitos legales y requisitos para acceder el proceso. Yo creo que está bien que no proponga un modelo, porque quedaríamos amarrados con una ley.

Lo que me gustaría que fuera distinto es que no haya cerrado la posibilidad a justicia restaurativa solo a la mediación, porque hay otras instancias de justicia restaurativa que podría ser exitosa. La mediación es la más común y la más parecida a nuestro sistema de justicia, siendo más fácil de entender para quienes trabajamos este lenguaje, pero cerrarlo a eso fue cerrarle la puerta a los otros mecanismos de justicia restaurativa.

8. Aprovechando que tenemos su experiencia, en cuanto a la posibilidad de incorporar este tipo de mecanismo y asociarlo a los delitos graves ¿Cuál es su opinión? y ¿Podría llegar a ser posible de ser utilizado acá en Chile?

Yo no tengo una respuesta personal para eso, yo creo que sí se pueden mediar en delitos más graves, solamente mediar, pero no sé si para conferencias o círculos de paz, pero creo que tiene más sentido para algunos delitos que tienen bienes jurídicos colectivos o tienen una vinculación con la comunidad. Entonces, no me parece que necesariamente deban ser delitos de menor entidad, pero sí que deben

estar vinculados a la comunidad, ya que la idea es que participen más personas que la víctima y el ofensor, haciéndome sentido los delitos contra el medio ambiente, salud pública o tráfico de drogas. En cosas más simples como la justicia vecinal, como en Argentina, se utilizan mucho la justicia restaurativa. Es mucho más sano que sancionar un vecino con una multa.

No tengo claridad si lo visualizo a delitos más graves, pero por lo mismo creo que debemos dejar la puerta abierta y no poner trabas de entrada, porque todos los delitos son distintos. Por ejemplo, un delito como un homicidio que fue impactante en un pueblo más chico, donde todos tienen algo que decir, esto podría ser un buen mecanismo, pero no sé si para sustituir la pena en un delito grave o para sacar esto de la justicia penal, pero tal vez sí para optar a penas sustitutivas o circunstancias modificatorias de la pena u optar después de la condena a un beneficio intrapenitenciario.

Yo sé que hay delitos graves en Nueva Zelanda que tuvieron mediación como robo en casa habitada. No he visto conferencias en delitos graves.

9. Existe la posibilidad de que un joven que haya matado a otra persona o estuvo robando en una casa y hubo violencia ¿Ese joven podría llegar a mediación? obviamente con las condiciones que están ahora en el marco legal propuesto o no ¿Qué piensa usted, que ha tenido experiencia, sobre si eventualmente podría mediar?

Sí podría mediar un delito de robo con intimidación, porque efectivamente las penas lo permiten. Si el joven tiene irreprochable conducta anterior y se baja el marco legal con la pena de la suspensión condicional hasta tres años de pena en concreto, ósea, la pena que se va a aplicar con atenuantes y con la rebaja en grado del artículo 21 podría llegar. De hecho, nosotros mediamos un robo en lugar habitado en donde no estaba la gente en la casa, pero sí se podría cuando la víctima quiere y el imputado también lo quiere.

¿Por qué no optar a una pena más baja? no sé, a una pena de libertad. Efectivamente un chico que le imputan un robo con violencia arriesga pena de régimen cerrado, entonces, por qué no mediamos con la condición de que, si la mediación es exitosa, el fiscal va a pedir una pena de libertad asistida. No es que vaya a quedar en la impunidad, sino que va a solucionar el conflicto, instar a que el joven se responsabilice y le damos una zanahoria, porque no es gratis esto. Tal vez que se vaya con firma mensual por robo con violencia sería mucho pedir, pero sí es posible que se asegure una pena en régimen de libertad.

¿Qué gana procesalmente a cambio de un proceso reparador real? efectivamente algo tiene que ganar porque estamos en el contexto procesal, pudiendo asegurarle una pena que no va a ser de régimen cerrado. El sustento de esto es que hay un proceso reparatorio de por medio, por lo tanto, sí hay alternativas para hacer esas negociaciones por delitos más graves, pero el problema es que hay pocos casos.

En general en Chile, los jóvenes que quedan en internación provisoria son jóvenes que ya tienen un pasado de muchas condenas.

10. Ese igual es un problema importante, porque lo que hace la imposición de la pena es estigmatizar a los adolescentes. Por ejemplo, igual es complicado diseñar un marco normativo que permita la mediación solamente en casos donde podría ser aplicada la suspensión condicional por lo mismo, porque igual se le cierra la puerta a los jóvenes que ya tienen una historia delictual.

Si uno piensa a futuro que, si llego a tiempo a interrumpir la carrera delictual, se está partiendo bien. Quizás no nos podemos hacer cargo del pasado, pero sí del futuro.

11. El principio de inocencia lo encontraba en las posturas contrarias de la defensoría a esto.

Nosotros tenemos muchos casos que denominamos defensas pasivas, en donde no tenemos teorías del caso alternativa. En muchos casos nuestra defensa es ir a conseguir la colaboración sustancial que declare y que le reconozca una atenuante para bajar la pena o que declare y reconozca los hechos. ¿Por qué llegamos en muchos casos a eso? esto es voluntario si la persona quiere, pero no puede haber un proceso de reparación si se dice que no es culpable.

Es eso, es una presunción, no es que sea inocente. Muchas veces será absuelto sin ser inocente, pero el problema es que yo no lo puedo tratar como culpable.

Por otro lado, hay cuestiones éticas que no se rompen nunca. Por ejemplo, todo lo que se hace en la mediación, queda en la mediación. Si la mediación fracasa, lo que pasa ahí no se lleva a juicio, es decir, no se lleva a la mediadora al juicio y no va a ir a declarar a este. Esto es como ir al psicólogo, lo que yo le cuento no irá a contarlo al juicio.

Una de las cosas buenas del proyecto es que si la mediación fracasa por la víctima y el joven quiere declarar, esta puede ser considerada una atenuante.

12. En el proyecto piloto estaba la posibilidad de que la víctima no quisiera la mediación, se podía derivar al adolescente a un programa de intervención.

Quedaba con que, si se rechazaba por la víctima, se puede considerar como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal. Yo creo que sí quedó en las indicaciones, pero no si eso se habrá cambiado.

13. Respecto al efecto de la mediación, se señala que puede ser suspensión condicional del procedimiento o el archivo provisional. ¿Cuál sería el incentivo de un adolescente para participar en un procedimiento de mediación si finalmente igual se puede ir a condicional?

La suspensión condicional del procedimiento no es una obligación que ocurra, por ejemplo, no se le ofrece suspensión condicional a quien tiene una suspensión condicional de menos de un año terminada, a quien tiene más de dos principios de oportunidad, a los microtráficos que requiere autorización del fiscal nacional (a pesar de que se cumplen todos los requisitos legales). La suspensión condicional es una prerrogativa del fiscal, entonces si el fiscal no quiere no hay suspensión.

Entonces podríamos estar en el caso de un joven que le ofrecen suspensión condicional con sujeción al SENAME por seis meses versus la reparación en donde ahí es a criterio de lo que el joven quiera, donde puede ser más gravosa.

Ahí tienen que ver el instructivo del fiscal nacional respecto de cómo tramitar las causas adolescentes.

14. En cuanto a la reincidencia, nunca encontramos un estudio de esta debido a que es difícil medirla.

Lo que dicen estos estadísticos es que deben pasar al menos uno o dos años para medir la reincidencia, entonces lo que hacemos es buscar si los chicos tienen nuevos ingresos o condenas. Esta no es información oficial de un estudio, debe ser un plazo de dos años para que sea una medición razonable.